

Boletín No. 2: Serie sobre el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes

Derecho Fundamental a la Consulta Previa¹

De acuerdo con la evolución jurisprudencial del derecho a la consulta previa, es posible extraer algunas características y objetivos de este derecho dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En la sentencia SU-039 de 1997, la Corte Constitucional definió por primera vez las principales características y objetivos del derecho a la consulta previa:

“a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

“b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

“c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”².

Si bien en aquel momento la Corte solamente se refería a la consulta previa de las medidas destinadas a explorar o explotar recursos naturales conforme al artículo 330 constitucional, la jurisprudencia ha avanzado en el entendido de que la consulta es procedente no sólo en caso de exploración o explotación de recursos naturales, sino en todos aquellos casos en que se afecten los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo que las anteriores características se han hecho extensivas a todos los casos en que resulte desconocido el derecho a la consulta.

En efecto, se ha reconocido que son precisamente los fundamentos y los objetivos del derecho a la consulta los que justifican su aplicación más amplia, de suerte que dicho derecho no se circunscribe exclusivamente a los casos de explotación de recursos naturales, sino que se extiende a las decisiones, sean estas legislativas o administrativas, que puedan afectar a los pueblos indígenas o tribales. Atendiendo la razón de ser del derecho a la consulta como

¹ Documento de trabajo basado en la demanda presentada contra el Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007) ante la Corte Constitucional, por la Comisión Colombiana de Juristas y otras organizaciones sociales.

² Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

expresión democrática en un contexto plural, se evidencia la necesidad de garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales en la construcción de lo público.

Ahora bien, además de las características definidas por la propia Corte Constitucional, de la jurisprudencia, la doctrina y los instrumentos internacionales al respecto, se pueden concluir algunos otros requisitos³:

a. La consulta debe realizarse de buena fe

De acuerdo con la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007, antes de la adopción y aplicación de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas, los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con las comunidades interesadas⁴. Esta obligación ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en jurisprudencia reciente sobre el caso del pueblo Saramaka contra Surinam, señaló respecto de la obligación de consultar:

“Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo”⁵.

³ Estos requisitos fueron identificados en la demanda que dio lugar a la declaratoria de inexecutable de la Ley General Forestal, demanda radicada bajo el número D-6837. Fueron además recogidos en el concepto rendido por el Procurador General de la Nación dentro del mismo expediente, tal como lo señala la sentencia C-030 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil: *“Seguidamente los actores hacen referencia a los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para el cumplimiento de la consulta previa en las medidas legislativas, que deben perfeccionarse con anterioridad a la radicación de un proyecto de ley, cuales son: 1) La consulta debe realizarse sobre la base de relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes, de lo que se siguen las obligaciones del Estado de suministrar información adecuada, procurar la concreción de un acuerdo y garantizar la factibilidad del mismo; 2) Las comunidades deben tener conocimiento pleno de los planes que se pretenden llevar a cabo en sus territorios, así como de sus consecuencias; 3) Las comunidades deben tener participación real y efectiva en la consulta a través de sus representantes; 4) La decisión de la autoridad gubernamental debe estar desprovista de autoritarismo y arbitrariedad; y 5) Debe realizarse una consulta sobre el proceso mismo de consulta previa”*.

⁴ Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 32

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

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

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

⁵ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, No. 172, párr. 134.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia SU-039 de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, ha señalado al respecto:

“Con fundamento en los artículos 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas”.

b. La consulta debe conducir al conocimiento pleno por parte de las comunidades afectadas de las disposiciones que se van a implementar

Las comunidades indígenas y tribales deben tener conocimiento pleno sobre las medidas que se pretenden adoptar. En este caso, debían tener conocimiento sobre el contenido, implicaciones y consecuencias de las disposiciones previstas en el proyecto de ley que dio origen al Estatuto de Desarrollo Rural.

Sobre el particular señaló la Corte Constitucional en sentencia SU-039 de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, que la implementación del derecho a la consulta debe pretender:

“Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

“Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares”.

c. La consulta debe hacerse por conducto de las instituciones representativas de las comunidades con miras a obtener su consentimiento libre e informado

El procedimiento de consulta debe ser respetuoso de las autoridades y organismos representativos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Al respecto señala la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas:

Artículo 32

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

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier

proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (negrilla fuera de texto).

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado en Sentencia C-891 de 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería, citando la “*Guía para la aplicación del Convenio 169*”, lo siguiente:

“Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas debe identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos”.

d. La consulta debe garantizar la participación efectiva de las comunidades, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, teniendo en cuenta los métodos tradicionales de toma de decisiones

Los mecanismos empleados para adelantar la consulta deben buscar, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

*“que se le de (sic) la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas de proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierne a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una **participación activa y efectiva** en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”*⁶ (negrilla fuera de texto).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia que resuelve el caso de la comunidad Saramaka Vs Surinam señaló:

*“El Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka”*⁷.

e. La consulta debe surtirse antes de presentar el proyecto de ley

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

⁷ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, No. 172, párr. 129.

En la Sentencia C-891 de 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería, la Corte Constitucional señaló:

“1. No es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones. Sin embargo es claro que, en este caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto son, sobre todo, para que puedan participar activamente y e intervenir en su modificación, si es preciso. No obstante lo anterior, puede presentarse el caso de que la composición inicial del proyecto sea producto del esfuerzo conjunto y concertado de entidades y comunidades, evento en el cual se evidenciaría con más veras el cumplimiento de la participación indígena” (negrilla fuera de texto).

f. La consulta debe surtirse sobre el trámite de consulta mismo

La Corte Constitucional señaló en sentencia T-737 de 2005, M.P.: Álvaro Tafur Galvis:

“El proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo. Ciertamente, el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”.

g. Debe prestarse el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades consultadas, como elemento esencial del derecho a la consulta

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en jurisprudencia sobre el caso del pueblo Saramaka contra Surinam, citando al Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, señaló:

“136. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

“Siempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y

contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.

“En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”⁸.

Por su parte, en la sentencia T-382 de 2006, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional calificó de manera similar el consentimiento que debe perseguir la consulta previa:

“El derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo. Sin embargo, la influencia que el derecho pudiera ejercer sobre tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo mas universal posible alrededor de la medida legislativa”.

De modo que, cuando un proyecto de ley susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales no cumple con los requisitos anteriormente señalados, es inconstitucional, por desconocer el derecho fundamental de las comunidades indