

**EL DERECHO DE LAS MINORÍAS
ÉTNICAS A LA CONSULTA PREVIA**
“RETOS Y PERSPECTIVAS”

MEMORIAS DEL SEMINARIO INTERNACIONAL
Archivo General de la Nación, 5 y 6 de diciembre de 2012

REPÚBLICA DE COLOMBIA
CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL
MINISTERIO DEL INTERIOR

EL DERECHO DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS A LA
CONSULTA PREVIA

“Retos y Perspectivas”

Memorias del Seminario Internacional año 2012

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE GOBIERNO

Gustavo Gómez Aranguren

Presidente

William Zambrano Cetina

Vicepresidente

María Elizabeth García González

Presidente Sección Primera

Gerardo Arenas Monsalve

Presidente Sección Segunda

Stella Conto Díaz del Castillo

Presidente Sección Tercera

Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Presidente Sección Cuarta

Susana Buitrago Valencia

Presidente Sección Quinta

Augusto Hernández Becerra

Presidente Sala de Consulta y Servicio Civil

MINISTERIO DE INTERIOR

Fernando Carrillo Flórez

Ministro del Interior

Aníbal Fernández de Soto

Viceministro para la participación e igualdad de derechos

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Augusto Hernández Becerra

Presidente

Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Consejero de Estado

William Zambrano Cetina

Consejero de Estado - Coordinador del Seminario

DISEÑO E IMPRESIÓN

Intermedia Network

Bogotá, Colombia

Publicación realizada con el apoyo de la Embajada de Francia y la Cooperación Regional Francesa para los países Andinos en Colombia.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| PRESENTACIÓN - Augusto Hernández Becerra. Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil en el año 2012..... | 9 |
| PRÓLOGO - Fernando Carrillo Flórez. Ministro del Interior..... | 13 |

ACTO DE INSTALACIÓN

| | |
|--|----|
| Intervención de Gustavo Gómez Aranguren- Presidente del Consejo de Estado..... | 16 |
| Intervención de Pierre-Jean Vandoorne - Embajador de Francia en Colombia..... | 18 |

I. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

| | |
|--|----|
| DIEGO GARCÍA SAYAN – Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... | 21 |
| MANUEL GARCÍA – Coordinador Pro-169 Para América Latina de la OIT..... | 30 |
| WENDY PIEDAD MOLINA ANDRADE – Presidenta Corte Constitucional del Ecuador..... | 40 |
| HUMBERTO SIERRA PORTO – Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Expresidente de la Corte Constitucional de Colombia..... | 45 |

II. LA PERSPECTIVA DE LAS COMUNIDADES

CASOS CONCRETOS DE CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDÍGENAS

| | |
|--|----|
| LUIS FERNANDO ARIAS-Consejero Mayor de la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana –OPIAC-..... | 53 |
| HENRY CABRIA- Presidente de la OPIAC..... | 55 |
| DANILO VILLAFANE-Representante de la CIT..... | 56 |
| JUAN TITIRA- Representante comunidades indígenas..... | 57 |

CASOS CONCRETOS DE CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES NEGRAS

| | |
|---|----|
| EMIGDIO PERTUZ-Abogado Consultivo de Alto Nivel departamental..... | 59 |
| ELKIN CUESTA- Ingeniero Ex consultivo experto en Consultas Minero energéticas | 61 |
| ARLINGTON LEE HOWARD-Abogado Presidente de la Asamblea Departamental de San Andrés..... | 63 |
| BORIS ZAPATA ROMERO-Director de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras..... | 66 |

III. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LOS ÓRGANOS DE CONTROL

| | |
|---|----|
| ALFONSO CAJIAO CABRERA – Secretario General de la Defensoría del Pueblo..... | 71 |
| LUIS ALBERTO HIGUERA MALABER – Contralor Delegado Sector Agropecuario – Responsable monitoreo restitución de tierras..... | 74 |
| LEONARDO ARBELÁEZ LAMUS – Contralor Auxiliar del Sistema General de Regalías..... | 76 |

IV. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y EL GOBIERNO NACIONAL

| | |
|--|----|
| JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR – Ministro de Agricultura..... | 81 |
| FEDERICO RENJIFO VÉLEZ – Ministro de Minas y Energía..... | 84 |
| JUAN GABRIEL URIBE – Ministro de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible..... | 86 |
| JAVIER HERNÁNDEZ LÓPEZ – Viceministro de Infraestructura..... | 88 |
| ANÍBAL FERNANDEZ DE SOTO- Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos..... | 91 |

FORO SEMANA

| | |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN - Alejandro Santos..... | 97 |
| FERNANDO CARRILLO FLOREZ – Ministro del Interior..... | 98 |
| WILLIAM ZAMBRANO CETINA – Vicepresidente del Consejo de Estado..... | 101 |
| HEMEL HURTADO – Senador de la República..... | 104 |
| ROBERTO JUNGUITO POMBO – Presidente de Cerrejón..... | 107 |
| GERMÁN CARLOSAMA LÓPEZ – Senador de la República..... | 110 |
| ESTHER SÁNCHEZ BOTERO – Antropóloga..... | 112 |

ANEXO

| | |
|---------------------|-----|
| Ley 21 de 1991..... | 117 |
|---------------------|-----|

PRESENTACIÓN

La Constitución Política reconoce de manera vigorosa y expresa la diversidad étnica y cultural de los colombianos, impone al Estado la obligación de brindar una protección especial a las diversas etnias asentadas en el territorio nacional, y dicta precisos mandatos para garantizar la protección de los derechos de las minorías étnicas y el respeto a sus valores culturales, ancestrales, lingüísticos, artísticos, religiosos, sociales y políticos.

Numerosos espacios de participación en la vida política, administrativa, social y cultural abrió en 1991 la Constitución al concurso de todos los colombianos. Adicionalmente, en atención a circunstancias estructurales de vulnerabilidad, marginación, pobreza y discriminación, y en aras de un principio reforzado de igualdad, la Carta Política creó para los grupos étnicos instituciones participativas específicas, tales como la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, una circunscripción especial representativa de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas con participación de los representantes de las comunidades indígenas, y la consulta a estas comunidades en las decisiones que proyecte adoptar el Estado sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Al estudiar la estructura pluricultural y el carácter multirracial del país, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha profundizado en los mandatos constitucionales que ordenan a las autoridades tener en cuenta los derechos y la voluntad de los grupos étnicos cuando se dispongan a adoptar medidas que puedan afectarlas directamente, así como en el derecho constitucional de las minorías étnicas a participar en los procesos deliberativos y preparatorios de decisiones administrativas de su interés directo. Los pronunciamientos de la Corte en esta materia han cobrado fuerza especial a raíz de la ratificación del Convenio 169 de OIT de 1989 mediante la Ley 21 de 1991, la cual amplió considerablemente el horizonte de la consulta a las comunidades étnicas.

Este convenio, *Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, hace hincapié en los derechos al trabajo, la tierra, el territorio, la salud y la educación de

los pueblos indígenas y tribales, sin obstáculos ni discriminación. En relación con el derecho a la consulta previa el artículo 6° del Convenio dispone:

“Artículo 6

1. *Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*
 - a) *consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*
 - b) *establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*
 - c) *establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*
2. *Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.*

Concretamente, en relación con la consulta previa de medidas legislativas, la Corte Constitucional ha decantado las siguientes reglas jurisprudenciales: (i) la consulta previa constituye un derecho fundamental; (ii) la consulta previa se relaciona estrechamente con la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas; (iii) la consulta previa es obligatoria cuando la medida afecta directamente a las comunidades étnicas; (iv) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta previa en todos los casos en que sea procedente; (v) la omisión de la consulta previa vulnera la Carta Política; y (vi) la consulta debe efectuarse antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, sin perjuicio del derecho de participación de los ciudadanos en general durante el trámite legislativo.¹

Ha dicho la Corte que son titulares del derecho a la consulta previa no sólo las comunidades indígenas sino también las afrodescendientes, de conformidad con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.² En relación con el ámbito temático, en la sentencia SU-383 de 2003 precisa la Corte que la consulta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a la comunidad étnica, pudiendo referirse no solo a medidas administrativas sino también legislativas, incluidas las leyes aprobatorias de tratados internacionales y las reformas constitucionales.

1 Sentencia C-196 de 2012

2 Sentencia C-461 de 2008

En particular la cuestión de la “afectación directa” de los pueblos indígenas y tribales ha sido objeto de amplio debate doctrinario y jurisprudencial, pues del alcance de esta noción depende en buena medida la obligatoriedad de la consulta previa. A las minorías étnicas les interesa que este concepto obedezca a una amplia comprensión, pues así se sienten mejor protegidos frente a eventuales acciones inconsultas del Estado. Desde la perspectiva del gobierno, en cambio, interesa que, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el concepto quede acotado con toda precisión para que la consulta no se convierta en un obstáculo que le impida cumplir sus fines constitucionales.

La ley 1437 de 2011, mediante la cual se adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ocupó de la consulta previa en el plano de las actuaciones administrativas para disponer que, cuando la Constitución o la ley ordenen realizar una consulta, antes de adoptar la decisión las autoridades tendrán el deber de realizarla de conformidad con las normas respectivas. Y agrega que el incumplimiento de este requisito acarreará la nulidad del acto administrativo que llegaren a expedir. Dice así esta disposición:

Artículo 46. Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

Conscientes de los grandes retos que supone para la nación colombiana el desarrollo jurídico de esta perspectiva antropológica y social, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado promovió la realización del “Seminario Internacional sobre el derecho de las minorías étnicas a la consulta previa”, los días 5 y 6 de diciembre de 2012, iniciativa que tuvo de inmediato la acogida del Ministerio del Interior y contó con el apoyo entusiasta del señor Embajador de la República de Francia en Colombia, señor Pierre-Jean Vandoorne.

Acudieron a esta convocatoria personalidades de relieve internacional, como el doctor Diego García Sayán, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el doctor Humberto Sierra Porto, recientemente elegido magistrado de dicha Corte, el doctor Manuel García, coordinador Pro 169 para América Latina de la OIT y la doctora Wendy Piedad Molina Andrade, Presidenta de la Corte Constitucional del Ecuador. Concurrieron también al análisis y debate de esta importante cuestión voceros de representativas organizaciones de comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras, así como los señores ministros de Agricultura, de Minas y Energía, de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, y otros altos funcionarios del nivel nacional. El seminario concluyó con un foro

organizado por la Revista Semana, en el cual participaron los doctores Fernando Carrillo Flórez, Ministro del Interior, Hemel Hurtado y Germán Carlosama López, Senadores de la República, Roberto Junguito Pombo, Presidente de Cerrejón, Esther Sánchez Botero, antropóloga, y William Zambrano Cetina, Vicepresidente del Consejo de Estado, quien se encargó de la coordinación del evento.

Se recogen en la presente publicación las Memorias del seminario, organizadas en cinco partes: la protección internacional del derecho a la consulta previa, la perspectiva de las comunidades según los informes presentados por los voceros de las diversas comunidades étnicas, el derecho a la consulta previa y los órganos de control, el derecho a la consulta previa y el Gobierno Nacional, y finalmente el Foro Semana.

De manera especial agradece la Sala de Consulta y Servicio Civil a la Embajada de Francia, la Cooperación Regional Francesa para los Países Andinos en Colombia, a quienes se debe que haya sido posible la publicación de estas Memorias.

Augusto Hernández Becerra
Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil
del Consejo de Estado en el año 2012

PRÓLOGO

El derecho fundamental a la consulta previa es uno de los mayores retos para cualquier Estado que se reconozca multicultural y pluriétnico. Pese a que el convenio 169 de la OIT rige en Colombia desde hace aproximadamente dos décadas, el país entero aún está en proceso de aprender las vías óptimas para que los derechos que contiene el convenio sean ejercidos sin tropiezos. La necesidad de alcanzar su pronta y estable efectividad ha convertido a la consulta previa en un asunto de interés prioritario en la opinión pública, y, desde luego, en una meta de primera línea para este Gobierno.

Sin duda, la consulta previa debe ser un espacio para el diálogo multicultural, para encontrar una solución mancomunada y proporcionada a la tensión que puede generarse entre el modelo de desarrollo occidental y aquél que se deriva de las cosmovisiones de los pueblos étnica y culturalmente diferenciados. Eso supone, evidentemente, la necesidad de hacer convivir ponderadamente, el derecho a la consulta previa y el derecho a la libertad de empresa o los intereses macroeconómicos de un Gobierno que se ha comprometido a generar crecimiento.

Así pues, no se trata de un asunto ligero, que pueda despacharse en ningún caso mediante un mero trámite administrativo, sino que se trata de un derecho constitucional, fundamental, que obliga al Estado a trabajar sistemáticamente para propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos. Se trata de un proceso enriquecido por su complejidad y que salvaguarda todos los demás derechos de los pueblos indígenas y tribales.

La necesidad de reglamentar la consulta previa para garantizar los derechos de las comunidades es evidente, y el Gobierno avanza en una estrategia inexplorada para construir reglas del juego estables y acordes con los estándares internacionales. Se trata del diseño de las normas que regirán el ejercicio del derecho a la consulta previa a partir de ejercicios colectivos de creación jurídica con los pueblos y de su decantación y consolidación en la práctica, de manera que cuando se hayan identificado las dificultades y ventajas de su aplicación, se hayan diseñado y probado con éxito las soluciones a los inconvenientes y se haya consolidado la adecuación de los sujetos y los operadores a las nuevas dinámicas, estas reglas puedan ser convertidas en Ley de la República con la certeza de que serán eficientes y gozarán de una amplia base de legitimidad otorgada por todos los actores con derechos e intereses comprometidos en el proceso de la consulta previa. El primero de muchos de esos ejercicios empezó ya con los pueblos de

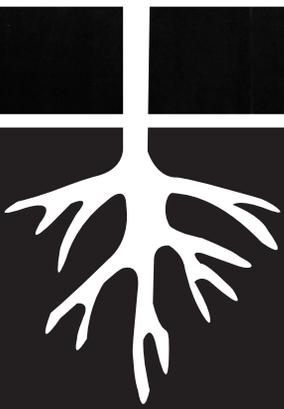
la Sierra Nevada de Santa Marta, y el éxito general de la construcción de sus protocolos será determinante para futuros ejercicios con los demás pueblos indígenas y afrodescendientes de Colombia.

Pero en todo caso, tanto la OIT como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido que la consulta previa es un principio general de derecho internacional, lo que, de la mano con los mandatos de nuestra Constitución y su desarrollo jurisprudencial, supone que mientras construimos las reglas definitivas, seguiremos haciendo camino al andar.

Así, la obligación de que es Estado actúe de forma sistemática para lograr el cumplimiento del derecho a la consulta previa, ha supuesto un importante reto institucional común a todos los países signatarios del Convenio 169 de la OIT. En efecto, la obligación de organizar el conjunto del aparato estatal, en los niveles central, regional y local, para garantizar el cumplimiento del derecho, obliga a importantes ejercicios de armonización de competencias, capacidades y estructuras que hasta ahora nos parece que están superadas por el contexto, aunque sin duda lo estamos resolviendo mejor que la gran mayoría de estados pluriétnicos del mundo.

Se trata pues de un reto inmenso. De un compromiso con los derechos y con la estabilidad. Tenemos el compromiso de adecuarnos jurídica e institucionalmente para alcanzar la garantía satisfactoria de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Pero además, ese compromiso pasa por asegurar que no se paralice la maquinaria estatal, no sólo para proteger la sostenibilidad del Estado Social de Derecho y de las políticas que buscan generación de riqueza para su mejor redistribución, sino porque sólo así se evita la estigmatización de los pueblos indígenas y tribales y de su derecho a la consulta previa como palo en la rueda del desarrollo del país. Su imagen debe ser fiel a lo que son: nuestra vía enriquecida para un verdadero desarrollo sostenible.

Fernando Carrillo Flórez
Ministro del Interior



ACTO DE INSTALACIÓN



INTERVENCIÓN DE
GUSTAVO EDUARDO
GÓMEZ ARANGUREN

Presidente del Consejo de Estado

En nombre del Consejo de Estado debo presentar un saludo al señor Embajador de la República Francesa, al señor Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señor Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil, a todos los ministros y por supuesto a todos los asistentes al presente Seminario.

La raíz de la fenomenología que tiene que ver con la consulta previa, debemos localizarla precisamente en todo el proceso histórico que en la América India supuso el arrollamiento de la civilización de occidente sobre el pensamiento y la cosmogonía que se desarrollaba en este continente, que no supuso una trasposición o una fusión de civilizaciones, sino simplemente el arrasamiento de una forma de pensar, de entender la vida y de realizar su propia realidad. No ha terminado, de ninguna manera, el proceso de agravio a los pueblos americanos; no ha terminado la manera como el invasor extranjero terminó con la forma de creer, de ver la realidad, de entender el mundo y de realizarnos con nosotros mismos. Las constituciones demoliberales no han hecho otra cosa sino tener que reconocer este dolor que aún existe en nuestros pueblos, en Colombia, y en toda América Latina. De ahí la importancia de que el Gobierno Nacional y los órganos de la justicia sean sensibles a los caros derechos constitucionales, individuales y colectivos, que están de por medio en este proceso. Se ha entendido la consulta previa como un derecho fundamental de los grupos étnicos, que en nuestro país abarcan tanto a los pueblos indígenas como a las comunidades afrodescendientes.

Por lo anterior, pensar en consulta previa es reconocer que la legitimidad del funcionamiento del Estado en todas sus áreas de regulación debe tener consideración con estas realidades humanas históricamente asoladas; es por esta razón que la consulta previa como derecho fundamental colectivo debe presidir cualquier realización de proyectos, de obras, de actividades, dentro de los territorios que pertenecen a los grupos étnicos del país. El derecho a la consulta previa se fundamenta en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas

y las comunidades afrodescendientes a decidir sus propias prioridades, en lo que toca con los modos de vida, costumbres, estéticas, cosmogonías, creencias, modos de organización, explotación de sus territorios, prioridades en la explotación, etc., en el marco de ese choque brutal con los intereses comerciales e individualistas del capitalismo que ha desarrollado la civilización de occidente.

No se trata de una mera liberalidad o gracia del Estado colombiano. Al contrario, existen claras obligaciones de raigambre constitucional e internacional en cabeza de las autoridades.

Esta obligación busca preservar la integridad cultural, social y económica de las minorías étnicas, en forma tal que se permita su participación efectiva en esta Nación multicultural. Se trata de un derecho-medio, cuya satisfacción es indispensable para garantizar la identidad y cultura de estas poblaciones minoritarias.

INTERVENCIÓN DE
PIERRE-JEAN VANDOORNE

Embajador de Francia en Colombia

Señor presidente del Consejo de Estado, señor Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señor Viceministro, señoras y señores. No puedo sino expresar dos sentimientos, el primero; el placer y la satisfacción que siento en este momento al abrir este coloquio, cuya idea, sino me equivoco nació en el marco de un encuentro fértil entre mi amigo doctor William Zambrano Cetina, Vicepresidente del Consejo de Estado, con el cual la embajada de Francia en general y yo en particular tenemos una ya larga amistad y complicidad, y otro amigo el doctor Jean Vacher, hoy en día Director adjunto de Investigación del Instituto para el Desarrollo de Francia (IRD).

Con este acto clausuramos un año que ha sido fértil tratándose de la cooperación no solamente entre Colombia y Francia, pero gracias también precisamente a la actividad del doctor Vacher en la ayuda en la cooperación regional.

Si mido el camino que hemos recorrido juntos a lo largo de este año, creo que se ha caracterizado por un debate de ideas entre el país que tengo el honor de representar, Colombia y otros participantes de la región, es decir, la riqueza y la reflexión de los debates que encontramos en estos países Andinos. Desde este punto de vista, el tema que nos reúne es el de la Consulta Previa, que se alimenta por supuesto no solamente de la experiencia colombiana. La Constitución de 1991 no es solamente fundadora al respecto, sino también las legislaciones de otros países latinoamericanos, si pienso en particular: Perú, Bolivia, pero también de la conciencia que de ella tomamos.

El tema de la consulta previa abarca una dimensión cultural profundamente arraigada en la historia social y por supuesto económica.

En este mundo donde las nuevas generaciones tendrán la obligación de ser las primeras generaciones ecologistas, un debate como el que nos va a reunir en estos dos días en Bogotá es fundamental. Estos debates serán bastante intensos, profundos, pero también enriquecedores para todos nosotros.



CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA



DIEGO GARCÍA SAYÁN

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La introducción que en su presentación ha hecho el honorable presidente del Consejo de Estado nos sitúa en el centro del tema. “El derecho de consulta”, nos ubica en un referente social, histórico e institucional, que es la esencia de las evoluciones en el campo del derecho.

Lo que estamos viviendo en un tema como el proceso de consulta es resultado de un proceso que tiene que ver básicamente con dos componentes. De un lado, una evolución histórica y social de América Latina en el que la democracia y el derecho a la participación va ahora mucho más allá de la noción en que esta reside en ejercer periódicamente el derecho al voto. Se ha avanzado a entender la democracia como un ejercicio cotidiano en la prevención y protección de una gama de derechos que supera los simples y tradicionales estándares de la democracia representativa.

En segundo lugar, existe una evolución intensa y acelerada del Derecho Internacional en su interacción con los procesos nacionales y con las problemáticas locales que obligan al el Derecho Internacional y las Instituciones Internacionales a procesar y resolver nuevos temas.

En esa dinámica que es global, América Latina está jugando un papel pionero y fundamental. El telón de fondo es complicado, por cuanto hay una historia de exclusión en la que los pueblos indígenas y afroamericanos no eran un referente en el momento en que se tomaban ciertas decisiones en el aparato del Estado. Históricamente, cuando un gobierno tenía que otorgar una concesión para una explotación minera, forestal o de recursos energéticos, eventualmente se remitía a ver cuáles eran las extensiones, o los títulos de propiedad y de forma ocasional a establecer mecanismos de expropiación de las superficies. Pero el sentir y querer de los pueblos que vivían y viven en esos territorios no era un elemento importante.

Quiero entonces empezar por recapitular algunos temas que son significativos. El primero de ellos, es el derecho a la participación. Que es el alma, el elemento esencial de todo lo que tiene que ver con la consulta previa. El derecho a la participación en los asuntos públicos en las sociedades democráticas ha sido gradualmente posible, en buena medida a partir de las normas internacionales de los últimos años, de la jurisprudencia internacional y del papel de la Corte Interamericana.

Este derecho a la participación ha adquirido el carácter de “principio de derecho internacional” a la luz de determinadas normas a las que me voy a referir posteriormente. De manera que no es un “agregado” que se pone a la democracia representativa, sino un componente esencial de la misma, que está referido en multitud de normas e instrumentos. Allí encontramos, a manera de ejemplo, el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Democrática Interamericana de Derechos Humanos. Este es un punto de partida absolutamente fundamental.

A partir de aquí, hay dos vías con desarrollos paralelos, con sumas y múltiples interacciones e intercomunicaciones que han ido enriqueciendo la esencia del contenido de estos derechos en los últimos 30 o 40 años, y de particular manera, en el caso de la Corte, con su jurisprudencia de los últimos 10 años.

El primero de los instrumentos es el Convenio 169 de la OIT. Como sabemos, en él se establece claramente la obligación de consultar en su artículo 6º, y como lo dice dicha disposición, “*mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente*”. Es decir, que la consulta no puede ser diseñada con métodos iguales a aquellos que se utilizan, digamos, para una elección municipal o presidencial, sino los que correspondan a la representatividad de sus instituciones. Y, por supuesto, aunque no lo dice este artículo de manera directa, con el idioma que sea apropiado para el espacio humano en el que ésta se produce. Por tanto, estas consultas deben hacerse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo.

De esta forma, la consulta previa no se agota en si misma sino que es el inicio de un proceso de diálogo para que la participación sea en esencia eso.

También establece el Convenio 169 de la OIT, como principio esencial, en su artículo 14, el derecho de propiedad y de posesión como uno que tiene que ser

protegido a través del Convenio. El derecho a la propiedad es, precisamente, un derecho que está directamente conectado con la consulta.

Por otra parte, la consulta previa y los recursos naturales, son un tema absolutamente medular. En estos tiempos en América Latina el tema de los recursos naturales y de la inversión es muy álgido. De acuerdo con un estudio que recientemente se ha publicado, en por lo menos 15 países de América Latina, se observa que la conflictividad social, especialmente en zonas rurales y de pueblos indígenas, tiene relación directa con la inversión en búsqueda de recursos minerales, energéticos o forestales o a veces en inversiones hidroeléctricas en un contexto global de expansión, en donde, inversiones que hace 20 años no eran rentables, hoy en día si lo son. Un ejemplo de ello es Perú, en donde más del 50% de los conflictos en desarrollo en los últimos 5 años tienen relación directa con este problema.

Estamos hablando, entonces, de algo en lo que los recursos naturales y los derechos de los pueblos tienen que protegerse recíprocamente. Y buscar una coexistencia entre la necesidad de la sociedad de aumentar la inversión para contar con los recursos que genere la explotación de determinados recursos y la protección de los derechos de los pueblos. Pero, en cualquier caso, cuando esos recursos naturales pertenecen al Estado, como lo establece la legislación de todos nuestros países latinoamericanos, esa obligación de consulta se plantea y está expresamente mencionada en el artículo 15 del Convenio 169.

En el artículo 16 del Convenio se enuncia el tema del “consentimiento previo”. Esto no sólo no es sinónimo de la “consulta previa” sino que está circunscrito a situaciones excepcionales donde está de por medio el traslado y la reubicación de los pueblos, que no es el caso de la mayoría de los procesos que se viven.

La Corte Interamericana

Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene por función la protección de los Derechos Humanos a partir de los instrumentos de Derechos Humanos y el principal de ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Convenio 169 es de 1989, y la Corte Interamericana empezó a funcionar en el año 1979 profiriendo sus primeras sentencias a fines de la década del 80; de manera que son procesos más o menos paralelos.

Sin embargo, la evolución del tema vinculado a los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana fue una evolución relativamente tardía. Si revisamos la jurisprudencia de la Corte Interamericana al

año 2000 pareciera como si prácticamente en nuestra región no hubiera problemas de Derechos Humanos con los pueblos indígenas. En esta materia, no se había desarrollado una jurisprudencia -caso aislado el de Surinam-, que permitiera dar cuenta de las tendencias de desarrollo del derecho en la materia. Es decir, la jurisprudencia con el carácter obligatorio y vinculante que tienen las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se habían aprovechado como fuente importante de derecho.

La jurisprudencia relativa a derechos indígenas fue generada esencialmente en los últimos 10 años. El primer caso relevante se da en el año 2001, caso *Awas Tingni* contra Nicaragua, que tiene que ver con una concesión para la explotación de recursos forestales de más de 70.000 hectáreas, en donde se discutía básicamente el tema de la propiedad y la falta de consulta. Se vio allí la primera sentencia de un tribunal internacional en el mundo, a través del cual se estableció el derecho de los pueblos, en este caso el derecho de la comunidad de *Awas Tingni* en la zona Caribe de Nicaragua, a la propiedad colectiva de la tierra.

Era ese un desarrollo jurídico muy importante y excepcional, en la medida en que la base para ello era la Convención Americana de Derechos Humanos cuyos conceptos, en el momento en el que ésta fue adoptada en 1969, eran esencialmente individuales. Sin embargo, la Corte hizo un análisis antropológico y jurídico de la realidad de ese pueblo indígena proyectada a la realidad de otros pueblos; entendiendo que la identidad de muchos de ellos estaba basada en espacios colectivos, en referentes colectivos para el ejercicio de la posesión y de la propiedad de las tierras y el territorio. Y que, en consecuencia, la concreción, el desarrollo, la efectivización de ese derecho individual a la propiedad, se daba a través de su ejercicio de forma colectiva. Por esta vía la Corte establece que la forma de protección de ese derecho individual es la propiedad colectiva en ese tipo de circunstancias. Como resultado de lo anterior, se concreta después de un largo proceso la demarcación, delimitación y entrega de los títulos de propiedad de 73.000 hectáreas de territorio a la comunidad *Awas Tingni* en Nicaragua.

En relación con el tema de los recursos naturales, los desarrollos son todavía más recientes, e involucran varios derechos que están presentes de manera medular en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, algunos de los cuales, ya estaban en jurisprudencia previa.

En primer lugar, el derecho de propiedad, en la medida en que estaba de por medio la propiedad de la tierra y el territorio y se asumía que eso le daba un derecho a esos pobladores sobre esos recursos naturales, derecho establecido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En segundo lugar, el derecho a la participación en asuntos públicos, que está expresamente planteado en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En tercer lugar, el principio de no discriminación, en el entendido de que los desarrollos jurídicos e interpretativos tienen particularidades cuando se trata de pueblos indígenas y no se puede aplicar necesariamente un mismo criterio, a fin de garantizar dicha obligación jurídica.

Finalmente, la interpretación “*pro persona*”, a partir de lo establecido en el artículo 29 B de la Convención Americana, que instrumenta y sirve de base para otros desarrollos jurisprudenciales a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esta forma, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recurre como elemento interpretativo a los principios del Derecho Internacional y al Convenio 169 de la OIT, no para convertirse en el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, porque no es esa su función. Pero sí para interpretar aquellas normas y aquellos derechos para lo cual la Corte está mandatada; como lo son: el derecho de propiedad, el derecho a la participación y la obligación de no discriminación, interpretación que hace a la luz de herramientas del derecho internacional y de principios del derecho internacional, que están vigentes y se concretan en el Convenio 169 de la OIT. En consecuencia, ejerce su función a partir de esas decisiones de la OIT, resoluciones y sentencias que son obligatorias y tiene esa cualidad relevante y significativamente particular.

Precisiones sobre la consulta previa

1. Hay una obligación jurídica de consultar a las comunidades y pueblos indígenas sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos. Esto implica tramitar el proceso de consulta antes que cualquier otro trámite, llámese solicitud de licencias, o de resoluciones de autorización de exploración.

Quiero hacer acá un paréntesis importante, para referirme a la última sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2012, referente a un caso de enorme complejidad que se presentó en la Provincia de Pastaza en el Ecuador, en torno a la exploración petrolera. En esta sentencia fue la primera vez en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos convocó y produjo una audiencia pública en el terreno del conflicto, en la

propia sede de la comunidad indígena del pueblo Quichua de Sarayaku en la Provincia de Pastaza. En la audiencia participaron las autoridades del pueblo indígena Sarayaku y las altas autoridades del gobierno del Ecuador, como la Ministra de Justicia, los representantes de la Procuraduría y el asesor jurídico del presidente de la República. Fue una audiencia sin precedentes y con una repercusión importante, no solo en el Ecuador, sino en otras realidades.

Uno de los elementos esenciales durante el curso del proceso, sobre el cual hubo convergencia de interpretación, era que la autoridad del Estado aceptó el dato de que ese proceso de exploración se había iniciado sin ninguna consulta, y que las consultas habían sido hechas eventualmente por la empresa interesada sin seguir procedimientos estandarizados y sin usar muchas veces “buena letra” para convencer a los dirigentes indígenas. Y la coincidencia por supuesto, con el reclamo del pueblo indígena de que no se les había consultado nunca. En nuestros tiempos los pueblos indígenas quieren saber - y tienen derecho -, a estar informados sobre lo que acontece en su territorio.

Por otro lado, debemos ver que la sociedad y el Estado tienen necesidad de promover y de facilitar la inversión. ¿Cómo hacer para que ese proceso de facilitamiento y de promoción de la inversión sea sostenible y estable en el tiempo? Esto, en un contexto en donde ya los pueblos no son silentes, no son pasivos, en donde en una situación de mala relación, de falta de legitimidad, de desconfianza, o peor aún de enemistad y conflicto, se hace imposible que ciertas inversiones se puedan producir.

Hay ejemplos múltiples en toda América Latina, de proyectos inmensos que hace 50 años no hubieran tenido ningún problema en que se pusieran en marcha. Finalmente intervenía el ejército y la policía, y restablecía, como se llamaba, el “orden público” y la inversión se realizaba sin inconvenientes. Hoy en día eso es muy difícil.

Entonces hay una fase distinta en la historia de la región. Hoy existe en América la obligación jurídica de los Estados de consultar antes de que se inicien esos procesos y hacerlo por los medios apropiados. Cuando ese proceso no se da, ello puede dar fácilmente a iniciar un trámite de contestación internacional que puede terminar en una sentencia vinculante de un tribunal interamericano.

2. Surge una obligación por parte de los Estados de garantizar los derechos de los pueblos indígenas a la participación.

El derecho de consulta se ha ido ganando en el mundo y en América. Y con la incomodidad, a veces, de interlocutores que, sin embargo, gradualmente se han ido dando cuenta de que este proceso de consulta lejos de ser visto como un proceso en esencia antagonizante, puede ser incorporado como algo esencial para que el proceso de inversión sea viable y sostenible. Uno observa en las propias guías y principios que constan en páginas web de muchas corporaciones trasnacionales que el derecho de consulta está explícitamente mencionado lo que tiene que ver con un proceso de comprensión que ello no necesariamente afecta sus intereses.

El Estado tiene, en ese contexto, la obligación de asegurar que el derecho de consulta sea respetado, y que ese proceso de participación se de. Eso en asuntos como éstos y también con procesos políticos. Hay, por ejemplo, una sentencia de la Corte también sobre Nicaragua, en la que los pueblos indígenas de la Costa Atlántica llegaron hasta el tribunal, en la medida en que sostenían que en la legislación electoral vigente en ese entonces, se establecía que las candidaturas tenían que ser en inscripciones nacionales a través de representantes de los partidos políticos nacionales, razón por la cual se impedía a los pueblos indígenas de esa zona elegir alcaldes de ellos mismos. Entonces, para tener candidatos regionales, hubieran tenido que tener candidatos en toda la República de Nicaragua, y era imposible que se organizaran de esa forma.

Estableció la Corte, y en base a ello la legislación posteriormente se modificó, que el derecho a la participación política implicaba, no que cada cual estableciera el sistema de votación que le convenía a sus particularidades, sino que considerando la existencia de pueblos indígenas, la obligación de no discriminación y el derecho a la participación tenía que establecerse ciertos canales que permitieran la inscripción de candidaturas locales y de candidaturas regionales.

3. El Estado tiene que organizarse adecuadamente para garantizar por ejemplo un sistema de justicia accesible, eficiente que resuelva con arreglo a derecho y dentro de un plazo razonable los reclamos de la gente. Un sistema a través del cual el Estado garantice a las personas la seguridad ciudadana, el derecho a la propiedad, y cuando una norma internacional o una jurisprudencia como la de la Corte Interamericana en desarrollo de esas normas internacionales señale que existe una obligación de hacer consultas, eso no significa que el Estado tiene que simplemente resignarse y ponerse a descansar para que empiecen las consultas, pues es su responsabilidad adelantar las actuaciones pertinentes para proteger el derecho a la participación.

Algo que se precisó muy bien en la sentencia del caso Sarayaku, es que hay acciones que pueden adoptar las empresas de manera directa si quieren establecer sus propios mecanismos de consulta y de diálogo. Sin embargo, que le corresponde al Estado organizarse a tiempo, no solamente a nivel normativo sino también a nivel institucional y de presupuesto para que ese proceso de consulta sea realizado por el Estado desde el inicio.

Este proceso es algo que cuesta muchísimo trabajo entender a los sectores políticos en algunos países. Porque se entiende, a veces, que al estar establecido el derecho de consulta en la norma con eso basta, y simplemente se trata de esperar a que asome la crisis para allí “consultar”. Muy tarde y eso requiere institucionalidad y organización: cómo se va a consultar, quién consulta, con qué procedimiento, con qué plazos, con qué logística. Esto, en la mayoría de nuestros países, no está aún muy claro.

Hay dos países que tienen algunos desarrollos importantes en ese terreno, que son Colombia y Perú. Colombia tiene una serie de desarrollos institucionales y jurisprudenciales importantes. El Perú tiene una ley, la que, con todas sus limitaciones, da señales de acción por el Estado. Pero hay que ir más allá. Así como se organiza el Estado muy bien, por ejemplo, para que haya un ente electoral que ponga en marcha la convocatoria, la ejecución y el escrutinio para las elecciones municipales, igual tiene que hacerlo para los procesos de consulta. Y estar dotado de la institucionalidad y de la juridicidad, como es en alguna medida la experiencia de Colombia, en que los entes encargados del proceso de consulta no son los mismos que están sectorialmente motivados a que la inversión se haga, pues, en todo caso, estas personas tienen intereses y prioridades distintas.

Entonces, como se observa, hoy en día nadie niega frontalmente que el derecho a la consulta existe. El asunto es que esto no puede quedarse allí, sino que tiene que traducirse en mecanismos concretos de organización, de presupuesto, de previsibilidad y de normas, de ser posible de rango legal, para que quede absolutamente claro.

4. Finalmente termino con lo relativo al poder de veto.

El “consentimiento” previo, como ha sido interpretado por algunos sectores, se deduce de una sentencia de la Corte Interamericana en el caso Saramaka – Surinam. Y es la posibilidad que algunos entienden que se estaría estableciendo un poder de “veto”. Hay que ser muy claros, esa facultad jurídicamente no existe.

El consentimiento previo, está referido a una situación específica de traslado de poblaciones y de situaciones bastante excepcionales y en todo caso está seguido de una norma que habla de que si ese consentimiento previo no fuera posible, hay que iniciar un proceso de diálogo en la perspectiva de llegar a un acuerdo.

La Corte Interamericana en el caso Sarayaku insiste en que la consulta no es un asunto vacío, no es un asunto que requiere una ida y vuelta, sino de un papel muy activo de las dos partes. Lo que tendrían que hacer los Estados es no ir a rastras de demandas locales cuando la conflictividad ya ha estallado, sino asumir un papel activo y oportuno en perfeccionar y fortalecer su capacidad de conducir procesos como los de la consulta previa, que han llegado para quedarse. Y no verla como un “freno” a la inversión sino como un medio que permita a las partes, en una sociedad democrática, negociar, aunque la decisión final, eso sí, recaiga en el Estado.

Muchas gracias.

MANUEL GARCÍA

Coordinador para América Latina Programa Pro169 de la OIT

Agradezco a las personas que han organizado este seminario internacional, la invitación para hacer esta presentación. En ella no voy a referirme a situaciones concretas ni a procesos que están en marcha en Colombia, ya que es competencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT analizar y emitir observaciones sobre las memorias de cumplimiento del convenio núm.169 entregados a la OIT por el gobierno y los informes complementarios de los interlocutores sociales.

Por la actividad que lleva a cabo la OIT en América Latina en el marco de Pro169, me cabe la responsabilidad de acompañar algunos de los procesos que se desarrollan en muchos de los diferentes países de la región y esto me permite compartir ahora con ustedes algunas consideraciones y reflexiones sobre los contenidos y alcances del Convenio núm.169 y alguna información sobre lo que está pasando en la región.

El tema de la aplicación del derecho a la consulta, que va a ser analizado en este seminario internacional, tiene hoy gran actualidad y vigencia en la mayoría de los países. Estoy seguro de que a esta misma hora, al menos en cuatro o cinco de los catorce países de América Latina que han ratificado el Convenio núm.169, se analiza cómo aplicar estos derechos de los pueblos indígenas a la participación y consulta y se intercambian ideas y reflexiones parecidas a las que acá estamos compartiendo.

Como primera consideración debo decir que hay una aproximación parcial al tema de los derechos indígenas cuando el debate se centra exclusivamente en la aplicación del derecho a la consulta, ya que la consulta no puede ser una práctica aislada del conjunto de políticas públicas de protección de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

El derecho a la Consulta junto con el derecho a la Participación constituyen la piedra angular del Convenio núm.169. Deben ser vistos como parte y en el contexto de un marco global de políticas públicas para promover el bienestar y desarrollo de los pueblos indígenas reconociendo su identidad y su cultura y estas políticas deben ser formuladas y gestionadas con participación. De no verlo así corremos el riesgo de quedarnos en cuestiones jurídicas o de procedimiento sin

considerar aquellos otros aspectos que tienen que ver con la historia, con la cultura, con los procesos sociales y con las necesidades de desarrollo social y económico de los pueblos indígenas y de los países de los que dichos pueblos forman parte.

Para un abordaje integral de la aplicación de los derechos indígenas resulta conveniente recordar los fundamentos que llevaron a la adopción del Convenio núm.169 de la OIT, en el mes de junio de 1989 cuando las delegaciones tripartitas de empleadores, trabajadores y gobiernos de los 150 Estados que, en ese momento eran miembros de la Organización Internacional del Trabajo, decidieron adoptar el Convenio 169 de la OIT.

Para una cabal comprensión del Convenio núm.169 de la OIT es necesario tener en cuenta las tres consideraciones que fundamentan su adopción y que están contenidas en el preámbulo del convenio.

La primera es el reconocimiento de que los pueblos indígenas y tribales, después de muchos años de avasallamiento y marginación, como comentaba en su intervención el Presidente del Consejo de Estado, mantienen intactas *“las aspiraciones de asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones dentro de los Estados en que viven”*.

Estas aspiraciones se van a convertir en derechos a partir de la adopción del Convenio 169 y esto incorpora la dimensión cultural de los procesos que logran concretar esa aspiración de los pueblos indígenas de mantener su identidad y su integridad como pueblos dentro de los Estados en que viven.

La segunda es la constatación de que *“en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos y libertades fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los estados en que viven”*.

La tercera es el reconocimiento de *“la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad, y a la cooperación y comprensión internacionales”*.

Hoy, la situación de los pueblos indígenas en los países de nuestra región debe ser analizada, teniendo en cuenta estas tres consideraciones. Me preocupa que tal vez estamos poniendo exclusivamente la atención en los avances y dificultades en la aplicación del derecho a la consulta y no estamos analizando temas tan relevantes como: cuál es la situación hoy en día de los pueblos indígenas en Colombia y en el resto de los países de América Latina; cuáles son sus niveles de bienestar; cómo

están logrando ver cumplidas sus aspiraciones y proyectos de vida; qué avances hay en su inclusión en las sociedades nacionales y en el reconocimiento y respeto de su cultura.

Hay un momento clave en la historia de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas. Es a mitad de los años setenta, cuando en el seno de las Naciones Unidas se decide la elaboración de un informe mundial de situación de los pueblos indígenas en el mundo. Cuando en 1981 se hace público el informe Martínez Cobos, por el nombre del relator especial que tuvo a su cargo la coordinación, el contenido del informe pone en evidencia la gravedad de la situación de los pueblos indígenas en el mundo.

Pocos años después la humanidad adopta el marco internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas: el Convenio núm.169 de la OIT en el año 1989 y la Declaración de Naciones Unidas en el año 2007.

¿Qué pasaría si hoy hiciéramos un nuevo informe Martínez Cobos que hiciera visible la situación actual de los pueblos indígenas en Colombia, en América Latina, en el mundo? ¿Habrán logrado los pueblos indígenas ver satisfechas sus aspiraciones de asumir el control de sus instituciones y formas de vida? ¿Estarán pudiendo gozar los derechos humanos y las libertades fundamentales en pie de igualdad con el resto de las personas? ¿Estará siendo reconocida su contribución a la diversidad cultural y a la armonía social y ecológica de la humanidad?.

El derecho a la consulta y el derecho a la participación, como lo acaban de expresar Diego García Sayán y Gustavo Gómez Aranguren, son dos derechos inseparables (no hay participación sin consulta ni consulta sin participación) y además son dos derechos cuya aplicación actúa como bisagra para garantizar y hacer posible el goce pleno del conjunto de derechos colectivos que el Convenio establece.

¿Repasemos brevemente cuáles son esos derechos colectivos de los pueblos indígenas que garantiza la correcta aplicación del derecho a la Consulta?

El primero, desarrollado en el artículo 3 establece, a modo de declaración de principios, el *“derecho que tienen los pueblos indígenas a gozar los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación”*.

El segundo, desarrollado en el artículo 4, es algo así como el derecho a la vida. Esta enunciado en clave de obligación: *“deberán adoptarse las medidas especiales que sean necesarias para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el*

trabajo, las culturas y el medio ambiente” con la precisión de que tales medidas “no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.

El tercero, desarrollado en el artículo 5 es el derecho a la identidad cultural, *“deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos... y la integridad de sus valores, prácticas e instituciones”.*

Finalmente, el cuarto, desarrollado en el artículo 7, es el derecho colectivo de *“decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”.*

Este marco de derechos de titularidad grupal, que consagra el Convenio núm.169 de la OIT para los pueblos indígenas y tribales descansa en tres pilares fundamentales:

El primero es la acción coordinada y sistemática del gobierno; el segundo la aplicación del derecho a la participación y el tercero la aplicación efectiva del derecho a la consulta.

Primer pilar: Acción del gobierno

El artículo 2 establece que *“los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática, para garantizar sus derechos y proteger su identidad”.*

Notemos que el convenio después de definir en el artículo 1 los criterios objetivos y subjetivos que permiten establecer quienes son las personas sujetos de los derechos colectivos, antes de enumerar cuáles son los derechos, desarrolla en detalle, en el artículo 2, cuáles son las obligaciones de los gobiernos en los países que han ratificado el Convenio.

Es sin duda un llamado de atención al hecho de que sin una acción coordinada y sistemática del gobierno, con participación indígena, será imposible que los derechos sean ejercidos y será imposible que los otros dos pilares, el derecho a la participación y el derecho a la consulta, sean ejercidos en plenitud y sean el instrumento para que los pueblos indígenas puedan acceder al pleno ejercicio del conjunto de derechos que el convenio núm.169 consagra como son: el derecho a la justicia consuetudinaria, a la tierra y los recursos naturales, a condiciones de

empleo dignas, a la seguridad social y a la salud, a la educación y a los medios de comunicación, etc.

Segundo pilar: La participación

El artículo 7 del convenio dispone que *“el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos indígenas, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan”*.

En relación con lo anterior, en el artículo 7 del convenio se establecen los tres aspectos que están contemplados en el ejercicio del derecho a la participación:

El primero, es que los pueblos indígenas *“deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*.

El segundo es que los gobiernos deberán velar por que *“se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente, que las actividades previstas puedan tener sobre esos pueblos”*.

Es decir que tienen que participar en los estudios que permiten determinar la incidencia que los planes de desarrollo tendrán en la vida de los pueblos, no solamente en la dimensión económica sino también en la dimensión social, cultural y ambiental.

El tercer aspecto del derecho a la participación de los pueblos indígenas, tiene que ver con las actividades relacionadas con la protección del medio ambiente; *“los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”*.

Así, un gobierno que aplica de manera efectiva el derecho a la participación de los pueblos indígenas, estará en capacidad de formular una política pública que promueva su bienestar con respeto de su identidad y con reconocimiento y protección de sus derechos y los pueblos indígenas serán actores en los procesos de desarrollo en sus territorios y partícipes directos de los beneficios que se generan de la aplicación de esos planes.

Tercer pilar: La consulta

El tercer pilar tiene que ver con la aplicación adecuada del derecho a la consulta, no como un derecho aislado, sino como una práctica de política inserta en el marco de la acción coordinada y sistemática del gobierno con participación de los pueblos indígenas.

En lo relacionado con los procesos de desarrollo, el derecho a la consulta garantiza que, a través del diálogo, los pueblos indígenas participen, y tengan la posibilidad de influir en las decisiones que finalmente se tomen.

Por el contrario, cuando la consulta se aplica de manera aislada, sucede que carga sobre ella el peso de frustraciones, aspiraciones y demandas que la consulta no puede resolver con la consiguiente frustración.

Si el gobierno no está brindando a las comunidades indígenas servicios de calidad similares a los que recibe el resto de la población y si los pueblos y comunidades indígenas no se sienten incorporados en los procesos de desarrollo, cuando llega el momento de la consulta con el pueblo indígena o con la comunidad, o con las organizaciones representativas en las mesas o espacios de diálogo, dependiendo de la naturaleza de lo que se consulta, los funcionarios del gobierno se van a encontrar con un interlocutor que tiene una agenda embalsada de demandas pendientes que van mucho más allá del tema específico objeto de la consulta.

Entonces las comunidades o las organizaciones dicen: el gobierno viene a consultarme sobre esta obra o este proyecto pero nosotros queremos hablar también con el gobierno de nuestra situación de atraso y abandono, de los pasivos ambientales pendientes de ser solucionados, de los servicios que no nos llegan, de las necesidades básicas que no están cubiertas... y entonces lo que sucede es que cargamos a la consulta, que debe ser un espacio directo de interlocución entre el gobierno y los pueblos indígenas en relación a una medida, administrativa o legislativa, que es susceptible de afectarles en sus derechos colectivos, con un peso que la consulta no debe cargar.

La consulta, conforme lo establece el artículo 6 del convenio núm.169, debe ser un proceso de diálogo genuino, de buena fe entre el gobierno y los pueblos indígenas, que debe realizarse oportunamente, *"cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"*.

Debe ser un diálogo institucional, “*mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas*”.

Debe ser un diálogo de “*buena fe*” y un diálogo con finalidad, “*con la finalidad de llegar a un acuerdo o alcanzar el consentimiento*”.

Con avances y dificultades observamos que en la mayoría de los países de la región, se va instalando la práctica de la consulta en procesos en los que es fácil distinguir tres momentos:

Primer momento: Preparación de la consulta

El proceso se inicia con la verificación de que la medida que se pretende tomar puede afectar positiva o negativamente a pueblos o comunidades indígenas en sus derechos, identidad cultural, forma de vida, etc.

Una vez establecido que la medida debe ser consultada, se identifican quiénes deben ser los sujetos de esa consulta específica y se procede a identificar quiénes van a ser los interlocutores que están legitimados para llevar adelante el proceso de consulta. Luego se establecen los tiempos, los momentos, la metodología de trabajo y el contenido de lo que se va a consultar.

Este es el primer momento de la consulta. Es una fase previa a la consulta en la que se definen los interlocutores, la metodología y el contenido del proceso. Al concluir se ha establecido que la medida puede afectar derechos colectivos, se ha identificado a los pueblos o comunidades que pueden ser afectadas y han sido designados y acreditados por el gobierno y por los pueblos o comunidades indígenas los interlocutores que van a participar en la consulta.

Además, en esta primera etapa ha quedado acordado cómo se va a hacer la consulta, el tiempo del proceso, el procedimiento, la lengua que se va a usar, los lugares dónde se van a hacer los procesos, y cuál va a ser el contenido de la consulta.

Es necesario tener en cuenta que la consulta, es un proceso de diálogo intercultural, en el que importa mucho la calidad del proceso. De ahí la importancia de esta etapa preparatoria clave para construir confianza.

Segundo momento: Información sobre la medida consultada

La información que se pone a disposición del pueblo o comunidad indígena sobre la medida propuesta tiene que ser completa, digerible, oportuna y de muy buena calidad.

En esta fase de información, una vez verificado que el pueblo o la comunidad consultada están convenientemente informados sobre el contenido y características de la medida propuesta y sobre sus implicaciones positivas y negativas, es necesario prever un tiempo suficiente para que los pueblos o las comunidades participantes de la consulta procesen la información recibida y por sus propios mecanismos y procedimientos comunitarios la analicen y formen su opinión sobre las ventajas y riesgos potenciales de la medida propuesta.

Tercer momento: El diálogo o consulta propiamente dicha

Este es el momento del diálogo en que las dos partes se juntan para analizar y debatir la medida propuesta y sus implicaciones dado que la consulta no puede ni debe ser un acto referendario para decir sí o no sobre algo.

Este debe ser el momento del diálogo intercultural genuino entre el gobierno y el pueblo o comunidad indígena. El momento en que se ponen en común las opiniones y las visiones sobre lo que se quiere hacer con la finalidad de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento sobre la medida propuesta.

Este diálogo de buena fe debe tener como objetivo compartido por ambas partes hacer compatibles las prioridades de desarrollo del pueblo o comunidad indígena sujeto de consulta con las necesidades y recursos que el desarrollo del conjunto de la sociedad demanda.

Al final del proceso de diálogo, los acuerdos alcanzados deben quedar reflejados en el acta de consulta y estos acuerdos son de obligado cumplimiento para las dos partes. Si como resultado del proceso de consulta hay desacuerdos, también esos desacuerdos se registran en el acta de manera fundamentada, con los argumentos de sustento tanto por parte del sector indígena como de los funcionarios.

Cuarto momento: La decisión

Concluido el proceso de la consulta corresponde al gobierno tomar la decisión final acerca de la implementación de la medida propuesta. Dicha decisión debe estar sujeta a ley, no puede ser arbitraria y en los aspectos en que ha habido

desacuerdo debe tomar en cuenta, en todo lo que sea posible, los argumentos aportados por la parte indígena para fundamentar su desacuerdo o su objeción.

Finalmente se registran los resultados de la consulta que para hacer posible el seguimiento de los acuerdos y de todo lo relacionado con la implementación de la medida.

Consulta sobre recursos naturales

Para concluir un breve comentario sobre la consulta en materia de recursos naturales. El artículo 15 del convenio se refiere, como lo explicó Diego García Sayán a la consulta sobre recursos naturales que son patrimonio de la Nación y sobre los cuales el Estado es soberano en su utilización.

El Convenio señala en el artículo mencionado que *“los gobiernos deberán establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”*.

Este es el objeto y el primer contenido de la consulta, la afectación. Se consulta por tanto si la implementación de la medida va a causar algún perjuicio a la comunidad y cuál es la naturaleza de ese posible perjuicio para ver en conjunto de qué manera se puede remediar, o atenuar, o eventualmente para llegar juntos a la conclusión de que el daño podría ser de tal envergadura que la implementación del programa o la manera de llevarlo a cabo debe ser reconsiderada.

El texto del mismo artículo 15 señala a continuación que *“los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que pudieran sufrir como resultado de dichas actividades”*.

Termino con un mensaje de optimismo. Esta discusión que hoy estamos teniendo hubiera sido impensable hace cinco años.

Hoy, en Colombia y en el resto de los países de la región, tanto en los gobiernos, como en las organizaciones indígenas y en las instituciones de la sociedad civil, hay conciencia de la necesidad y la urgencia de que los pueblos indígenas sean incluidos en los procesos nacionales de desarrollo con respeto de su identidad y su cultura. Espacios de intercambio de información y de reflexión como este en que hoy participamos, ayudan a avanzar en el objetivo de que los pueblos indígenas

puedan gozar, plenamente, sin obstáculos ni discriminación, los derechos humanos y libertades fundamentales.

Les agradezco mucho por su atención.

WENDY PIEDAD MOLINA ANDRADE

Presidenta Corte Constitucional del Ecuador

Vemos que en el tema de consulta previa en el Ecuador se hace un reconocimiento expreso inclusive del derecho a la propiedad, porque se está refiriendo a esos territorios. Se reconoce el derecho a la participación, el derecho a la indemnización, el derecho a ser informados de manera libre, voluntaria y sobre todo, dentro de un plazo razonable y con la oportunidad pertinente.

El artículo 59 numeral 17 de la Constitución del Ecuador reconoce el derecho de ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de esos derechos colectivos.

Queda claro que el desarrollo de la normativa internacional en el nivel interno de cada Estado, se ha dividido en dos fases; el derecho a la consulta previa en cuanto a las fases o a los efectos concretos que se podrían generar por las actividades administrativas o de prospección, explotación y comercialización de los recursos no renovables dentro de los territorios de los pueblos a favor de quienes reconocen los derechos colectivos, y adicionalmente, el derecho a la denominada Consulta Pre-Legislativa.

La Consulta Pre-Legislativa ha sido una denominación otorgada por la Corte Constitucional vía sentencia a la cual me voy a referir más adelante, por cuanto conceptualmente no había una distinción en la Constitución, sin embargo existían los dos tipos de consulta como derechos colectivos.

Al expedirse la Constitución que rige en Ecuador a partir del 20 de octubre de 2008, se generaron una serie de retos para las instituciones que conformaban ya este marco constitucional. Así, todas las entidades que tienen potestad normativa tenían la obligación de cumplir con lo que se denomina en Ecuador las garantías normativas.

Las garantías normativas son las atribuciones que la Constitución otorga a estos órganos que tienen potestad de expedir normas, potestad de adecuar la normativa que ya existía antes de la vigencia de la actual Constitución a los preceptos vigentes, y en caso de una inexistencia de norma secundaria que regule o desarrolle los preceptos vigentes, también proceder a expedirla.

La Corte Constitucional de Ecuador, a partir de un caso concreto pudo advertir que no existía en Ecuador la normativa pertinente para poder desarrollar y aplicar estos procesos de consulta previa reconocidos en la Constitución como derechos colectivos. Existían criterios, los cuales se referían a que esta inexistencia de una norma infraconstitucional impedía el ejercicio correcto y eficaz de estos derechos. Nuevamente aquí la importancia de la aplicación directa de la Constitución y de sus preceptos.

La Corte dentro de un caso concreto en el cual se le demandó la inconstitucionalidad de la ley de minería, por cuanto a criterio de una parte, se consideraba que no se había cumplido con el procedimiento de la consulta pre-legislativa, consideró la necesidad de hacer primero un esclarecimiento de los tipos de consulta que prevé la Constitución en el Ecuador. Haciendo primero la distinción entre la consulta prevista en el artículo 57 numeral 7 y la consulta prevista en el artículo 59 numeral 17 de la propia Constitución.

Posteriormente a ello, cabe recordar y exhortar nuevamente tanto a los órganos que conforman la administración estatal, como a todos los operadores jurídicos y a la sociedad en general, la insistencia del principio de aplicación directa en nuestra Constitución. Siendo así, estos procesos de consulta deberían ser cumplidos y garantizados aún con la inexistencia de una norma infraconstitucional que los regule.

Aquí vendría una nueva inquietud respecto de cómo garantizar los derechos sin la existencia de una normativa adecuada que nos establezca, cuáles serían los procedimientos y los pasos a seguir para poder garantizarlos. En esta sentencia que yo les menciono, dictada en el mes de marzo del año 2010, la Corte Constitucional expide reglas generales para la ejecución de estos procesos de consulta previa.

Otra de las inquietudes que versa respecto de esta facultad, es por qué la Corte Constitucional lo hizo, o cuál fue el argumento o el sustento constitucional y legal para generar derecho objetivo y regular procedimientos no establecidos en las leyes infraconstitucionales. Lo que aquí se garantizó y se aplicó, fue el artículo 429 de la Constitución que señala que la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación en materia constitucional, siendo así, interpretando la misma y protegiendo los derechos previstos en la Constitución determinó como parámetros obligatorios, ciertos procedimientos a seguir, tanto para la Consulta Pre-Legislativa como para la consulta previa.

Estos elementos se encuentran vigentes hasta que el órgano que tiene la potestad normativa, es decir la Asamblea Nacional dicte a través de la normativa

pertinente las regulaciones necesarias para garantizar los procedimientos. Sin embargo, el momento en el que el órgano con potestad normativa expida esas regulaciones, de ninguna manera podrá apartarse o alejarse ya de los precedentes obligatorios que dejó sentada la Corte Constitucional en esta sentencia.

En cuanto a las reglas y a los procedimientos mínimos que se deben contener para la consulta Pre-Legislativa, es decir, aquella prevista en el artículo 59 numeral 17 de la Constitución, la Corte señaló que se deberían cumplir por lo menos tres requisitos fundamentales:

Primero, la organización y la implementación de la consulta Pre-Legislativa dirigida de manera exclusiva a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades antes de la adopción de la medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

El segundo de los requisitos, era prever que esta consulta Pre-Legislativa, en tanto como derecho colectivo, no puede equipararse bajo ningún punto de vista con la consulta previa determinada en el artículo 57 numeral 7 de la propia Constitución; porque señala la Corte, que se trata de dos tipos de consulta, dos tipos de derechos colectivos que el uno no puede ser absorbido por el otro.

El tercer requisito, fue instituido con el fin de establecer que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, se refieran a los aspectos que expresamente puedan afectar de manera objetiva a uno o más de sus derechos colectivos.

Previstos de manera general estos requisitos, también la Corte entró a regular procedimientos mucho más determinados con la finalidad de garantizar el ejercicio del derecho a la consulta. En la sentencia de la Corte, ésta hace una relación a los factores de la consulta, de a quién se debe dirigir la consulta, en qué casos, de cuál es el órgano encargado de realizar la Consulta Pre-Legislativa y también establece en su jurisprudencia las fases de la Consulta Pre-Legislativa.

Dentro de las fases de la Consulta Pre-Legislativa están: la etapa de preparación, la etapa de convocatoria a la Consulta Pre-Legislativa, la fase de información y difusión de la consulta, la fase de realización de la consulta y finalmente la fase de análisis de resultados y cierre de la misma.

La Asamblea Nacional, en el mes de septiembre expidió un instructivo para las Consultas Pre-Legislativas, el cual fue puesto a disposición de la Corte Constitucional del Ecuador, este instructivo se encuentra vigente en la actualidad.

De otra parte, el procedimiento para la consulta previa no ha tenido desarrollo, en la medida en que el Ecuador no cuenta con un cuerpo normativo que la regule. Sin embargo, ello no significa que este procedimiento no pueda llevarse a cabo, sino que la Corte para este caso dictó los parámetros mínimos que deberán observarse para los procesos de consulta previa. Para realizar estos parámetros, se apoyó en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en el caso *Saramaka vs Surinam*, se apoyó también en los informes del relator especial para las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas y en tal sentido, todos estos elementos sirvieron para que en el Ecuador, a través de una sentencia constitucional, sin que medie expresamente la existencia o la vigencia de una norma, se puedan respetar los parámetros y estándares internacionales reconocidos y estatuidos a nivel nacional o interno, a través de un acto de obligatoriedad general como es una sentencia constitucional.

Los parámetros que la Corte Constitucional determinó como mínimos y obligatorios para la realización de los procesos de consulta previa son:

1. El carácter flexible del procedimiento: esto versa respecto de que cualquier procedimiento que se haga a nivel interno de los países deberá respetar las tradiciones y los usos propiamente establecidos por las comunidades a quienes vaya a ser dirigida la consulta.
2. El carácter previo de la consulta.
3. El carácter temporal.
4. El carácter público e informado de la consulta: reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida. Aspecto de gran relevancia, por cuanto debe garantizarse un proceso sistemático de negociación, el cual implique un diálogo abierto y participativo, no basta únicamente con poner en conocimiento de los pueblos informados, sino que necesariamente debe existir esta participación.
5. Obligatoriedad de actuar de buena fe.
6. Deber de hacer una difusión pública del proceso de consulta.
7. La definición previa y concertada del procedimiento.
8. Característica de sistemático y formalizado de la consulta.

9. Alcance de los resultados de la consulta.

10. Efectos de la consulta.

Como un aspecto fundamental que contiene esta sentencia constitucional es la ratificación del derecho a la consulta previa como un derecho sustancial y no meramente formal, como en muchas ocasiones suele ser considerado.

Cuando se habla de la existencia de una sentencia o de un dictamen constitucional, que establece los procedimientos mínimos a seguir en caso de ausencia de las leyes que nos permitan llevar a ejecución este tipo de procesos, esta sentencia es de cumplimiento obligatorio, el momento en que no se cumple la sentencia, se tiene una garantía específica para sancionar este incumplimiento a través de la Acción de Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes Constitucionales. Si en un caso particular se aplican consultas sin observar los preceptos o procedimientos establecidos en la sentencia anteriormente enunciada, existe la vía para corregirlo, incluso la Constitución del Ecuador sanciona con la destitución a aquellas autoridades que incumplan una sentencia o un dictamen constitucional.

En el caso particular de la Consulta Pre-Legislativa, teniendo en cuenta que hasta la fecha el órgano con potestad normativa ha expedido un instructivo con base en los preceptos establecidos por la Corte Constitucional, que nos permite llevar adelante este tipo de consulta, genera en el Ecuador, la existencia de un cuerpo normativo vigente que tiene como finalidad la ejecución de este derecho. En el caso de que a este cuerpo normativo no se le de cumplimiento, también se tiene una garantía jurisdiccional denominada Acción por Incumplimiento, cuyo objetivo es lograr ejecutar el cumplimiento de las normas jurídicas infraconstitucionales que integran el marco jurídico ecuatoriano.

HUMBERTO SIERRA PORTO

*Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y
Expresidente de la Corte Constitucional de Colombia*

Voy a referirme concretamente a la consulta previa en el derecho colombiano, que ha sido desarrollada en sentencias de la Corte Constitucional.

1. Aspectos generales (elementos ideológicos) para comprender la consulta previa

Como primer elemento se caracteriza la teoría tridimensional del derecho, la cual sostiene que toda institución jurídica puede ser vista desde una perspectiva filosófica, sociológica y jurídica.

La perspectiva filosófica, la razón de ser, ¿para qué es?, ¿cuál es el propósito?, ¿el por qué de la consulta previa?. Para garantizar la identidad, la autonomía, para permitir que se conviva en un marco pluralista, la finalidad, la razón de ser, las causas primeras y los fines últimos.

La perspectiva sociológica, ¿efectivamente se está cumpliendo la norma?, ¿no se está cumpliendo la norma?, ¿cuáles son los problemas que están teniendo?, ¿qué sucede en la Costa Atlántica, qué sucede en el Chocó, qué sucede en el Cauca?, ¿efectivamente es un proyecto indispensable?. Se refiere esencialmente a las realidades particulares, a estadísticas, a análisis de campo y al ámbito de la eficacia del derecho.

Perspectiva normativa - jurídica, surge de los elementos de las fuentes del derecho, de lo que dicen los tratados internacionales, las leyes colombianas, la jurisprudencia, y desde allí tratamos de dar respuesta a los problemas que tenemos.

Ahora bien, partiendo del supuesto de que la consulta previa es una institución, esta tiene que ser analizada para entenderse adecuadamente desde las tres perspectivas. Voy a destacar la tercera, que es la que me corresponde como jurista.

El tema de la consulta previa, se ha dicho en innumerables sentencias de la Corte, significa un cambio de paradigma, significa entender cuál es el alcance

del pluralismo político, pues un Estado se fortalece, es más grande y logra una mayor identidad e identificación de todos los miembros cuando garantiza la pluralidad.

Las comunidades afrocolombianas se sienten colombianas cuando son reconocidos sus derechos, las comunidades indígenas se sienten colombianas cuando se les reconocen sus derechos. Entonces, un elemento para fortalecer la unidad, es reconocer y proteger la diversidad. La política consiste en que entre todos podamos construir un mismo país. Esa es la lógica que se está dando desde la perspectiva de la consulta previa.

Por otra parte, al hablar de la consulta previa, partimos de una serie de conflictos. De una parte, los derechos de los indígenas y de las comunidades tribales, y por otra parte, el derecho al desarrollo, al modelo de desarrollo económico. La pregunta es ¿cómo compatibilizar los derechos de las comunidades tribales, comunidades indígenas, con el derecho al desarrollo, a tener un modelo económico? Es un tema esencial en este momento y sobre todo en América Latina, donde la economía está teniendo un gran auge, fundada en la explotación de los recursos naturales.

2. Contexto de la consulta previa

El tema de la consulta previa es un tema de la mayor actualidad en el contexto latinoamericano, junto con otros que se dan en el entorno local, y que son comunes a todos los países. El tema de la consulta previa es uno de los temas que están en boga, pero se discuten también los temas relativos a la libertad de expresión, el alcance de los derechos a la familia, matrimonio, adopción, derechos de los homosexuales, problemas relativos con los reclusos y los derechos de la mujer.

En relación con lo anterior, el contexto en el cual se ubica la consulta previa está íntimamente ligado dentro del tema de los derechos de los indígenas, el tema del idioma, el tema del régimen de propiedad colectiva, el tema de la etnoeducación, todo lo relativo con la jurisdicción especial indígena, la creación de entidades territoriales en nuestro país, las competencias en materia de autogobierno, regulación de leyes, regulación que tienen este tipo de comunidades, los derechos de representación política y los derechos de participación política.

3. Concepto de etnoeducación

El tema de la etnoeducación, es un tema muy interesante de desarrollar con relación a las comunidades afrocolombianas e indígenas. La educación indígena se constituye como un derecho fundamental y como un factor de integración en la sociedad. Es interesante el tema de la etnoeducación por dos cosas, primero por la consagración de este derecho como fundamental, igual que la consulta previa y segundo, porque en nuestro país la etnoeducación, como ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional, está garantizado de dos formas: por la consulta previa y por la concertación.

4. Consulta previa de comunidades indígenas y grupos tribales

Esta es la razón de ser, la fundamentación que tiene la consulta previa. Inicialmente se considera que es un derecho fundamental, de carácter sustancial, no procedimental.

No puede entenderse la consulta previa como un requisito de trámite propio del procedimiento legislativo, es decir, **no puede** alegarse que en el trámite de una ley no se alcanzó a hacer la consulta previa, pero que posteriormente se puede corregir el error retomando el proceso allí donde debió haberse hecho. Si en el trámite legislativo no se hace la consulta previa, no hay forma de subsanar el error en una etapa del procedimiento legislativo, posterior. La Corte Constitucional ha manifestado que la consulta previa es un requisito que no tiene excepciones, que no puede ser corregido, es un vicio insubsanable de procedimiento, con lo cual desde el principio se tiene que hacer. Por eso ha sido tan importante el tema relativo al carácter sustancial.

Los titulares del derecho a la consulta previa son esencialmente las comunidades indígenas y los pueblos tribales. Dentro de las comunidades tribales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que en Colombia se incluyen las comunidades afrocolombianas, como sujetos pasivos de la misma.

En la sentencia C-461/08 se ha dicho que deben existir dos elementos fundamentales para que se considere como grupo tribal:

- a. **Un elemento objetivo:** existencia de rasgos culturales, sociales compartidos por los miembros del grupo y que se diferencian de otros sectores sociales.

- b. *Un elemento subjetivo:*** existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad.

5. ¿En Colombia en qué temas opera la consulta previa?

- a. Opera para el trámite de reformas constitucionales que afecten a comunidades indígenas o a comunidades afrocolombianas.
- b. Opera para la elaboración de tratados internacionales. Todo tratado que afecte a una comunidad indígena o a una comunidad afrocolombiana y no sea objeto de consulta, allí habrá lugar a una declaración de invalidez y de nulidad de ese tratado internacional. El momento en el cual debe hacerse la consulta previa es el momento inmediatamente anterior al trámite en el Congreso.
- c. Opera para la elaboración de leyes. Requisito que se debe cumplir desde el principio, so pena de invalidez absoluta de la norma legal.
- d. Opera para la elaboración de actos administrativos incluyendo contratos.

Tema sumamente álgido, porque cabe la pregunta, ¿qué sucede cuando se ha empezado a hacer una obra y no se ha hecho la consulta previa? La Corte Constitucional ha manifestado que no hay posibilidades de retrotraer la ejecución de la obra ya culminada.

Las medidas que se han tomado son dos: suspender la obra, hasta que se haga la consulta, en la medida en que la consulta sea posible o sino llevaría a una suspensión indefinida, y en segundo lugar, en la jurisprudencia se han ordenado pagar indemnizaciones.

- e. Opera para obras, proyectos o actividades que tienen la potencialidad de afectar a las comunidades en su integridad cultural o en su territorio.

6. Requisitos de la consulta previa

a. *Debe ser previa*

Carácter previo, como su nombre lo indica debe ser realizado antes de la elaboración de la norma o de la realización de la obra. El que sea previo es la regla general, pero también podrían establecerse condiciones con posterioridad.

La consulta tiene como propósito buscar el consentimiento, lo que no significa que este sea un requisito *sine qua non* para que exista, de lo contrario ya no sería consulta, sino que se convertiría en contrato.

La consulta previa debe procurar que se compartan beneficios, pero tampoco significa *per se*, que las comunidades deban convertirse en accionistas del proyecto.

b. Debe tratarse de una afectación directa a la comunidad indígena o afrocolombiana

Afectación directa en los intereses, en la autonomía, de la cosmovisión, o del territorio indígena.

Afectación directa, como lo ha sostenido la Corte, significa que deben ser objeto de consulta aquellas decisiones que puedan afectar específicamente a las comunidades en su calidad de tales y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos.

c. Debe ser una consulta realizada de buena fe

La consulta debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo. Debe basarse en criterios de razonabilidad, proporcionalidad, objetividad, respeto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Debe prever mecanismos ajustados para atenuar los efectos desfavorables que van a suponer una medida que no es aceptada por esa comunidad.

d. Debe ser una consulta realizada por el gobierno

e. Debe prevalecer el interés general expresado por el Estado

7. Conclusiones

- El derecho fundamental a la consulta previa es un derecho que ha sido desarrollado por vía jurisprudencial.
- El derecho a la consulta previa es relativamente nuevo, por cuanto cronológicamente fue aprobado después de la Constitución de 1991.
- No se han expedido leyes que regulen lo relativo a la consulta previa.

- Surge la pregunta ¿la consulta previa debe ser desarrollada por vía legislativa o es mejor que sea desarrollada por vía jurisprudencial?.
- Hay dos tendencias: una tendencia restrictiva en cuanto a la posibilidad de que se impongan los intereses generales expresados por el Estado, y otra tendencia que le da una mayor prelación a los intereses del Estado.



CAPÍTULO II

LA PERSPECTIVA DE LAS COMUNIDADES



CASOS CONCRETOS DE CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDÍGENAS

LUIS FERNANDO ARIAS

*Consejero Mayor de la Organización de los Pueblos Indígenas
de la Amazonía Colombiana –OPIAC–*

En nombre de la ONIC saludo a las comunidades indígenas del país y a los participantes al foro. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas se ha concebido como un derecho fundamental no sólo para los pueblos y comunidades indígenas sino para todos los grupos étnicos del país. Históricamente los pueblos indígenas, los grupos étnicos de acuerdo a sus procedimientos de orden espiritual y cosmogónico han venido realizando consultas entre las que se encuentra la época para cosechar o hasta para procrear.

El instrumento internacional más importante, el Convenio 169 de la OIT, introduce este derecho tan importante para los pueblos indígenas no sólo de este país sino del mundo. Durante dos décadas este derecho fundamental fue desconocido e invisibilizado y por eso los grupos étnicos tuvieron que acudir a diferentes escenarios jurídicos. Día a día se dan escenarios que son fruto de la lucha de los pueblos por la garantía de este derecho que es fundamental mediante el cual los pueblos indígenas y los grupos étnicos en Colombia pueden participar en los mecanismos democráticos, políticos, jurídicos, económicos y sociales en las políticas que los afectan de manera directa o indirecta.

Si bien Colombia es uno de los países en los que por lo menos en materia formal existe gran desarrollo sobre la materia de orden jurídico y jurisprudencial, también es cierto que ha habido diferentes vacíos en la aplicación de la consulta, lo cual se ha informado y denunciado a las diferentes instancias. Son preocupantes algunos criterios que se han emitido por algunas instituciones como lo es el emitido por el Consejo de Estado que deja vigente el Decreto 1396 a pesar de

que la OIT había señalado que era un instrumento que no contaba con la debida realización de la consulta.

Ahora bien, es necesario dar un debate sobre los derechos que la consulta protege (vida, cultura, integridad, autonomía, entre otros) los cuales son el verdadero sustento de lo que la consulta protege. No se puede continuar satanizando el instrumento de la consulta previa pensando que son viáticos o viajes que se le permiten a los pueblos indígenas cuando en realidad lo que se plantea es una discusión de derecho.

No se puede considerar que los pueblos indígenas del país son un obstáculo al desarrollo cuando no se han dado las garantías políticas, económicas y sociales para revisar el procedimiento de la consulta de manera previa, libre e informada, porque los pueblos indígenas y los afrodescendientes no están en contra del desarrollo del país, sino que se propone que el desarrollo se haga de manera sostenible y con criterios del buen vivir, que estén orientados por una relación sana con la naturaleza y los recursos. Los pueblos indígenas consideran que si no se toman medidas urgente se llegará a la autodestrucción, de hecho los reportes que emiten los expertos ya eran conocidos por los mayores que conocían que la madre esta herida. Por lo anterior es necesario hacer compatibles los intereses, los Estados no pueden estar por encima de la vida y de la integridad étnica de los pueblos.

Colombia estableció en su Constitución que se reconoce la diversidad étnica de la nación así que no se pueden poner por encima los intereses de carácter económico, los recursos de los territorios indígenas no pueden continuar siendo extranjerizados como ocurre actualmente en el país porque es ahí donde debe despertar el sentido patriótico.

Se reconocen las preocupaciones del Gobierno nacional con respecto a la necesidad de reglamentar el proceso de la consulta previa mediante una ley. Sin embargo los pueblos indígenas consideran que ese asunto no se puede resolver con una Ley sino que va más allá, incluye de la voluntad política y del análisis de los límites que tiene el proceso y no sólo en términos de recursos. Existen herramientas de orden legal en Colombia para aplicar la consulta previa mucho mayores que en otros países de la región, por ejemplo la ley 21 de 1991, pero se requiere que se aplique lo que esta ahí establecido con respecto a la consulta legislativa, los proyectos en territorios indígenas y otros asuntos.

Ante la anterior situación, los pueblos indígenas han propuesto que se reglamente el proceso a partir del contexto nacional e internacional. La discusión,

no se debe situar en el mero concepto de la consulta sino que se debe avanzar a la discusión del consentimiento libre, previo e informado que ya ha sido adoptado por la Corte Constitucional en varias decisiones en el país así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los pueblos indígenas hacen un llamado de manera integral a toda la institucional a privilegiar los intereses de las comunidades por encima de las industrias extractivas y no entregar los territorios como se ha venido haciendo.

El río Ranchería es uno de los ejemplos que no sólo afecta a las comunidades indígenas sino a muchos actores de carácter social, civil y político. De hecho, sobre el caso, se había pronunciado el Ministro del Interior considerando que no se realizaría; sin embargo, posteriormente se puso en marcha. Así que el derecho a la consulta no sólo debe ser un clamor de los pueblos indígenas sino de todos los colombianos y colombianas.

Los pueblos indígenas mediante los escenarios de concertación continuarán haciendo este tipo de peticiones al Gobierno en la búsqueda de la garantía de los derechos fundamentales.

HENRY CABRIA

Presidente de la OPIAC

La región amazónica es un país invisible para el resto de la nación porque muchas veces se refieren a ella sólo para hablar de Kapax o de los micos, pero no se tienen en cuenta que es una región estratégica para el mundo o para el país. En ese orden de ideas los pueblos indígenas llevan a cabo su lucha por la consulta previa, la cual es considerada un factor de vital importancia que no sólo debe llegar a las capitales sino que se debe realizar en el marco de las malocas que son las que orientan los saberes, las que han sostenido a los pueblos indígenas y a la Amazonía a partir de su relación con el mundo.

Sin embargo, lo que se ha visto es que la consulta previa se ha querido plasmar como mero formalismo para facilitar un proyecto, dejando de lado que el proceso debe garantizar la pervivencia digna que merecen los pueblos indígenas. Se han emitido conceptos que deslegitiman el derecho de la consulta previa. Por ejemplo el Ministerio de Minas declaró unas zonas estratégicas mineras que están ubicadas en la Amazonía con lo cual se está violando el derecho a la consulta de las comunidades indígenas que allí se encuentran.

Con respecto a la necesidad de institucionalizar el procedimiento, lo que los pueblos indígenas consideran es que ha hecho falta una voluntad política expresa, en lo cual debe entrar la academia a aportar para reestructurar la institucionalidad y que el Gobierno vaya a esas regiones que están olvidadas. Mientras tanto los pueblos indígenas continuarán haciéndose escuchar en múltiples escenarios para proteger a los ancianos y a los mayores.

Los foros son considerados un avance en el cual se abre el espacio para que los pueblos indígenas puedan emitir su voz en el camino de alcanzar la consulta previa y la protección de ellos.

DANILO VILLAFANE

Representante de la CIT

Hay muchas consideraciones con respecto a la consulta previa de los proyectos de desarrollo, sin embargo se cruzan múltiples aspectos que no podrían ser definidos para todos y en este marco no es posible lograr un acuerdo en el que todos se sientan identificados.

Por un lado, se encuentran los recursos de inversión que trae el gobierno y con los cuales se debe realizar la consulta, pero a la vez el gobierno es el garante del proceso. Adicionalmente existen dificultades técnicas, de contratación que incluya los aspectos culturales de los pueblos indígenas, porque la consulta previa lo que garantiza es la identidad cultural de un pueblo pero también es necesario tener en cuenta que no todos los pueblos son iguales sino que algunos pueblos están más vinculados a la occidentalización y otros no.

El caso de la SNSM y sus sitios sagrados se refieren a puntos y al territorio que da los conocimientos y da el saber. Por eso no se comparte la idea de declarar áreas intangibles y alrededor hacer lo que sea. No hay una forma para plantear cuál sería el modelo de desarrollo adecuado, pero si hay seguridad en que la búsqueda de más ingresos para el país y las personas lo que generará es la desaparición del Amazonas o del planeta en su conjunto, que es para lo que se está orientando el mundo científico.

En los territorios indígenas se alberga el 60% de la diversidad colombiana, en parte porque no hay expectativas de explotación, así que el reto está en cómo empezar a conciliar entre el Gobierno y sus políticas y la manera en que los pueblos indígenas conciben el mundo. Sin embargo el proceso está atravesado por la

desconfianza, por la falta de garantías para los pueblos indígenas, desplazamiento y corrupción. Es ahí cuando empiezan los debates sobre que tanto van a permitir los pueblos indígenas el desarrollo sin que el proceso de consulta sea considerado una trinchera o un fantasma sino que lo que se requiere son diálogos transparentes.

La SNSM es importante no por el petróleo ni el carbón sino por el agua, de la cual depende todo el desarrollo económico de la región. De hecho los vecinos que viven ahí han logrado obtener los recursos porque los pueblos indígenas se han encargado de protegerlo. Así que lo que debe haber es un diálogo, cómo se participa, cuáles son los aportes que pueden dar estos territorios, cuál es su vocación, porque el resto de territorios son particulares y se pueden vender para que las multinacionales los exploten sin la necesidad del procedimiento de la consulta previa.

Los pueblos indígenas deben estar dispuestos a dialogar de manera transparente con el Gobierno para conocer cómo se van a manejar los recursos de los territorios.

JUAN TITIRA

Representante comunidades indígenas

Desde 1891 a 1920 los pueblos indígenas no podían hablar con los vecinos ni los gobernantes porque los últimos los hirieron, los mataron y los exterminaron, el indígena indefenso no podía hablar por vocación. Después de eso en la segunda Constitución les fue otorgada la cédula pero es cuestionable si tenían vocería. Hoy después de la Constitución de 1991, los pueblos indígenas han logrado avances en armonía con los hermanos afro y los Rom, porque se ha llegado al diálogo y no mediante la confrontación. Actualmente se cuenta con la consulta previa que antes no se realizaba, hoy a pesar de que la Ley 21 de 1991 favorece a los pueblos indígenas y afros, continúan las desventajas porque los proyectos que son de interés general para los colombianos no han sido informados a los indígenas. Antes no se tenían los mecanismos de apertura al diálogo, de conocerse los unos a los otros, mientras que el Gobierno de “Prosperidad para todos” ha brindado los espacios.

Los indígenas Motilón Bari consideran que los llamados a las mesas de diálogo son los que habitan los territorios, que se hable de manera clara, de manera real y sin engaños, no utilizando a los indígenas para lograr una sociedad progresista. El diálogo a la consulta debe ser equilibrado e integral.

En ese sentido la consulta previa es un instrumento que viabiliza oportunidades si se saben aprovechar y usar adecuadamente. Es amplio siempre y cuando se trabaje de manera coordinada y en igualdad de condiciones.

Los pueblos indígenas saben que los dirigentes no poseen la experiencia para interlocutar, pero es allí donde se deben facilitar escenarios de formación y diálogo entre todos. La consulta es confiar y creer en el otro en el marco de compartir la palabra. Se han buscado mecanismos de solución, de diálogo y de interlocución con las diferentes instituciones pero no hay avances a la hora de invertir recursos en los territorios porque los representantes se quedan con todo y las minorías con nada.

Los pueblos indígenas quieren que la participación sea inclusiva y representativa para poder abrir la puerta de los territorios a partir de la generación de confianza, trabajando en diálogos serios y constructivos haciendo uso de todos los instrumentos.

CASOS CONCRETOS DE CONSULTA PREVA A COMUNIDADES NEGRAS

EMIGDIO PERTUZ

Abogado Consultivo de Alto Nivel departamental

Buenas tardes compañeros y compañeras, desde Capurganá en la frontera con Panamá por el Caribe deseamos compartir un saludo de hermanos, esperamos compartir con ustedes algunas experiencias del consentimiento previo.

Nosotros hemos venido hablando de consentimiento previo y hemos querido y hemos luchado por no hablar de consulta previa, por cuanto sentimos que en la consulta previa no obliga y no queremos que en nuestro territorio se adelante ningún proyecto, ni iniciativa ni se tomen decisiones con las que no estemos de acuerdo con los que deseen desarrollar el proyecto o implementar alguna norma, llámese ley, decreto, ordenanza, o acuerdo municipal.

Para los que no conocen la región, estamos en la parte caribe, en la cintura de América, esto genera muchas ventajas pero también muchas dificultades, porque muchos inversionistas están mirando la posibilidad de desarrollar proyectos e iniciativas, por lo tanto el hecho de que estemos ubicados en un punto tan estratégico en la frontera con Panamá, consideramos que es una frontera profundamente étnica por ambos lados, allí hemos adelantado algunos procesos de consulta previa o de consentimiento previo, pero cuando arrancamos este trabajo, que para nosotros era muy nuevo porque no teníamos la experiencia, nos preguntamos ¿cómo saber si un proyecto o una ley nos sirve o no? Entonces comenzamos a recoger conceptos y opiniones y logramos ponernos de acuerdo en que deben cumplir 5 principios:

1. Cualquier proyecto, programa o ley debe **fortalecer nuestra identidad étnica**.
2. **Ejercicio del ser**. Si ese proyecto ayuda a que tengamos el control y la posibilidad de decidir, nos sirve. Si esta iniciativa o proyecto implica que tiene que venir otra gente de afuera a dirigirnos o administrarnos, no nos sirve.
3. **Espacio para ser**. El territorio. No puede ser que ninguna ley, proyecto, programa o iniciativa pretenda sacarnos de nuestro territorio.
4. **Opción propia de futuro para ser**. Recibimos todas las recomendaciones, sugerencias e inquietudes, pero solo nosotros decidimos que queremos hacer en nuestro futuro.

5. **Solidaridad del ser.** Mejorar y compartir nuestro espacio con las próximas generaciones, compartir con nuestros hermanos.

Estos 5 principios nos permitieron decirle a Anglo America Exploration que llegó con el deseo de hacer explotación de oro, cobre y tungsteno, que su proyecto debía someterse al proceso de consulta, aún después de que Ingeominas le había vendido la información por \$700.000.000 y le había dado la licencia para explotar nuestro territorio.

Es así como, las empresas mineras y los empresarios llegan al territorio desconociendo toda normatividad local, nacional e internacional y los funcionarios del Estado se prestan para ello.

En el caso de Anglo America Exploration logramos cancelar el contrato de concesión que había obtenido para explotación de nuestro territorio. Igualmente Goldplata y el Grupo de Bullet, porque ya Ingeominas había repartido todo el territorio del municipio de Acandí en estas tres empresas mineras, a Anglo América 1600, a Goldplata alrededor de 60.000 hectáreas y el título del Grupo de Bullet decía que lo que no se haya entregado a otra empresa minera era para ellos. Hoy gracias a Dios y después de un proceso difícil ninguna de estas tres empresas está en nuestro territorio.

En el caso de ISA que quiere hacer interconexión internacional con Panamá en este momento el proceso de consulta previa está suspendido porque no entendemos como podemos darle energía a Panamá y generarle grandes utilidades a Isa, si Acandí esta apagado, no tiene energía, porque no ha habido forma de conseguir los 80.000.000.000 que se necesitan para la interconexión de Turbo con Unguía y Acandí pero si hay todo el recurso para venderle energía a Panamá. Por lo tanto no podemos sentarnos a hacer un a consulta previa con ISA a oscuras, por eso este proceso esta paralizado.

Tenemos una experiencia que consideramos relativamente positiva con Parques Nacionales y Codechocó, sabemos que tienen una deuda grande con los negros y las negras pues históricamente muchos negros fueron sacados de su territorio para declarar áreas protegidas, ellos tienen muchos territorios que deberían devolvérselo a los negros. Sin embargo, con ellos nos sentamos a conversar en una consulta que demoró 7 años y 8 meses, el inicio fue complicado y hubo que concientizar a la comunidad de lo que era la consulta previa, el consentimiento informado y el territorio y en este año se concluyó todo el proceso para declarar un distrito de manejo integrado para que en el futuro se convierta en una estrategia de desarrollo sostenible para el municipio de Acandí y para la región. Antes de declarar un

territorio protegido, solicitamos conocer un parque, entonces nos llevaron a uno de la vieja época, pero lo que nos había dicho Parques Nacionales era cómo funcionaba y fue muy diferente a lo que pudimos observar, lo que nos ha generado un proceso de reflexión.

Son experiencias unas muy malas, las de Parques y Codechocó son regulares tirando a buenas, pero hay algunas que son peores y que nos tienen a muchos usando chalecos antibalas, andando con escoltas y cada 4 o 5 días nos llaman a amenazarnos, hay unos intereses que están dispuestos a hacer lo que sea para saltarse cualquier norma de consulta previa.

La misma ONU ha violado el convenio 169 de la OIT, el DPS llegó hace 2 meses irrespetando el proceso de consulta previa, es la actitud del Estado, de los funcionarios, que tiene que cambiar porque están irrespetando el proceso de consulta previa pues lógicamente la forma como se mira el proceso será distinta.

Yo solo quiero hacer una invitación, hacer el segundo seminario en Capurganá y que la sociedad colombiana, los funcionarios de más alto nivel y los empresarios entiendan que si hacemos los proyectos, las propuestas, las iniciativas de manera conjunta y concertada los resultados van a ser positivos para este País en el cual los negros y las negras hemos contribuido tanto.

ELKIN CUESTA

Ingeniero Exconsultivo experto en Consultas Minero energéticas

Buenas tardes y gracias al Ministerio del Interior por invitarme. Tengo que hacer una claridad yo hace dos semanas estaba en Washington y recibí una llamada del Ministerio del Interior preguntando si tenía el interés de participar en este evento y dije que si.

El roce que hubo altera mi presentación inicial pero de todas maneras quiero empezar con una frase de Calle 13 que dice: *“Calma pueblo que aquí estoy yo, lo que ellos no dicen lo digo yo, lo que tu sientes lo siento yo porque yo soy como tu y tu eres como yo”*. La presentación básica apuntaba a compartir las experiencias que se han tenido con los casos concretos de consulta previa en las comunidades afro descendientes del País. He tenido la fortuna de estar involucrado desde que estaba en la universidad con estos temas. Quise iniciar mi presentación con la reflexión de Ernest Hemingway, en *“Por quién doblan las campanas”*.

El tema apunta a que tanto el gobierno, comunidades y actores económicos de los diferentes sectores, debemos estructurar un nuevo modelo de desarrollo para la implementación de lo que es la política de estructuración de estándares de Colombia ante el mundo. Yo tengo una visión muy clara, vengo de una región estigmatizada y que hoy está pasando por difíciles momentos de orden público y económico, pero nosotros iniciamos un proceso que se llama “PRECON Proceso de empoderamiento de las comunidades negras”, porque nosotros somos pobres y lo único que tenemos para generar nuestros propios recursos es la minería y los aprovechamientos en la parte costera.

En el sector minero, hay una formación de rocas que se encontró en Chile, país que se ha convertido en uno de los productores mundiales de Polisufuro (sulfatos de cobre, sulfatos de zinc) producto que es utilizado para diferentes fines. En el Chocó se encontró el elemento en dos zonas, en Bagadó y Bojayá. El gobierno de Belisario Betancur otorgó títulos mineros y no se ha podido explotar porque los grupos al margen de la ley tienen inclusive un campamento en el centro del principal depósito de Polisufuro masivo que hoy tiene Colombia. La única mina que lo está produciendo está en Carmen de Atrato y es exportado al Japón, esa roca es tan especial que desde el siglo pasado los norteamericanos se dieron cuenta y enviaron sus multinacionales. Hoy en día, todos esos recursos se van a EEUU.

Debemos preguntarnos entonces: de qué desarrollo minero estamos hablando?Cuál es el desarrollo minero que nosotros estamos pretendiendo estructurar?Cuál es el sentido del desarrollo? No tiene sentido el desarrollo que genere desvalorización interna de nuestras comunidades, de nuestras costumbres, de nuestra escala axiomática, y es un problema que hoy es estructural en Colombia. Los elementos de los modelos de desarrollo que hoy se están definiendo en el sector minero no nos incluyen. El concepto de desarrollo no es un concepto desarrollado en si mismo, la historia lo ha demostrado y dependiendo de los momentos históricos el desarrollo se viene generando.

Colombia es un país pluriétnico y multicultural y los elementos de desarrollo que se van a estructurar tienen que obedecer ese criterio, y en el sector minero debe ser así, hay que variar el modelo que se está definiendo para el sector minero y para todo el país para que pueda ser funcional. Entonces comienza el tema, ¿cuál es el mecanismo para generar esas condiciones de inclusión cuando la mayoría define un modelo de desarrollo en el que nosotros no estamos? La consulta previa es la respuesta.

Para nosotros la consulta previa es un tema vital de inclusión y de participación, para la otra parte, es un tema de trámite para poder acceder, ahí comienzan las barreras y las dificultades.

Hay una serie de barreras para la consulta previa en el país:

1. Falta de un marco legal general de consulta.
2. Las reales garantías del gobierno de turno y sus funcionarios, pues no hay confianza real.
3. Visión de las partes: Por ejemplo, hoy en día hay una consulta previa para la electrificación del Chocó donde se debe sacrificar el territorio. Pero aún cuando la energía es una necesidad y no tenemos para pagarla, no debieran quitarnos los elementos para producir.
4. En el sector minero hay algo importante, nosotros defendemos el territorio teniendo la titularidad de los recursos naturales, pero el subsuelo es del Estado y hay unos mecanismos de prelación.
5. En un extremo nos dan la titularidad, pero ¿cómo nos desarrollamos? Por otro lado llegan las multinacionales diciendo nosotros tenemos la plata quitense.

Los procesos de consulta previa se deben incluir en los contratos de concesión para permitir una participación real.

ARLINGTON LEE HOWARD

Abogado Presidente de la Asamblea Departamental de San Andrés

Inicia su intervención haciendo un saludo en Creole. Gracias a Dios y a este espacio que han permitido los diferentes entes. Desde el territorio insular queremos extender un saludo muy especial a todos los colombianos que se han solidarizado con esta gran y extrema pérdida de nuestro territorio, porque los que estamos aquí si sabemos cual es el valor del territorio.

Quiero referirme al tema del pueblo raizal y su reconocimiento particular, el territorio del pueblo raizal es más de 300.000 km² de área marina y la parte pequeña terrestre, el mar es lo importante en el archipiélago y no lo podemos perder, y ese territorio ha sido protegido por muchas sentencias, por ejemplo la sentencia de la Corte que ha reconocido el carácter singular del pueblo raizal y su especial protección por parte del Estado en diferentes sentencias “la cultura de las comunidades raizales es diferente a la del resto de los colombianos particularmente

en materia de lengua, religión y costumbres que le confieren al raizal una cierta identidad, tal diversidad es reconocida y protegida por el Estado y tiene la calidad de riqueza de la nación”.

Lo anterior es cierto, y se está cumpliendo. Seguido a esto tenemos que la población raizal, otras sentencias la definen, como un grupo étnico perfectamente definido como lo evidencia su aspecto físico y sus costumbres, su idioma y su pertenencia mayoritaria al protestantismo, negarle tal carácter aduciendo que las islas fueron pobladas por gentes de diversos orígenes raciales es razón baladí, pues bien sabido es que no existen razas puras.

La Corte admitió que el territorio propio de la comunidad nativa del Archipiélago lo constituyen las islas cayo, e islotes comprendidos dentro de dicha entidad territorial el ejemplar repliegue de las poblaciones raizales en ciertas zonas de la isla no es más que el síntoma de la necesidad de querer brindar una real protección a los derechos culturales de los raizales, todo esto ha estado siempre antes de la disputa entre Bogotá y Managua, por que no fuimos considerados, por que hoy se está diciendo que se violaron derechos fundamentales pero no involucraron al pueblo raizal para explicarles que estas sentencias existían, o simplemente darnos a conocer para que supieran que habían unos seres humanos que iban a ser los más afectados.

Con respecto al convenio 169 de la OIT y la ratificación por la ley 21, fui invitado para hablar de casos de consulta previa en el Archipiélago, si todo está escrito porque no lo cumplen.

Casos desarrollados de consulta previa conocemos una, que fue la construcción de una planta de tratamiento de basura, es hoy una realidad y se están haciendo los últimos detalles, se comenzó la consulta y se terminó.

Hay una consulta referente al artículo 210, un caso sobre control a densidad poblacional que está todavía en veremos y no hemos sabido porque no ha seguido adelante.

Hubo consultas certificadas por el ente que nos tiene que proteger como minoría étnica y es el Ministerio del Interior, y de un momento a otro aparecen otras certificaciones diciendo que ya no procede la consulta, ese es el caso del Plan departamental de aguas, en donde a todos nos han hecho goles pues la consulta se inició y nunca se terminó y hoy se están gastando mas de \$40.000.000.000 en este Plan.

Otro es el caso de la construcción de una cárcel de menores: en donde se certificó que debía hacerse la consulta previa, duró dos meses y luego el mismo Ministerio certificó que no debía hacerse, y hoy se está construyendo una cárcel cuando los niños del archipiélago no tienen parques, ni canchas, ni sitios de recreación.

O el caso de la construcción de una base de guardacostas: se certificó, se inició, la comunidad se manifestó diciendo que no, y 10 años después la construyeron.

Acciones realizadas sin consulta previa, tienen que ver desde el pasado y parece una costumbre del gobierno nacional, una costumbre de regalar el territorio, tomamos el ejemplo de un muy cercano pasado cuando en un tratado con Honduras le regalaron más de 50.000 Km² de nuestro territorio del Archipiélago.

En 1928 Colombia por no pelear con Nicaragua, le regalo más de 150.000 km² hoy ya se está preparando para tomar más.

Más ejemplos, el caso de la construcción de un hotel 5 estrellas en la isla, cuando el pueblo raizal acudió a las instancias de justicia la Corte Constitucional le dijo que no había asentamientos raizales en el sitio donde iban a construir el hotel por eso podían construirlo. ¿Y qué pasa con las sentencias anteriores donde decía que todo el Archipiélago era población raizal? Las Cortes, los jueces y los magistrados han sido el peor elemento frente al cumplimiento de la consulta previa.

Las grandes obras recientes, el hospital por ejemplo, no fue consultado y aquí se invirtieron mas de 60 mil millones de pesos, los escenarios deportivos, hoy se están cayendo y los paseos peatonales y es un sitio donde se albergan perros. O la concesión de un único aeropuerto en el 2005 que se entregó a unos chilenos y dentro de la concesión venía la obligación de retirar de la pista a más de 200 familias raizales. También está la concesión del acueducto y alcantarillado a una empresa de Boyacá.

Y hoy, el caso más extremo de no consulta al pueblo raizal, es no haber conversado y construido la defensa del pueblo raizal junto con los delegados de la Cancillería, y hoy tenemos que decir que le regalaron más de 150.000 km² de nuestro territorio a un país bélico, Nicaragua no es garantía, Ortega siempre ha sido la persona que genera conflicto en Centro América y el Caribe, y nos va a poner a nosotros en conflicto, el único lugar de Colombia que no lo tenía. Nicaragua ya invitó a Israel, a EEUU y a otros países a ir a las aguas del Archipiélago a hacer prácticas bélicas.

Consecuencias: ¿Dónde está la verdad, la justicia y la reparación del pueblo raizal?, la pérdida de gran parte de nuestro territorio, la reducción considerable del espacio vital su territorio para el pueblo raizal, ¿a dónde vamos a ir si no podemos vivir en nuestro territorio?. El fallo provocó y provocará un desplazamiento forzoso de la comunidad a otros espacios y territorios. ¿Cómo existen islas sin mares?, ¿cómo será el Archipiélago sin raizales?.

Hoy estamos en el tópico de la consulta previa y el Gobierno Nacional se equivoca nuevamente, hoy el presidente expone el plan de emergencia para el pueblo raizal, pero éste no ha sido consultado.

Las propuestas presentadas por el litigio de defensa en la Haya no fueron consultadas con el pueblo raizal, por eso la comunidad étnica de los raizales pobladores de las islas considera que esta omisión por parte del gobierno es una violación y limita el ejercicio de nuestras actividades pesqueras, comida abundante e ingresos económicos.

La pregunta final sería: ¿Se está cumpliendo la consulta previa?.

BORIS ZAPATA ROMERO

*Director de Asuntos para Comunidades Negras,
Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.*

Buenas tardes, como hemos escuchado a los panelistas, son intervenciones muy puntuales en cuanto a su experiencia con el territorio con ejemplos explícitos y casos significativos positivos y no tan positivos, con visiones muy distintas frente al tema: técnicas y jurídicas, pero con similitudes en el fondo y es que los procesos de consulta previa deben ser abordados, entendidos y desarrollados de una manera diferente por el Estado.

Hay ejemplos exitosos que confirman que la manera de correcta de hacer la consulta previa es con la participación de las comunidades.

Cuando no se entiende el proceso como un derecho éste comienza mal. Hay 2 ejemplos claros desde el gobierno y se lleva a la comunidad y como desde la comunidad junto con el gobierno de construye conjuntamente, siendo ésta la adecuada.

Mientras Elkin y Emigdio conocen bien lo que es el territorio de las comunidades negras, en el caso de los raizales tienen territorio pero no lo tienen,

y hoy estamos en la construcción de la posibilidad de que se garantice que tengan el territorio, en las mismas condiciones que lo tienen el resto de las comunidades negras y palenqueras, y los desarrollos futuros de las afrocolombianas y los diversos modos de titulación que el Estado va a tener que ir desarrollando. Y esta es una forma de cómo las comunidades ven al Estado, por eso es entendible que el pueblo raizal se encuentre tan dolido no solo por el fallo de la Haya, si no por lo que ha pasado a través de 190 años de historia después que por decisión propia ellos se adhirieron a la Gran Colombia.



CAPÍTULO III

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LOS ÓRGANOS DE CONTROL



ALFONSO CAJIAO CABRERA

Secretario General de la Defensoría del Pueblo

El desarrollo máximo en relación con la consulta previa ha partido siempre con la Corte Constitucional. Como pocos escenarios en la legislación colombiana, ha sido la Corte la que ha hecho todos los desarrollos ulteriores al articulado constitucional, no sólo en lo relativo a los derechos, a la educación, a las minorías, sino también lo que tiene que ver con la reglamentación que debe plantearse con respecto a la consulta.

En relación con lo anterior, hay que destacar inicialmente una orden constitucional que es dada en la sentencia T- 129/11, sentencia crucial que ordena que en todos los procesos de consulta previa deba estar obligatoriamente la Defensoría del Pueblo en representación de la gente. De manera tal, que aquí no es un tema de acompañamiento, ni tampoco de la voluntariedad de la Defensoría, sino un tema constitucional de obligatorio acatamiento frente a las funciones del Ministerio Público que tiene la Defensoría del Pueblo.

Cabe recordar que por mandato del artículo 118 de la Constitución, el Ministerio Público es una entidad presidida por la Procuraduría General de la Nación, que se compone del Procurador General, de los agentes del procurador, posteriormente de la Defensoría del Pueblo, del defensor y de los personeros municipales.

En virtud de lo anterior, en todos los procesos en donde se realice una función o una consulta, la Defensoría del Pueblo debe estar presente, para ello existe una defensoría delegada en el asunto respecto de sus competencias, para garantizar en el nivel regional la presencia en todos los diálogos de la Defensoría.

El punto complejo en estos temas, surge en relación con el enfrentamiento que se produce en la decisión sobre si la consulta previa, si bien es obligatoria, indica que la consulta tiene que ser positiva o no. La tensión que se produce es:

un territorio, un conjunto de costumbres, de disímiles formas de ver la realidad a través de cosmologías propias, enfrentado a un elemento de carácter económico que plantea el desarrollo del Estado Colombiano.

A raíz de lo anterior, se acude a la consulta y ésta implicaría un derecho de veto a partir de las comunidades, en relación con ésto, el Convenio de la OIT en modo alguno autoriza a las comunidades a oponerse a las decisiones estatales, no hay derecho a veto. Este es el primer punto.

El segundo punto, se refiere a decidir si las comunidades no están de acuerdo con la consulta, procede la misma o necesariamente tenemos que tener una aproximación positiva, una respuesta estatal.

Toda vez que la defensoría forma parte del Ministerio Público, para nosotros es supremamente complejo definir en situaciones particulares y concretas la inquietud del Estado de velar por políticas económicas que afectan directamente a las comunidades. Entonces, la Corte Constitucional, en varios pronunciamientos ha sostenido que la diferencia entre la afectación particular y concreta, respecto de la afectación de aspectos generales, que afectan a la población de forma colectiva en condiciones de igualdad, estriba en que la consulta previa ha de referirse a aspectos particulares y concretos que regulen elementos de territorio, frente a la utilización de recursos en lugares específicos, pero es menester que el Estado consulte y fundamentalmente haya un consentimiento previo por parte de las comunidades.

De acuerdo con la sentencia T-129/11, *“la consulta es la obligación del Estado de realizar un proceso de diálogo con los pueblos indígenas, previamente a la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar. El consentimiento se constituye no solamente con la obligación de consultar, sino también debe obtenerse la aprobación de los pueblos indígenas para la adopción de las medidas”*.

Esto significa que la consulta no es solamente un elemento formal de preguntar, sino que también tiene que tener un elemento en el cual exista un grado de aprobación de la comunidad. Entonces entramos en el asunto, ¿y si la comunidad considera que no debe desarrollarse el proyecto, el Estado está obligado a desarrollarlo? Si o no. Esa respuesta es la que colinda con el asunto de: o nos enfrentamos al desarrollo de un Estado, al desarrollo económico del Estado, o aceptamos que el conocimiento de los elementos que afectan a la comunidad debe determinarse, para que aún cuando no exista la aprobación en el proyecto, el Estado lo desarrolle sin afectar los recursos naturales de la comunidad.

Lo anterior, como ustedes notarán, genera toda la inquietud del caso y la presencia de la Defensoría del Pueblo tiene que ser garante en el entendimiento que estamos defendiendo de las minorías frente a intereses mayoritarios, pero que también deben buscarse los límites en el entendido de que la economía del país debe desarrollarse.

Esto genera posiciones contrapuestas, porque por una parte, habrá sectores que planteen, y lo van a ver ustedes cuando estén los representantes de los ministros acá, por ejemplo en el tema minero-energético, en donde el planteamiento es muy simple: nosotros convocamos a la consulta, le avisamos a la comunidad, independientemente de que aprueben o no el proyecto, desarrollamos el proyecto. Por otra parte, habrá posturas que dirán: no señor, hay que hacer un entendido, de todas formas el consentimiento libre e informado debe ser obligatoriamente dirigido a obtener la anuencia de la comunidad para poder desarrollar el proyecto.

¿Qué papel juega la Defensoría del Pueblo en el tema de la consulta previa?

A través de la presencia regional, por cuanto el elemento geográfico en este punto es crucial, los tiempos de negociación que manejan los pueblos indígenas, Rom, comunidades afro-descendientes, es distinto de los tiempos que el Estado maneja a nivel de las leyes, porque existe un marco corporativo que hace que los proyectos deban ser más o menos rápidos. Que tengan que ver con el gasto en procesos de selección de compañías, de intereses económicos, que con el paso del tiempo hace que el negocio sea más o menos bueno.

La Defensoría está muy cercana siempre, en las mesas de concertación, está pendiente permanentemente de estos asuntos y vela porque se produzca un equilibrio en las negociaciones. Debemos aclarar, que si bien es cierto que cuando un lee el artículo 118 de la Constitución, aparece la Defensoría del Pueblo como un organismo de control, en ello debe haber un entendimiento claro, en cuanto la Defensoría del Pueblo carece de funciones disciplinarias y de funciones fiscales, para efectos de obligar o poner de presente las contradicciones que existen. Más allá de la necesidad genérica que tiene todo servidor público de denunciar las faltas de las que tiene conocimiento.

Usualmente se acusa a la Defensoría, afirmando que no controlamos, que no sancionamos, se nos hacen derechos de petición permanentemente. Forma parte del Ministerio Público la Defensoría, pero carece de las facultades sancionatorias, por lo tanto, nuestra presencia y el poder que tiene la Defensoría está en poner de presente los defectos y la presencia permanente con organismos internacionales, para establecer lo que nosotros llamamos "*el sistema de alertas tempranas*".

LUIS ALBERTO HIGUERA MALABER

*Contralor delegado sector agropecuario –
Responsable monitoreo restitución de tierras*

Este es un país de exclusiones y este es un país de excluidos. Es curioso, las minorías étnicas y las minorías afro, si las sumamos con las minorías vulnerables son las mayorías. Este es un país de paradojas, se reglamenta para minorías que en verdad son mayorías numéricamente, cuantitativamente, pero evidentemente son minorías, si las miramos por su cercanía al poder y a la decisión sobre su propio destino.

La consulta previa empieza con un avance un poco curioso, cuando desde las Naciones Unidas en la declaración de los derechos de los pueblos indígenas Colombia inicialmente se abstiene de votar, argumenta problemas de conflicto interno y problemas de ocupación militar por actores legales o ilegales.

Volvemos al mismo punto de partida, en este país se legisla de acuerdo con las conveniencias de las minorías. Las minorías que detentan el poder económico y social. Para esas minorías que representan a las mayorías, se determina en un momento dado que en este país no hay conflicto, porque es el querer de las minorías que representan a las mayorías.

Desde la Contraloría General de la República, estamos haciendo en los dos últimos años un fuerte trabajo de campo, de manera personal. Entonces uno confronta la realidad del país real con el país central. Como órgano de control autónomo independiente, tenemos la posibilidad y el deber de plantear en escenarios como estos lo que nosotros vemos como país real.

Para la Contraloría, la consulta previa no es una mera garantía aislada, es un punto de partida y encuentro de los derechos de todos los pueblos indígenas, en tanto condición de eficacia, de su derecho a adoptar decisiones autónomas o de su destino, sobre sus prioridades sociales, económicas y culturales.

La consulta previa es el mecanismo para que la autoridad y la comunidad indígena determinen con derecho propio, legal y natural su propio destino.

Para la Contraloría, la consulta previa no debe considerarse como una mera garantía aislada. Es un punto de partida y encuentro de todos los derechos de los

pueblos indígenas, en tanto condición también de eficacia de su derecho a adoptar sus decisiones autónomas sobre su destino, sobre sus derechos sociales, sobre sus derechos económicos y sobre sus derechos culturales.

Si el Estado protege lo anteriormente descrito, garantizamos en el caso de muchos pueblos indígenas, su mera supervivencia. Porque estamos ante un fenómeno de extinción de diferentes etnias y no hay un programa de apoyo, no hay un programa de sostenimiento. Esto es lo que piensa la Contraloría como base fundamental de lo que debe ser la consulta previa y entonces allí empiezan a jugar dos cosas importantes. En primer lugar, el modelo de desarrollo económico de este país y en segundo lugar, el modelo de desarrollo rural.

La posición de la Contraloría, desde la delegación del sector agropecuario es que el interés general supremo es la supervivencia de los pueblos indígenas. Esto tiene que estar por encima de un megaproyecto, de gran minería, de extracción o de lo que sea.

El interés general del pueblo colombiano en su memoria y en su construcción de sociedad no puede ser el megaproyecto que involucre la gran minería, si hay afectación de la población indígena, el interés general debe ser la supervivencia y el respeto por la autonomía indígena.

El Estado no publicita de manera expresa los proyectos, el Estado no consensua de manera adecuada con los consultados las formas, los mecanismos para realizar un ejercicio de consulta. El Estado impone, representa los intereses políticos de aquellos elegidos constitucional y legalmente. Pero es que a aquellos elegidos, se les olvida que el Estado es multiétnico y pluricultural, que la cosmogonía de los pueblos indígenas es diferente a lo que piense un viceministro o un ministro, o a lo que piense un representante de una multinacional.

LEONARDO ARBELÁEZ LAMUS

Contralor auxiliar del sistema general de regalías

Nosotros tenemos como misión el control macro y el control micro. Dentro de esa misión de controles, en el control macro está la evaluación de la política pública y dentro del control micro la gestión de entidades desde el punto de vista fiscal y desde el punto de vista de la pertinencia para los fines esenciales del Estado.

Dentro de la misión también está lo que implica la valoración del medio ambiente o de los daños ambientales que hayan sido alterados generando un daño al patrimonio público o al derecho constitucional colectivo.

Voy a centrarme en dos casos específicos donde la Contraloría General de la República ha hecho actuaciones. En primer lugar, en la ley 1382, Código de Minas y Energía que se presentó al Congreso y que fue declarado inexecutable por parte de la Corte Constitucional, porque no creó el procedimiento de consulta previa.

Al declararse inexecutable por la falta de consulta previa, la Corte deja solamente executable la ley 1382 para proteger los ecosistemas vulnerables de la Nación, como es el caso del Páramo de Santurbán.

La Contraloría General de la República actuó en el caso del páramo de Santurbán, recordándole al Ministerio de Minas y Energía que no se podía generar explotación en territorios que estuvieran circunscritos a ecosistemas de páramo.

La Contraloría ha estado muy vigilante en qué ha pasado con el código de minas y cuál ha sido el proceso, porque la Corte lo deja executable hasta mayo de 2013.

En segundo lugar, la Contraloría se manifestó en relación con la desviación del Río Ranchería y sus consecuentes impactos ambientales para las comunidades indígenas. Nos encontramos con que había firmadas 66 actas de preacuerdo con presencia del Ministerio del Interior y no habían solicitado licencia ambiental para ese proyecto específico. Entonces la Contraloría se preguntó ¿si no hay licencia ambiental (que es el primer paso), cómo es que están firmadas 66 actas de preacuerdo? Fue cuando empezamos a revisar y a hacer una investigación exhaustiva de la posición de esa empresa y encontramos que esa empresa en junio

de 2012 le dice a un medio de comunicación que ellos hasta ahora están en un análisis de prefactibilidad para ver si de pronto desarrollan el proyecto.

La Contraloría General de la República es una institución que representa los intereses de la comunidad en la gestión fiscal en el patrimonio público. La Contraloría tiene competencia directa para poder velar por las minorías y que éstas no se vean afectadas en el manejo del patrimonio o el derecho colectivo como es el medio ambiente.



CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y EL GOBIERNO NACIONAL



JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR

Ministro de Agricultura

En materia de consulta previa no existe una visión jurídica de conjunto de cómo llevarla a la práctica. Ha habido una serie de alusiones de paso en algunas sentencias de la Corte Constitucional muy equívocas o muy fragmentarias, lo cual no es bueno, tratándose de una institución de tanta importancia como las consultas, cuyo esquema jurídico está colgado de la suscripción a un Convenio Internacional y de unas jurisprudencias que cuando se ponen en conjunto no dan una visión clara de cómo debe funcionar todo este proceso de las consultas.

Un ejemplo de ellos son las teorías generales que ilustran mucho en los casos concretos. Una de esas alusiones en alguna jurisprudencia de la Corte afirma que los procesos de consulta deben ser precedidos de una llamada pre-consulta. La pre-consulta es algo que se puede surtir en cinco o diez minutos, con los representantes con personería jurídica idónea de las entidades. La pre-consulta se refiere a una reunión en un lugar específico, donde se establece un cronograma de trabajo.

En la práctica hay un vacío muy delicado, sobre todo en lo que tiene que ver con los afrodescendientes, particularmente, frente a consulta que le concierne al Ministerio de Agricultura en lo relativo a la ley de desarrollo rural y acceso a tierras, la cual se ha dilatado prácticamente un año porque no ha habido personerías ni interlocutores válidos. Hasta hace dos o tres semanas expidió el Ministerio del Interior un decreto señalando con quién había que entenderse para surtir la consulta con las comunidades afrodescendientes, es decir, todo este año (2012), se fue en blanco porque no había con quién hacer la consulta. Lo cierto es que llevamos un año en blanco en este tema de consultas, lo cual ha dilatado mucho el proceso.

Falta también definir en el país qué es una consulta. Una consulta es lo que su nombre lo indica, o es algo más, ¿es un deber de concertación?, ¿es una coadministración?, ¿una consulta es algo que tiene que versar sobre el tema de

la ley consultada?, ¿se consultan normas de carácter general o se consultan actos administrativos de carácter individual?

La administración pública, recuérdese, habla a través de actos administrativos; entonces, ¿cuál es el límite?, tratándose de normas jurídicas que son sujetos a consulta, ¿cualquier acto administrativo?, ¿cualquier orden?, ¿cualquier decreto? ¿cualquier resolución?, ¿cualquier instrucción? o ¿solo es susceptible y deben ser consultadas las normas de carácter general?. Este es un punto fundamental que no está claro y que está en un terreno de bastante confusión y es indispensable depurarlo, porque de lo contrario habría que concluir que todos los actos administrativos a través de los cuales se expresa la administración pública en Colombia, tienen que ser consultados.

Preocupa también la falta de claridad sobre cómo son los interlocutores, aquellos que tienen la personería, que en el caso de los afrodescendientes se ha presentado una parálisis de un año, que ojalá se pueda solventar rápidamente para reanudar el tránsito. Esto quiere decir, que una ley que ha debido ir al Congreso no ha podido ir porque no ha habido interlocutor afrodescendiente, prácticamente desde hace un año el Ministerio de Agricultura ha buscado iniciar las consultas con los afrodescendientes, pero no se sabe quién tiene la personería para representarlos, en resumen, hay parálisis.

Muy importante también lo relativo a los tiempos, una consulta comienza hoy y termina cuándo, ¿o es *sine die*?, la consulta debe tener una fechas determinadas. Porque si estamos hablando de consultar una ley de carácter general, es necesario que todo el país tenga claro lo relativo a las fechas, esto no puede ser un proceso indefinido, debe tener un comienzo y un final.

De otra parte, se debe determinar la metodología con la cual se va a realizar la consulta, si es necesario realizar todas las consultas con una misma metodología o variar la metodología dependiendo del asunto concreto de que se ocupa la misma.

Nosotros iniciamos el proceso de consulta de la ley de desarrollo rural y acceso a tierras, ya vamos a cumplir casi un año, y en materia de avance de consultas con las comunidades indígenas vamos en el 40% o 50% y con la comunidad afrodescendiente en 0%.

Cuando son leyes de inmensa importancia, inmensa urgencia, caso para repensar lo relativo a procedimientos agrarios, mecanismos de acceso a tierras, cosas fundamentales para el propósito de ir sacando a la ruralidad y la marginalidad a las tierras, hemos perdido un año en ese sentido. Perdido en tiempo, no quiero

decir que no haya habido algunos análisis, de los que se han encargado hacer con las comunidades indígenas; sin embargo, se hubiera podido reflejar la acción pública, la acción del Estado más eficazmente si existieran unos procedimientos preestablecidos.

Adicionalmente, nosotros pensamos que sería bueno mirar hacia adelante en alguna norma, en algún estatuto, en alguna jurisprudencia integradora, o en un decreto que reglamentara todo esto, a fin de dar claridad a muchos procedimientos que hoy están en la nebulosa de cómo se hacen las consultas. Esto se está volviendo a la postre en demérito y en contra de las propias comunidades, la comunidad indígena y afrodescendiente se ve beneficiada en la medida en que tiene una carta de ruta clara de cómo va ella en los diversos temas que se están discutiendo, cuando las cosas se arrastran en el tiempo indefinidamente, no quiere decir que las cosas van mejor para las comunidades indígenas y afrodescendientes. Simplemente se dilata en el tiempo un proceso y se van perdiendo tiempos preciosos.

Finalmente, es imperativo clarificar lo relativo a las reuniones, cuántos tipos de consulta hay que hacer, cuántos eventos de consulta, quién define. Esto sería bueno mencionarlo, porque sino se vuelve una cosa realmente imposible de manejar, no se trata de que se vaya a precluir que un grupo de una comunidad tenga la oportunidad de ser consultada y otro no, pero alguna fórmula tendremos que buscar en el futuro en Colombia para que las consultas sean más pragmáticas y más operativas.

FEDERICO RENJIFO VÉLEZ

Ministro de Minas y Energía

Quisiera iniciar esta charla ratificando algo que dijo el Ministro de Agricultura, que me parece de la mayor importancia. Al suscribir el Convenio de la OIT y contando con el amplio desarrollo jurisprudencial impulsado por la Corte Constitucional, en la práctica, Colombia ha alcanzado un nivel de desarrollo de la figura de la consulta superior al de muchos de los 22 países en los que simultáneamente se suscribió dicho Convenio.

Sin embargo, nosotros debemos lograr que con este Convenio, con nuestra jurisprudencia, con nuestras experiencias, se enmarque la consulta previa en el espíritu de lo que tiene que ser, que es la defensa de las minorías étnicas, la posibilidad de que mantengan su ambiente social, su desarrollo, que no se les atraviese arbitrariamente, que no sean destruidas, divididas, que permitan entonces a estas minorías participar en el desarrollo. Pero también esos convenios involucran otros conceptos.

En relación con lo anterior, yo quiero introducir dos temas que están en el Convenio de la OIT.

El primer tema, relativo a que **las consultas no pueden constituir un veto**. Ese veto a veces es un veto tácito. Y tampoco las consultas pueden estar en contra del desarrollo de un país.

Hay dos discusiones que se han profanado en virtud de lo anterior, la primera frente a las obras públicas. Muchas veces no es fácil, como ya lo mencionó aquí el doctor Juan Camilo, hacer que la consulta se lleve a cabo. En primer lugar porque no existe esa norma que dilucide lo que debemos hacer, entonces hemos ido encontrando mecanismos diferentes, algunos muy exitosos, en el sector de minas y energía que ahora me corresponde dirigir.

Hay algunas consultas previas hechas a las comunidades que tienen mucha rapidez, buenos efectos y la posibilidad de avanzar. Pero en otras ocasiones es tal la demora en el tiempo, la indefinición de los términos, la incapacidad para ponernos de acuerdo incluso en la fecha de inicio de las consultas, o para saber a quiénes debemos consultar, y qué temas debemos consultarles, que simplemente el paso del tiempo hace que ese tipo de obras atenten contra los intereses del Estado.

Esas dilaciones para llegar finalmente a un acuerdo o a un preacuerdo, de buena fe, informado, es un veto implícito, que en mi criterio, debemos reglamentar.

En lo relativo al tema de las certificaciones, muchas veces encontramos que en el lugar determinado donde se va a realizar una obra, las entidades encargadas afirman que no hay comunidades en ese sector, pero en la medida que se van realizando las obras, las comunidades van apareciendo. Y eso, además de otras razones hace que presupuestar una consulta sea difícil. En efecto, la consulta de una ley puede costar entre 3000 a 6000 millones de pesos, la consulta a una obra puede necesitar entre 600 y 1500 millones de pesos. Eso supone que muchas veces estemos ante una escasez de presupuesto, que nos ponga en el dilema de si el Estado tiene capacidad para hacer las consultas.

La razón por la cual una consulta es tan costosa, es porque no hay un esquema definido. Puede que haya que tener veinte o cuarenta reuniones de preconsulta para acordar un cronograma, lo cual hasta ahora define las fechas en las que se deben reunir las comunidades con el gobierno para seguir avanzando. Esto genera un impacto que no solo se da en la comunidad, sino un impacto en el desarrollo de las obras del país.

El segundo tema que paso a desarrollar es el referente a las leyes. Lo voy a definir solamente en relación con lo consagrado en el código de minas. El Código de Minas no fue consultado, seguramente porque los funcionarios determinaron que no debía ser consultado, simplemente porque asumían que era una ley general, era para todo el país. La Corte Constitucional determinó que ese Código sí debería ser consultado y declaró inexecutable los artículos que no fueron consultados.

Al respecto conviene decir, que la Corte determinó que a partir de mayo el Código de Minas no tiene efectos y entra en vigencia el anterior. No hemos podido adelantar la consulta por muchas razones pero en cualquier caso, a mí me preocupa porque los efectos de lo que queremos consultar se extienden a todo el país, y una de las consecuencias que surgirán a partir de mayo es que los contratos que tenemos con los concesionarios se detengan.

Yo creo que es necesario, con la buena fe de todos, realizar el diseño de unos esquemas que nos permitan lograr que las consultas previas tengan efectos positivos. Será en beneficio de las comunidades, por ejemplo que sepamos determinar exactamente lo que debemos consultar. Y no termine siendo un sistema por medio del cual otros intereses, algunos de ellos muy legítimos, otros reclamos, tal vez ancestrales, se tramiten a través de la vía de un veto tácito.

JUAN GABRIEL URIBE

Ministro de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible

Debido a la cantidad de consultas que deben hacerse en el licenciamiento ambiental, no podemos someternos solamente al proceso de consulta con las comunidades indígenas y afrodescendientes. Hay una riqueza gigantesca para el Ministerio de Ambiente para proteger, desarrollar, conservar y observar sus recursos naturales, que es también mandatorio de los artículos 79, 80 y 81 de la Constitución para lograr el desarrollo sostenible.

Por dichas razones, me parece que nuestro ejercicio con las comunidades tiene que ir mucho más allá de las simples consultas, porque hay una brecha gigantesca para proteger concertadamente nuestros recursos naturales.

El desarrollo sostenible es un nuevo modelo económico conceptual, inmerso e *in situ* en la Constitución, no es una sugerencia. Es epicentral a la Carta del 91 generar desarrollo sostenible, que es diferente al desarrollo económico como lo entendíamos antes de la década del 90 en Colombia. El desarrollo sostenible es diferente a la simple conservación de los recursos naturales, es concéntrico para lograr el desarrollo del país conjunta y concertadamente.

El Estado colombiano, para decir que es sostenible a corto, mediano y largo plazo, sólo puede lograrlo a través de la generación de dos hechos fundamentales: la paz y la superación de la pobreza. Ningún país puede decir que tiene desarrollo sostenible en medio de una guerra fratricida como la que ha tenido Colombia durante 40 o 50 años.

Para quienes creemos que realmente el desarrollo es fundamental, nada más contradictorio y contraevidente que un país que pregona la paz y que ha buscado con esmero alcanzar el desarrollo sostenible, que se esté en una guerra que lentamente se acerca a su primer siglo.

Para alcanzar el desarrollo sostenible se requiere acabar con los índices de desigualdad tan dificultosos y calamitosos, porque no hay posibilidades de desarrollo sostenible con esos índices de desigualdad tan grande entre los propios colombianos. Nadie puede hablar de desarrollo sostenible con esos índices de GINI tan negativos que exhibe este país. Por eso el presidente Santos está trabajando en un desarrollo reformista, aún a pesar de las incomprendiones.

No hay duda de que las etapas de la consulta no están claras, porque no hay etapas. Un proceso que no es un proceso elaborado, es muy difícil llevarlo a término. No es fácil saber cuándo comienza un proceso, cuándo pasamos a otro, cuándo termina una etapa, cuándo comienza un eslabón y en qué momento se define.

Sumado a lo anterior, me parece que falta una adecuación institucional del aparato gubernamental, yo creo que el ejercicio de haber desconcentrado, la consulta del Ministerio del Interior no es bueno. Yo creo que el Ministerio del Interior tiene que asumir de nuevo el liderazgo de la consulta en sí misma, desde la organización de la consulta, de cuánto dinero va a tener la consulta, de ir al Ministerio de Hacienda para tramitar la consulta. Tiene que haber un ejercicio de coordinación entre los diferentes Ministerios que conforman el gobierno, porque este tema se creció considerablemente.

Por otra parte, tiene que haber presupuesto para la consulta técnica y financiera clara, es decir, la consulta debe tener un ejercicio técnico fundamental, incluso financiado. Adicionalmente deben participar terceros que no hagan parte ni de las comunidades ni del gobierno, como Universidades, Academias, ONG, para que participen en la consulta.

También, tiene que haber temas previos a la consulta misma, una preparación de las propuestas. Muchas veces en el Ministerio, de igual forma acontece con las comunidades, ambas partes sentimos que llegamos a la consulta en seco, no hay unas instancias previas que permitan concertar iniciativas para llevar a reuniones formales.

JAVIER HERNÁNDEZ LÓPEZ

Viceministro de Infraestructura

Como lo han mencionado los ministros que me han precedido, a riesgo de ser un poco repetitivo, considero que se requiere una mejor reglamentación, un desarrollo de cómo debe ser la consulta previa, cuándo se debe hacer y todos los detalles asociados a ese tema.

Dentro de los temas críticos que el Ministerio de Infraestructura ha identificado, se destacan:

- El tiempo de la consulta: Hoy tenemos un tiempo indefinido para las consultas, hemos identificado procesos que van desde cuatro meses hasta cuatro años.
- No existe una metodología o un procedimiento preestablecido para el proceso de consulta previa.
- No hay reglas claras frente a cuáles deben ser los resultados de la consulta: Esto genera en algunos casos expectativas que superan el desarrollo, en el caso particular del sector transporte de los proyectos de infraestructura.
- No contamos con procedimientos para resolver los conflictos internos que se generan al interior de las propias comunidades.
- Tenemos diferentes interpretaciones frente a las normas que rigen el concepto de la consulta previa.
- No hay un dimensionamiento claro de cuáles deben ser los recursos económicos aplicados al procedimiento de consulta.
- No vemos que haya una definición de cuáles deben ser las áreas de influencia para establecer los procesos de consulta.
- Está el tema de las nuevas comunidades: por ejemplo, hay proyectos en los cuales hemos obtenido, antes de iniciar el proyecto o la construcción, certificación del Ministerio del Interior sobre la no existencia de comunidades. Sin embargo, cuando con posterioridad a la expedición de la licencia o de los permisos ambientales, cuando va a iniciar la obra, “aparece una comunidad”. Este es un tema que requiere de una revisión.

Ahora bien, me voy a referir a varios casos, sin dar nombres específicos, para ilustrar el debate:

- El Ministerio de Infraestructura tiene proyecto en el cual hoy estamos en trámite de licenciamiento ambiental, es un proyecto vial de 17 kilómetros en el cual tenemos 3 consultas previas en proceso.
- El Ministerio de Infraestructura tiene otro proyecto de 48 kilómetros con 12 consultas.

Como se puede interpretar, en tramos relativamente cortos, prácticamente cada 4 o 5 kilómetros, estamos realizando procesos de consulta previa con las complejidades que esto implica, y obviamente son consultas independientes.

Hay procesos que hemos iniciado desde el año 2011 y solamente hasta ahora estamos avanzando en la etapa de preacuerdos, razón por la cual nos preocupan los tiempos en los que se debería desarrollar ese tipo de procesos.

Hay un proyecto específico, en el cual luego de 19 meses de expedida la certificación de presencia de comunidades, no hemos podido siquiera empezar el proceso consultivo, porque la comunidad exige la presencia del Presidente de la República y de todo su gabinete, solo para iniciar la discusión del proceso consultivo.

Tenemos otro proyecto, en el cual, para poder sentarnos a discutir, la exigencia de la comunidad radica en que el Ministerio debe constituir un fideicomiso con cuantía indeterminada para la contratación de asesores que puedan acompañar a la comunidad a lo largo de todo el proyecto.

Finalmente, paso a realizar unas propuestas concretas de los temas que deberían ser revisados:

El primer tema, tiene que ver con la identificación de comunidades previo al inicio de proyectos. Que sea un trabajo serio que hagan las entidades competentes, en este caso el Ministerio del Interior, que sea lo suficientemente detallado para que sepamos que cuando vamos a iniciar el proyecto, tengamos claro cuáles son las comunidades que están en el área de influencia del mismo.

El segundo tema, deberíamos estipular claramente cómo se define el área de influencia de un proyecto particular de los que tienen que ver con infraestructura.

El tercer tema, proponemos que se defina una metodología o procedimiento que contemple, como mencionaba el Ministro de Medio Ambiente, cuáles deben ser las etapas para cada procedimiento particular, que nos permita agotar éstas y así podamos garantizar los derechos, pero con claridad en los tiempos, para garantizar la consulta previa.

A título de colofón, queremos que se estudie la posibilidad de definir un procedimiento expedito que solucione las controversias al interior de las comunidades. Para que no se conviertan en esquemas paralizantes del desarrollo de infraestructura y de las propias atenciones a las necesidades de la comunidad.

ANÍBAL FERNÁNDEZ DE SOTO CAMACHO

Viceministro del Interior para la Participación e Igualdad de Derechos

El derecho fundamental a la consulta previa es una apuesta seria por la democracia sustantiva intercultural, la única posible en un país diverso como Colombia. La consulta previa es la clave para construir un sistema jurídico eficaz, justo e incluyente con capacidad de revertir la situación de exclusión tradicional de las comunidades étnicas.

Es una apuesta compleja que no puede asumirse de forma aislada. En efecto, el éxito del derecho a la consulta previa depende de su transversalidad y de la capacidad que como país tengamos para armonizarlo con el concepto de desarrollo en concordancia con otros derechos.

De ahí que la consulta previa no puede desligarse de la participación. En nuestro ordenamiento constitucional, el ensamble de esos dos derechos fundamentales, a la participación y a la consulta previa, es la clave para comprender el alcance que el derecho a la consulta proyecta en nuestro sistema constitucional sobre las formas y perspectivas de desarrollo.

La primera pieza de ese engranaje está representada por la obligación que recae sobre el Estado Colombiano de proteger la diversidad cultural y la riqueza natural del país, tesoros salvaguardados en cuerpo vivo por los pueblos indígenas, negros, afrodescendientes, palenqueros, raizales y población ROM que han habitado nuestro territorio ancestralmente. La pervivencia de esos pueblos depende de su indemnidad cultural, y la forma de protegerla pasa por la garantía del derecho a decidir sus propias opciones de desarrollo.

La otra pieza está constituida por las decisiones referentes al modelo de desarrollo que se adoptan mediante el sistema democrático representativo de las mayorías, que en nuestro caso se conjugan en el Plan Nacional de Desarrollo y se aplican progresivamente cada cuatrienio.

El dispositivo que sirve de engranaje para que esas dos piezas se ensamblen y funcionen armónicamente como un modelo de democracia sustantiva verdaderamente incluyente y participativa, es la consulta previa. Sólo mediante el ejercicio de ese derecho puede entablarse un diálogo intercultural con

aptitud de construir un modelo de desarrollo sostenible acorde con las órdenes constitucionales que imponen el cuidado de la diversidad cultural y la preservación de la riqueza natural de la nación pero sin ir en detrimento del interés y las perspectivas de las mayorías.

El resultado que debería alcanzarse es un equilibrio perfecto entre (i) el derecho de las mayorías a elegir un plan de desarrollo que responda al modelo económico y político que mejor protege sus intereses, (ii) el derecho colectivo de los colombianos que vivimos y de las generaciones por venir a tener un país diverso culturalmente, rico y sostenible ambientalmente, y (iii) el derecho a la pervivencia de las comunidades étnicas y tribales que además constituyen una minoría política vulnerable.

Este es el gran desafío que tenemos como Nación. Para esto requerimos de toda una adecuación institucional en la que el Estado pueda responder de forma satisfactoria a la dinámica de ese derecho fundamental y al constante aumento de la demanda de diálogos interculturales sobre medidas administrativas, normativas, obras y proyectos que impacten las comunidades étnicas y tribales.

Pero sobre todo, necesitamos como Estado resolver asertivamente preguntas que hoy concentran la atención de expertos, gobierno, gremios y empresarios y que representan ciertas “zonas grises” respecto a la praxis y la implementación en terreno de la consulta. Preguntas referente a la negativa de los pueblos a acudir a las consultas, o a la objeción cultural, a la procedencia del derecho en casos específicos, a sus titulares, a la representatividad de las comunidades, a las medidas de manejo, compensación y participación en beneficios, a los costos de las consultas, entre otros, son interrogantes que hoy por hoy están sin resolver y que de no hacerlo de manera rápida y efectiva, terminaríamos atentando contra el mismo derecho a la consulta, atribuyéndole responsabilidades y propósitos que están fuera de su alcance y que debilitarían su legitimidad.

En conclusión, si logramos una eficacia pacífica y permanente del derecho a la consulta previa, dentro de un Estado institucionalmente capaz, habremos dado un giro inédito en el Derecho Constitucional. Un giro hacia una democracia sustantiva capaz de adecuarse progresiva e incesantemente al devenir de la economía global y a las dinámicas de sus impactos locales, blindando derechos fundamentales y colectivos irrenunciables.

Si logramos la estabilización eficaz del derecho a la consulta previa habremos encontrado un mecanismo de construcción permanente y multinivel de modelos de desarrollo, mediante la transversalidad de un derecho fundamental capaz de

garantizar la sostenibilidad cultural y ambiental de las decisiones mayoritarias sin que éstas renuncien *a priori* a ningún modelo económico. Allí está el reto, pero también la gran apuesta del Gobierno Nacional.



FORO SEMANA



INTRODUCCIÓN

ALEJANDRO SANTOS

Muy buenas tardes a todos, yo creo que el Ministro del Interior (Fernando Carrillo Flórez) está entrando en este instante, pero fue interrumpido por nuestros colegas de los medios, como era previsible. Dada la premura del tiempo, por cuanto dos horas con seis panelistas es un tiempo muy corto y sobre todo si le vamos a dar un espacio al público que me parece muy importante para que intervenga en este diálogo, anuncio que como moderador tengo siempre la ingrata labor de tratar de hacer respetar las reglas de juego mínimas, esto es, darle un espacio a los panelistas para que expongan sus puntos de vista. El día de hoy tenemos un grupo diverso de panelistas, que ustedes ya conocen con lo que me voy a ahorrar el tiempo de presentarlos, ocupando ese tiempo más bien en las intervenciones.

Les pido a cada uno de los panelistas unos diez minutos para que hagan sus planteamientos, para que los resuman, y aunque yo sé bien que es poco tiempo, recordemos que como decimos “lo bueno si es breve, es dos veces bueno”. Una vez se hagan los planteamientos, abro el espacio para el público, para que haga sus intervenciones, les pido eso sí, que en estas procuren ser breves, concretos, para hacer mucho más productivo este encuentro, por cuanto parte fundamental del espíritu de un evento de estos de consulta con las comunidades es poder justamente establecer un diálogo.

Como moderador me veré obligado a posiblemente tener que interrumpir a los panelistas si se están pasando del tiempo establecido, y también a las personas que intervengan si se están extendiendo demasiado, pues particularmente prefiero que hablen el mayor número de personas posibles en este encuentro.

Así que muchas gracias a todos por su atención, como buen periodista he estado preguntando cómo ha estado el evento y creo que se han planteado muchos temas sobre la mesa, hay muchas inquietudes, por eso, sin mayores preámbulos le voy a dar la palabra al señor Ministro del Interior, Fernando Carrillo Flórez.

FERNANDO CARRILLO FLOREZ

Ministro del Interior

Estamos en el momento crítico de la definición de las políticas públicas alrededor de la consulta previa. Como miembro que fui de la Asamblea Nacional Constituyente, quería comentarles el debate interno que se dio al interior de la misma hace ya más de 20 años. Como ustedes bien lo saben, el Convenio 169 de la OIT precede a la Constitución de 1991. Así, he tenido la oportunidad de seguir el desarrollo del debate y ello me sitúa en una posición interesante para refinar unos criterios y tratar de llegar a una conclusión.

En el día de ayer, el doctor Diego García Sayán, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmaba que Colombia y Perú eran los países con los mayores grados de avance en la consolidación de la consulta previa. Creo que es cierto, pero no podemos dormirnos en los laureles.

El primer mensaje que quiero transmitir, es un mensaje de apertura total del gobierno en relación con este debate. Sabemos que no es un debate fácil, sabemos que tiene una cantidad de aristas, sabemos que hay grandes dificultades. Por ejemplo, la definición de parámetros para el buen funcionamiento del mecanismo no es un asunto simple. En el derecho comparado se encuentran diversas soluciones a ese tema, pero en todo caso la formulación misma del problema a partir de la necesidad de encontrar una sola tipología de procedimiento para la consulta, advierte que se están pisando arenas movedizas.

Pero lo anterior se puede convertir en una oportunidad, en la oportunidad de construir un diálogo, de alcanzar un consenso, que es esencialmente la voluntad de este gobierno.

En primer lugar, el mecanismo de la consulta previa no es un mecanismo de democracia representativa, es un mecanismo de democracia participativa. No es un referendo, no es un sí o un no, por el contrario, es un mecanismo esencialmente de diálogo. Es decir, me estoy refiriendo a la esencia de la pura democracia participativa. Es una herramienta que permite realizar uno de los elementos más importantes en la teoría del desarrollo. En efecto, lo que está detrás de todo esto es la teoría del desarrollo, y como se descubrió recientemente, la participación y la voz son elementos esenciales para el desarrollo. Lo cierto es que todas las teorías estadísticas y econométricas del desarrollo se quedaron atrás y

de la noche a la mañana, resulta más importante tener voz, participación y exigir derechos, que todas las concepciones tradicionales y económicas que hasta ahora han gobernado la teoría del desarrollo.

Este punto es fundamental porque lo que vamos a definir al fin y al cabo es un modelo de desarrollo, aquí no quiero entrar además en lo que fueron las discusiones constitucionales que se dieron en 1991, que no fueron propias de este año sino de la misma reforma de 1968 en la época del presidente Lleras a la hora de adoptar un modelo económico constitucional, y lo que ustedes encontraban en el antiguo artículo de la constitución que fijaba un modelo de desarrollo, eran simplemente todas las doctrinas económicas, desde la izquierda radical hasta los modelos neoliberales, que se podían poner en marcha en virtud del antiguo artículo 32 de la Constitución de 1886. Esto no cambió radicalmente en 1991 por una razón de fondo, y es la necesidad de dejar en manos de las mayorías la definición de ese modelo de desarrollo.

En segundo lugar, la consulta previa es un mecanismo de diálogo intercultural, que en mi opinión es una variante esencial. Yo sé que aquí las comunidades afrodescendientes, raizales y palanqueras han levantado la bandera, cosa que me parece totalmente legítima, porque el tema de la consulta previa ha tenido el sesgo únicamente de las comunidades indígenas.

Uno no puede perder de vista que lo que hace la consulta previa es poner en marcha un derecho fundamental que salvaguarda otros, porque garantiza la identidad cultural de pueblos étnicamente diferenciados. Por eso, surge la necesidad de admitir que no es posible un solo parámetro para la actuación. Porque esa sería la fórmula perfecta para el fracaso.

De tal manera que si nuestra constitución entiende que el modelo de desarrollo diseñado por unas mayorías, debe convivir con las cosmovisiones propias de carácter cultural de las comunidades étnicamente diferenciadas, y fíjense como se trata de buscar un elemento común pero partiendo de la diferenciación de carácter étnico, uno llega a la conclusión que la consulta previa se constituye como un mecanismo de enriquecimiento cultural.

Perdónenme que lo diga de esta manera, pero la consulta previa no es un espacio donde ganan unos y pierden otros, sino es la creación de una situación donde hay un enriquecimiento correlativo de unos y otros, donde no hay un juego de suma cero, donde lo que unos ganan, otros lo están perdiendo.

En este contexto, tanto constitucional como institucional, porque se trata de crear unos espacios institucionales, hay un elemento que me parece esencial, y es la posibilidad de gestionar conocimiento dentro de todos los actores que están involucrados en la consulta previa, punto en el que hemos fallado todos.

Conocimiento no teórico, como está representado en el Convenio 169 de la OIT, sino práctico. Desde el punto de vista de cómo se articula un proyecto, cómo se discute una ley, cómo se aterriza específicamente en algo que tiene que ser concertado y que repito, debe estar inspirado por el enriquecimiento mutuo, por la sumatoria, por el conjunto de sinergias de todos los actores involucrados.

En materia de gestión de conocimiento práctico no hemos hecho nada, y me parece que a partir de este seminario deberíamos comprometernos a hacer el ejercicio de estudiar los casos que han funcionado e identificar las buenas prácticas, los que no han resultado bien para valorar por qué no han sido exitosos, y determinar cuáles han sido los elementos que aparecen como críticos desde el punto de vista de la desviación que ha tenido el proceso.

Me parece a mí que ese ejercicio, como se le llama ordinariamente de “*lecciones aprendidas*”, este ejercicio no se ha hecho. Es un compromiso que debería salir a partir de este seminario. El compromiso de concentrarnos no sólo en buscar una reglamentación que parece imperativa, sino en la necesidad, en últimas, de aclarar qué es lo que no ha funcionado y por qué.

Finalmente, quiero expresar que estamos esperando un debate completamente abierto. El gran desafío para este gobierno radica en encontrar ese equilibrio entre un desarrollo que necesita generar crecimiento económico, pero que no puede desatender aquel elemento básico, que es la cohesión de los grupos étnicos y el respeto a todos los derechos que han aparecido cristalinamente después de la Constitución de 1991.

INTERVENCIÓN DEL MODERADOR

ALEJANDRO SANTOS: Señor Ministro muchas gracias por esa capacidad de síntesis, diez minutos exactos, muchas felicitaciones por haber sido tan concreto y habernos planteado la dimensión del debate político que está en juego dentro del marco constitucional, los desafíos que plantea el desarrollo de un país que necesita generar riqueza para redistribuirla y respetando ese estado social multiétnico, pluricultural que interprete su historia y su cultura.

Le doy inmediatamente la palabra a William Zambrano, Vicepresidente del Consejo de Estado.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Vicepresidente del Consejo de Estado en el año 2012

Debo comenzar por expresar mis agradecimientos a todas las entidades que hicieron posible este Seminario y en particular al Ministerio del Interior, a la Embajada de Francia en Colombia, a la Cooperación francesa para los países andinos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para la Sala de Consulta del Consejo de Estado ha sido todo un privilegio poder contar con su concurso en la realización de este evento. Igualmente nuestro agradecimiento para la revista *Semana por* por haberse querido vincular a través de este foro de conclusiones a esta iniciativa.

Ahora bien, ustedes se preguntarán, ¿por qué el Consejo de Estado se interesa por el tema del derecho de las minorías a la consulta previa?.

Al respecto vale la pena recordar algo que seguramente muchos de ustedes conocen, pero que tal vez otros ignoran. Esto es que una de las particularidades que tiene nuestro engranaje constitucional consiste en que el Consejo de Estado cumple dos funciones: una función jurisdiccional como juez de la administración, que es la que generalmente se tiene en mente, pero igualmente no debe olvidarse que el Consejo de Estado cumple una función consultiva, como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno.

En esta segunda función, desde un marco de autonomía e independencia, con el mismo talante y condiciones de los jueces, un grupo de magistrados estamos encargados de absolver consultas jurídicas al gobierno nacional, y particularmente, en cuanto al tema que nos interesa, de acompañarlo y asesorarlo en la preparación de textos normativos que tienen trascendencia e importancia para la vida institucional y en particular para la gestión pública.

Precisamente en este segundo marco, consientes de la trascendencia y del carácter estratégico que tiene en este momento el tema de la consulta previa para el funcionamiento del Estado, fue que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado le propuso al señor Ministro del Interior la realización de este Seminario.

La importancia de la temática que nos concita hoy no genera ninguna duda. Basta constatar la inmediata repuesta a esta convocatoria de prácticamente todos los sectores e instituciones que de una u otra manera encuentran en la consulta previa un elemento importante de sus actuales preocupaciones.

El Gobierno, los órganos de control, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la OIT, la academia, los empresarios, la sociedad civil y por supuesto las propias comunidades indígenas y afrocolombianas, tienen mucho que opinar y que aportar y por eso han estado aquí durante estos dos días en que hemos asistido a intensos y ricos debates.

De los mismos pareciera evidenciarse una paradoja. Por un lado, Colombia se destaca como uno de los países con mayores avances en la conceptualización del derecho a la consulta previa. Resulta evidente el entusiasmo que en particular la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana despierta en la región andina entre los defensores de este derecho. Empero, debe constatar que también aquí se ha puesto en evidencia la dificultad que para los diferentes actores interesados tiene el entendimiento común sobre el alcance de ese derecho, la falta de claridad sobre la manera como el mismo puede hacerse efectivo y en particular la falta de una norma legal que fije unos procedimientos claros para la realización de las consultas que materialicen ese derecho.

Evidentemente no ha bastado con el rico marco normativo internacional aquí magistralmente presentado por nuestros invitados, ni con la generosa jurisprudencia sobre la materia que desarrolla los preceptos constitucionales en la materia.

Es tal vez un procedimiento claro para su aplicación, como lo ha señalado el señor Ministro del Interior, lo que hace tiempo se hecha de menos y explica el interés que ha tenido la Sala de Consulta y Servicio Civil para contribuir a la preparación de un texto de ley que oriente, que de parámetros y que facilite la realización concreta de ese derecho.

Esos elementos de entendimiento necesitamos construirlos con la participación de todos los actores involucrados en la temática y por supuesto necesitamos avanzar a partir de un proceso evidentemente participativo. Porque si se va a regular la consulta por vía legal hay que consultar con las comunidades interesadas la manera de hacerla.

Es imperativo entender, que esas reglas claras que hay que consultar son la manera de garantizar que todas las otras consultas, todos los otros ejercicios puedan ser reconocidos por todos y no se someta ni a las comunidades, ni a las instituciones,

al juego del caso por caso, de la excepción permanente que deja en manos del más fuerte la eficacia o ineficacia del mecanismo.

Por supuesto, debemos tomar en cuenta que las especificidades, la problemática, las expectativas, los elementos que hoy se relacionan con las comunidades indígenas no son exactamente los mismos de los grupos afrocolombianos, pero que necesariamente, en uno y en otro caso, tienen que existir unos parámetros claros, unos elementos que todos aceptemos, que todos compartamos para construir juntos.

De otra parte no sobra advertir que la regulación de la consulta previa no puede correr el riesgo de convertirse en una gran decepción por querer a través de la misma solucionar una serie de déficits de participación o de reconocimiento de las comunidades y de los individuos que las conforman. La consulta no es toda la participación, es solamente una de sus herramientas y pretender darle un carácter absoluto puede terminar por dar al traste con la misma.

Sin duda hay inmensos retos para el futuro, y en ese sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ofrece todo su apoyo al gobierno, para construir esas herramientas, y esos elementos que permitan asegurar su eficacia en un marco de mutuo respeto por la visión de las comunidades, del Estado y de todos los demás interesados en los procesos de consulta.

INTERVENCIÓN DEL MODERADOR

ALEJANDRO SANTOS: Señor Vicepresidente del Consejo de Estado muchas gracias por su intervención. Le voy a dar la palabra al senador Hemel Hurtado para que siga al atril y en diez minutos no exponga su punto de vista.

HEMEL HURTADO

Senador de la República

Quiero aprovechar la presencia del Ministro del Interior, para dejar constancia, del rechazo a algunos anuncios, que desde ciertas dependencias del Gobierno se vienen profiriendo. En el sentido que frente a la consulta previa las comunidades negras se han convertido en obstáculo para el desarrollo del país.

El Ministro lo decía, la consulta previa es un derecho fundamental contemplado en la Constitución Política, un derecho que le es propio a la persona, que tiene como finalidad garantizar muchísimos aspectos, entre ellos la dignidad de la persona.

Cuando el Estado colombiano, a través de sus representantes, firmó el Convenio 169 de la OIT y lo ratificó con la ley 21 de 1991, se acogió a la consulta previa. Por ello, ni más faltaba, entendemos las dificultades que se han venido presentando, comprendemos lógicamente que frente a algunos intereses, que se generan en la postura de algunas comunidades, en la búsqueda de defender su territorio, porque la Consulta no es simplemente llegar a una comunidad y preguntarle si está o no de acuerdo con X o Y proyecto que se vaya a realizar, sino que esto pasa por tres ejes fundamentales: el tema de territorio, el tema de autonomía y el tema de bienestar para la comunidad.

La consulta previa es un instrumento muy importante, pero para los afros, y es una apreciación personal, no es el más importante. Además se ha pensado que con el hecho de garantizar este derecho, se le está brindando la oportunidad que la democracia le ofrece a todos los colombianos.

Por lo anteriormente expuesto, señor Ministro, quiero aprovechar su presencia, reconociéndole, como usted lo planteaba, la disposición de que el gobierno adelante, por vía legislativa, algunas iniciativas que de cierta manera, reconocen esos espacios autónomos de nuestras comunidades.

Le pido señor Ministro, que ojalá el gobierno con prontitud presente el proyecto de ley que reglamenta la consulta previa.

Ahora bien, voy a exponer tres temas relevantes, el primero de ellos tiene que ver con a quién se consulta.

En el tema de los afro, viene presentando cierta dificultad, porque soportado en la sentencia del Consejo de Estado, ya el Ministro brevemente lo indicaba, se está consultando con exclusividad, en estos momentos, a los representantes de los concejos comunitarios, y no nos oponemos por supuesto, pero también hay que reconocer, en términos de porcentaje, representan una porción mucho menor que aquellos afrocolombianos que estamos dispersos en el territorio nacional.

Soy el coordinador ponente de una iniciativa que acabé de radicar hoy, que tiene dos orígenes, uno del senador Baena y el otro del gobierno nacional. En donde se buscó la manera de acumularlos, sin embargo no hubo mucha claridad, razón por la cual, tuvimos que tomar los cuatro ponentes, la determinación de radicar el proyecto que presentó el gobierno, en tanto que habían hecho la consulta previa.

El gran interrogante es, senador Baena, ¿La consulta previa se debe hacer a las comunidades solo cuando se presentan proyectos de iniciativa del Gobierno o si la consulta se debe hacer a cualquier proyecto que afecte a la comunidad?.

Hay una discusión que hay que adelantar, de pronto puede de cierta manera uno, como lo hemos hecho nosotros, no descartando de plano el proyecto que presentó el senador Baena, sencillamente lo detuvimos mientras se define la solución al interrogante, o mientras se adelanta la consulta previa.

De todas formas, los dos proyectos coinciden en lo fundamental, y eso nos ha permitido, lógicamente en la iniciativa que va a entrar a discusión de la Comisión Primera del Senado, acumular dentro de la propuesta, muchos temas plantados en común.

Es un proyecto muy interesante, un proyecto que lo hemos denominado a través del cual se garantiza la debida participación y representación de las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras.

Pude conocer que ayer hubo cierta discusión por la definición de algunos términos que en esa ley se están estableciendo, a fin de dejar claridad sobre quién se ve o quién se auto reconoce como tal en algunos de esos segmentos. Allí también se está definiendo que además de la consulta que se hace a los Consejos Comunitarios, cuando haya temas que tengan que ver exclusivamente con sus territorios se genera otra instancia representada por las organizaciones de base para cuando haya proyectos en términos generales, hay que tener en cuenta lógicamente al resto de los afrocolombianos cuando las iniciativas de una u otra

manera les afectan tanto a miembros de las comunidades negras como al resto de los afrocolombianos que estamos irrigados en todo el país.

En esa iniciativa también se presenta la posibilidad, podríamos decir, de establecer algunas prioridades para nuestras comunidades que nos permitan de cierta forma acceder a algunos espacios que el Estado a través de su historia nos ha negado. Una discriminación positiva o inversa como se reconoce para que nuestra presencia, y por eso insistía en que la consulta es un instrumento importante, pero no es el más importante, los afrocolombianos venimos insistiendo, demandando, que como comunidad se le de el pleno cumplimiento al artículo 40 de nuestra Constitución que establece que todo colombiano tiene el derecho de participar en el ejercicio, conformación y control del poder político y que para ello lógicamente en igualdad de condiciones debe tener acceso también a todo lo que el Estado ofrece.

Quiero compartir con ustedes también, que el senador Baena, insisto en mencionarlo porque ha estado muy ligado a nuestro proceso, se aprobó en primer debate la creación de la comisión legal de la bancada afrocolombiana, que se establece como un órgano ya dentro del Congreso, que no es exclusivamente integrada por afro, y el senador Baena ya es parte de ella, en términos de su disposición y en términos de su trabajo y que busca lógicamente trabajar para garantizar al pueblo afrocolombiano esos derechos que nosotros hemos venido de cierta manera reclamando.

Finalmente, quiero destacar que es imperativo tener en cuenta a los afrocolombianos, cuando las iniciativas de una u otra manera les afectan tanto a miembros de las comunidades negras, como al resto de los afrocolombianos que están irrigados en todo el país, por cuanto Colombia, como lo establece la Constitución de 1991, es un Estado democrático, pluralista, multiétnico y pluricultural.

En el Senado de la República de Colombia, actualmente solo hay tres senadores afrocolombianos, dos hombres y una mujer, la senadora Astrid Sánchez Montes. Ella es la única mujer afro en el Congreso, eso dice mucho frente a los espacios de participación en la democracia que propuso el constituyente en 1991. Quiero reiterar nuestro compromiso, la disposición que tenemos de una u otra manera al no compartir muchas cosas con el Gobierno Nacional. Quiero reconocerle al señor Ministro del Interior en estos momentos porque hemos encontrado en él toda la disposición de concertar algunos temas y eso ya es bastante.

INTERVENCIÓN DEL MODERADOR

ALEJANDRO SANTOS: Señor Senador muchas gracias, le doy inmediatamente la palabra a Roberto Junguito Pombo, Presidente del Cerrejón.

ROBERTO JUNGUITO POMBO

Presidente de Cerrejón

El Cerrejón ha venido laborando en los últimos 30 años en Colombia, con la total convicción que el desarrollo empresarial debe tener un impacto favorable en las comunidades bajo las cuales opera.

Hemos venido trabajando no solamente a través de programas de responsabilidad social, sino a través de nuestras fundaciones, para el desarrollo de soluciones de agua de la Guajira, soluciones para desarrollos nuevos, empleos de nuevas industrias, como lo tenemos ahora con la construcción de un hotel. Tenemos también el inicio de nuevos proyectos de fortalecimiento institucional con las diferentes entidades de la Guajira y muy importante; una fundación que nos permite conocer mejor y entender realmente la cultura indígena, con quienes hemos venido trabajando muy de cerca en los últimos años.

En Cerrejón tenemos una convicción fundamental, y es que ese derecho que tienen las comunidades, del que precisamente venimos a conversar en el día de hoy, es un elemento clave para el relacionamiento de una empresa con las comunidades en su alrededor.

En los últimos 30 años, hemos venido teniendo todo un proceso de evolución, yo creo que nosotros hemos crecido precisamente como empresa, de la mano de ese proceso de relacionamiento, desde el momento en que ni siquiera había una legislación al respecto, hasta los últimos eventos y consultas previas puntuales, como las que hemos tenido en los últimos años.

Hemos sido totalmente respetuosos de la ley, asegurando que no solamente cumplimos con lo mínimo necesario, sino que vamos más allá en muchos de los procesos. Precisamente por eso hemos realizado procesos como el tener expertos internacionales que vengan y revisen de forma totalmente objetiva las prácticas que tenga el Cerrejón, con el objetivo de seguir aprendiendo.

El Cerrejón es la única empresa del sector privado que se le mide a venir a un seminario de este estilo, precisamente a discutir este tipo de temas. Porque nos parece que la evolución de este proceso de consulta previa va a ser muy importante, no solamente para el sector minero, sino en general para el desarrollo económico del país.

Recientemente, con respecto a lo relativo a la consulta previa, seguramente ustedes lo han leído, tiene que ver con una consulta para un proyecto de expansión en Cerrejón, que pretendía desviar una parte del Río Ranchería. Básicamente fue un proceso en el cual la compañía siguió al pie de la letra cada uno de los elementos y cada uno de los pasos que requiere la ley, pero inclusive fuimos mucho más allá, no contemplamos solamente las comunidades alrededor de la mina, sino que fuimos a 115 comunidades para llegar hasta la desembocadura del río.

Consultamos con todas las comunidades en un proceso de dos años, 600 reuniones donde estuvimos permanentemente con la Defensoría del Pueblo, con el Ministerio del Interior y con las diferentes entidades haciendo este proceso.

Finalmente decidimos que el proyecto delimitado no era el mismo que Cerrejón quería hacer para su proceso de expansión, fue una decisión que se tomó y hoy en día no hace parte de este.

Sin embargo yo creo y como decía el Ministro, hay una serie de aprendizajes importantes que nosotros tuvimos en el caso del Río Ranchería, precisamente es el tema que queremos venir a compartir en unos breves instantes.

¿Cuáles fueron los elementos que nosotros identificamos?

Este proceso de consulta previa tiene una serie de falencias importantes:

1. Parece no tener una serie de criterios unificados en todas las entidades del gobierno. Dependiendo de algunas entidades, tienen una posición distinta o una interpretación diferente. Esto hace que para una empresa del sector privado sea supremamente difícil poder entender exactamente cuáles deben ser los procedimientos.
2. El Ministerio del Interior no cuenta con los recursos necesarios para la cantidad de consultas previas que en este momento se tienen en el país.
3. No estamos interpretando las normas de la misma forma. Mientras que las empresas del sector privado vemos el tema de la consulta previa como un

esquema de socialización, de los impactos ambientales de las obras que pueden tener, después de hacer una evaluación muy cuidadosa desde el punto de vista ambiental sobre los impactos que puede tener desde el punto de vista social, cultural para las comunidades, que se pueda hacer ese proceso de socialización y ese proceso de concertación sobre como se pueden mitigar y compensar esos impactos específicos sobre ese proyecto. Siento que en algunos casos que se han visto en el país, las comunidades interpretan otro tema distinto, y se ve básicamente esta alternativa como una oportunidad para evitar que los proyectos se hagan, para que no haya consensos o para mitigar temas que son completamente diferentes a los proyectos que efectivamente están en curso.

Yo creo que al final del día lo importante, por eso aplaudo aquí al Ministerio del Interior, a todos los amigos panelistas y al foro en general, que estemos aquí discutiendo, porque al final lo único que se requiere alrededor de este proceso es asegurar que tenemos una reglamentación clara. Nosotros como empresa del sector privado tenemos que tener claridad de cuáles son esos procesos que debemos seguir, muy importante aclarar cuáles son esos alcances que se tienen y poderlos comunicar, acá se ha hablado inclusive del tema de la pedagogía. De cómo nos debemos asegurar no solo de cómo las normas están escritas, sino también la interpretación de las normas, para que sea equivalente para todos.

En ese proceso, incluso los medios de comunicación deben efectuar un rol muy importante, es fundamental que cada una de las personas, empresas, personas que están en las comunidades, incluso que haya consenso dentro del sector público de exactamente qué es lo que se está buscando, cómo se debe llegar allá, cuáles son los pasos que se deben seguir, cómo se debe hacer el proceso de control. Muy importante Ministro cómo se debe aprender de las experiencias y continuar trabajando, donde Colombia es pionero internacional, que es precisamente estos procesos de consulta que van a ser fundamentales para asegurar el derecho fundamental de las comunidades.

INTERVENCIÓN DEL MODERADOR

ALEJANDRO SANTOS: Doctor Roberto Junguito ha dejado unos temas muy interesantes para el debate, muchas gracias por esa capacidad de síntesis, le doy la palabra a nuestro senador Germán Carlosama López.

GERMÁN CARLOSAMA LÓPEZ

Senador de la República

El Convenio 169 proferido por la OIT obliga a hacer la consulta previa. No es un querer o una voluntad de los Estados y de las empresas. Es una obligación legal que se dio para que los diferentes Estados o empresas, cuando se vaya a desarrollar una acción administrativa o física en los territorios indígenas sean consultados. De allí que nosotros queremos, como pueblos indígenas, seguir reiterando que la consulta se constituye como una obligación legal y no una voluntad de los Estados o de los gobiernos.

En buena hora el gobierno nacional ratificó ese tratado, y creo que en algunos escenarios, como lo decía alguien aquí también, mirando otros gobiernos, como el caso de Guatemala, donde estuvimos acompañando al gobierno en una Consulta hecha por una multinacional a la población indígena, sabiendo que en Guatemala más de la mitad de comunidades indígenas que habitan en ese país no han avanzado en el tema legislativo como Colombia lo ha hecho, y ese avance se ha dado gracias a los líderes indígenas que han logrado incorporar leyes en el ordenamiento jurídico.

No obstante, agradecemos la voluntad del Gobierno Nacional en querer avanzar en algunos escenarios importantes en el tema de la consulta previa. Sin embargo, a diferencia del doctor Junguito, creo que la consulta previa no está dada para lograr que las comunidades indígenas busquemos algunos obstáculos a los proyectos de desarrollo. Tampoco la consulta previa la queremos para buscar inversiones alternas.

En primer lugar, lo que nosotros hemos querido como pueblos indígenas, es solicitar o apelar al derecho a la consulta previa para lograr las reivindicación y sobre todo la protección de nuestro territorio, el territorio de todos ustedes como gobierno, la protección del hábitat, del agua, de la vida, del oxígeno y hasta de los mismos empresarios.

Hoy las multinacionales y los empresarios entienden el desarrollo como la capacidad para atesorar riqueza, y este es el desarrollo que nosotros consideramos como superficial, aquí en Colombia se acaba de caer Interbolsa, de qué sirvió a muchos empresarios, personas atesorar recursos, cuando de alguna manera eso es un tanto ficticio, sobre todo cuando en nuestros territorios el fenómeno del calentamiento climático ya está afectando.

De qué sirve tener X acciones, cuando en Barrancabermeja los que han ido, no se puede caminar libremente por el calor y por la afectación a la respiración misma, y que

hasta los niños deben ingresar a los sitios donde hay aire para poder respirar. Es una importante reflexión que nosotros dejamos y que entonces por eso, por proteger nuestro entorno, territorio, usos y costumbres, medio ambiente, plantas, por eso es una de las razones principales que estamos defendiendo ese derecho a ser consultados, a tener ese proceso de consulta previa porque al fin y al cabo ese es nuestro hábitat.

En segundo lugar, quiero dejar claro que si bien el gobierno ha tenido la voluntad de avanzar en algunos escenarios de consulta, hoy parece que se hubieran puesto de acuerdo todos en hacer quedar mal a los pueblos indígenas y afrocolombianos, para darle una opinión distinta al país de los derechos que los pueblos indígenas estamos reclamando.

Agregado a lo anterior, yo llamaría a los medios de comunicación, para que sean un poco más imparciales y objetivos. Porque no se puede hacer creer a otros que los indígenas y los afrocolombianos somos el obstáculo para el desarrollo del país, cuando esto es una mentira. Se ha dicho, que hay que unificar unos procesos y procedimientos para las consultas previas que están dados en el Convenio, se ha expuesto que hay tres etapas: la pre-consulta, la consulta y el seguimiento.

Pero en algunas oportunidades las multinacionales y el gobierno llegan a la última etapa, cuando ya han hecho todo, cuando las licencias ambientales están hechas y a veces llegan con cualquier mercado a reunir a la gente, a nuestras comunidades, les hacen firmar la lista de asistencia, y de forma incorrecta se aprueba la consulta previa.

El Gobierno ha venido diciendo que la consulta previa es muy costosa, y no es así, una consulta aproximadamente cuesta dos mil millones de pesos porque hay que ir a cada uno de los cabildos. ¿Cómo decir que eso es costoso, con toda la afectación que se genera a la riqueza de nuestros territorios?.

Finalmente, los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas agradecemos a la honorable Corte Constitucional, porque ha sido la única que a través de su jurisprudencia ha defendido algunos derechos de las comunidades.

INTERVENCIÓN DEL MODERADOR

ALEJANDRO SANTOS: Doctor Germán Carlosama López, muchas gracias por su intervención. Damos paso a la intervención de la señora antropóloga Esther Sánchez Botero.

ESTHER SÁNCHEZ BOTERO³

Antropóloga de la Universidad de los Andes

Para empezar y centrar una mirada sobre la consulta previa, quiero narrar una pequeña anécdota del escritor Eduardo Galeano. Un periodista extranjero se encontraba en Argentina filmando la vida de los indígenas *ishir*. Era alto y de ojos azules. Cerca de él, una niña indígena lo miraba fijamente. Interrogándose sobre el por qué de esta mirada a sus ojos, le expresó al traductor que preguntara por favor a la niña por qué lo miraba tanto a los ojos. La niña entonces expresó: es que yo quiero saber ¿de qué color ve el mundo? Conocida la respuesta a su interrogante el periodista, de forma amorosa le dijo: ¡pues del mismo color que lo ves tú! Entonces la niña indígena le dijo: y ¿usted cómo sabe de qué color veo yo el mundo?.

Construir entendimiento intercultural efectivo, entre instituciones del Estado, las comunidades étnicas de Colombia y con los empresarios, implica adentrar en las diferenciadas maneras de ver y sentir el mundo. No basta con reconocerlo, normativamente se impone la obligación de valorarlos.

Pero, ¿qué es lo que está pasando con la consulta en Colombia?

La consulta previa como deber vinculante para el Estado, define investigar si cada una de las decisiones administrativas y legislativas que toma, son susceptibles de afectar a los pueblos indígenas o a las sociedades étnicas que deben protegerse de manera especial por ser sujetos colectivos de derecho. Cada Consulta constituye una experiencia compleja, por la indeterminación de principios y procedimientos como porque genera tensiones entre las partes y desafortunadamente también, por prácticas irregulares que se proclaman de parte y parte.

A manera de paréntesis nadie ha expuesto en este seminario, lo relativo a la consulta previa para la adopción de niños indígenas, afro, raizales o palenqueros, ya que Colombia es el único país que ha incluido este derecho para casos de protección. Debe preocupar realmente, a la institucionalidad del Estado como garante del derecho a la Consulta y de parte de las comunidades étnicas de Colombia este delicado asunto. Hay más interés cuando se trata de proyectos que involucran el gran capital.

3 Antropóloga de la Universidad de los Andes. PhD Facultad de derechos Universidad de Ámsterdam. Holanda. Perito sobre conflicto cultural y normativo. Corte Constitucional de Colombia y Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Quiero plantear, como este derecho principio, regulador, que permite a las comunidades participar en las decisiones del Estado es algo supremamente valioso. Si bien, en muchas ocasiones los pueblos y las comunidades étnicas hacen uso de ese derecho debidamente, en otras oportunidades no. Resulta paradójico, que las autoridades públicas étnicas no ofrezcan los elementos **del perjuicio que se pretende evitar**, ya que el daño está en relación directa con una comunidad singular, que es el reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural de la nación. Objetar **el principio de oportunidad**, para intervenir en la prevención de impactos, e imponerle al Estado definir unilateralmente como ya ha sucedido porque **paso el tiempo** es de gran riesgo y contrario a las exigencias que se hacen al mismo Estado para garantizar la existencia cultural alterna de pueblos y comunidades.

La consulta previa lo que busca efectivamente, es examinar cómo hay un daño a un sujeto colectivo de derecho, particular, que el Estado se ha comprometido constitucionalmente y a través de los tratados internacionales, a proteger de manera efectiva. El sentido de daño, no es universal. No podemos pensar el daño desde una determinada sociedad y proyectarlo hacia otras sociedades. Determinar el sentido de daño a la supervivencia cultural, económica y social hace parte de una consulta previa juiciosa entre la institucionalidad del Estado y las autoridades étnicas de un pueblo indígena o de una comunidad étnica.

Es relevante informar cómo no todas las empresas que presentan proyectos a la comunidad cumplen sus responsabilidades bien. Hay empresas que se abrogan el derecho de hacer la consulta, van a las comunidades y actúan por fuera de la institucionalidad del Estado. Otras empresas ofrecen dádivas a las comunidades o a ciertos líderes para obtener irresponsablemente, respuestas positivas o las que desprecian las posiciones de las autoridades étnicas, en representación de sus pueblos y comunidades, cuando no avalan los intereses empresariales.

Se presentan vacíos de conocimiento en cumplimiento de un derecho fundamental, para llevar acabo la consulta previa por parte de los servidores públicos de todos los niveles. Los recursos económicos para funcionamiento, son inadecuados. La institucionalidad no dispone de información georeferenciada o etnográfica precisa, por lo que la certificación de la existencia de comunidades para fijar o no la realización de la consulta previa es susceptible de ser errónea.

Como puede verse se requiere de todos los intervinientes para poner en marcha un derecho principio que protege derechos fundamentales aportar con buena fe y ponderación de todos los servidores públicos, de las autoridades de las comunidades étnicas y de los empresarios, en función de acercarse efectivamente, a la búsqueda de una salida para que Colombia pueda crecer y desarrollarse, ser más

productiva, sin destruir a pueblos y comunidades que pese a tantas dificultades hoy se encuentran dinámicas. Una institución como la consulta previa que al hacerla entre las comunidades y la institucionalidad gubernamental como actores principales, agregue valor a los derroteros de bienestar de toda la nación.

En conclusión, es perentorio reconocer como los otros, esos otros que hacen de Colombia una Nación multiétnica y multicultural ven el mundo; cuál es su mirada sobre los impactos que generan estos proyectos de infraestructura, nuevas leyes y demás decisiones administrativas.

Resultará todo este panorama cada día más menos problemático, si se genera una ley que regularice los deberes y derechos de todos los implicados.

INTERVENCIÓN DEL MODERADOR

ALEJANDRO SANTOS: Muchísimas gracias Doctora Esther Sánchez Botero, por haber brindado a este foro su visión antropológica e intercultural que interpreta de una manera tan interesante la visión de las comunidades. Nuevamente agradezco a todos los panelistas por sus valiosas intervenciones y por haber atendido al tiempo destinado para cada una de sus exposiciones.



ANEXO



LEY 21 DE 1991¹

(Marzo 4)

Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

CONVENIO 169

CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y
TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

1 Publicada en el Diario Oficial 39.720 de marzo 6 de 1991.

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no puedan gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (numeral 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957,

Adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989;

PARTE. I

POLITICA GENERAL

ARTICULO 1°

1. El presente Convenio se aplica:
 - a. A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
 - b. A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.
3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

ARTICULO 2°

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.
2. Esta acción deberá incluir medidas:
 - a. Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

- b. Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- c. Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

ARTICULO 3°

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.

Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

ARTICULO 4°

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

ARTICULO 5°

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a. Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

- b. Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c. Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

ARTICULO 6°

- 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c. Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
- 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

ARTICULO 7°

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

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

ARTICULO 8°

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

ARTICULO 9°

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

ARTICULO 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

ARTICULO 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

ARTICULO 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

PARTE. II

TIERRAS

ARTICULO 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

“La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

ARTICULO 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberá instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

ARTICULO 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

ARTICULO 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.
4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.
5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

ARTICULO 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

ARTICULO 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

ARTICULO 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

- a. La asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
- b. El otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

PARTE. III

CONTRATACION Y CONDICIONES DE EMPLEO

ARTICULO 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:
 - a. Acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
 - b. Remuneración igual por trabajo de igual valor;
 - c. Asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
 - d. Derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derechos a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.
3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:
 - a. Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;
 - b. Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;
 - c. Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no están sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;
 - d. Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.
4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas

trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

PARTE. IV

FORMACION PROFESIONAL, ARTESANIA E INDUSTRIAS RURALES

ARTICULO 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

ARTICULO 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.
2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.
3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación si así lo deciden.

ARTICULO 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección,

deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

PARTE. V

SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD

ARTICULO 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

ARTICULO 25

1. Los gobiernos deberán velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.
2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.
3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

PARTE. VI

EDUCACION Y MEDIOS DE COMUNICACION

ARTICULO 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

ARTICULO 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.
2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.
3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

ARTICULO 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello

no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.
3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

ARTICULO 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

ARTICULO 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.
2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

ARTICULO 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

PARTE. VII

CONTACTOS Y COOPERACION A TRAVES DE LAS FRONTERAS

ARTICULO 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

PARTE. VIII

ADMINISTRACION

ARTICULO 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.
2. Tales programas deberán incluir:
 - a. La planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;
 - b. La proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

PARTE. IX

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

ARTICULO 35

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

PARTE. X

DISPOSICIONES FINALES

ARTICULO 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957.

ARTICULO 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

ARTICULO 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

ARTICULO 39

1. Todo miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

ARTICULO 40

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los miembros de la Organización.
2. Al notificar a los miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

ARTICULO 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre toda las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

ARTICULO 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

ARTICULO 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:
 - a. La ratificación, por un miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;
 - b. A partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los miembros.
2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el Convenio revisor.

ARTICULO 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

La suscrita Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores,

HACE CONSTAR:

Que la presente reproducción es fotocopia fiel e íntegra del texto certificado del "Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países Independientes", adoptado por la Septuagésima Sexta Reunión de la Conferencia General del Trabajo, Ginebra, 1989, que reposa en los archivos de la División de Asuntos Jurídicos -Sección Tratados- del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Dada en Bogotá, D. e., a los 6 días del mes de diciembre de 1989.

La Jefe de la División de Asuntos Jurídicos,

FULVIA ELVIRA BENAVIDES COTES.

Rama Ejecutiva del Poder Público - Presidencia de la República

Bogotá, D. E., 18 de diciembre de 1989.

Aprobado. Sométase a la consideración del honorable Congreso Nacional para los efectos constitucionales.

(Fdo.) VIRGILIO BARCO

El Ministro de Relaciones Exteriores,

(Fdo.) JULIO LONDOÑO PAREDES.

DECRETA:

ARTICULO 1°. Apruébase el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989.

ARTICULO 2°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 7a. de 1944 el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989, que por el artículo primero de esta Ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional.

ARTICULO 3°. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación.

Dada en Bogotá, D. E., a los 4 días del mes de Marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

El Presidente del honorable Senado de la República,

AURELIO IRAGORRI HORMAZA.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

HERNAN BERDUGO BERDUGO.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

CRISPIN VILLAZON DE ARMAS.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

SILVERIO SALCEDO MOSQUERA.

República de Colombia - Gobierno Nacional

Dada en Bogotá, D. E., a 4 de marzo de 1991.

Publíquese y ejecútese.

CESAR GAVIRIA TRUJILLO

El Ministro de Gobierno,

HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA.

El Ministro de Relaciones Exteriores,

LUIS FERNANDO JARAMILLO CORREA.

El Ministro de Trabajo y Seguridad Social,

FRANCISCO POSADA DE LA PEÑA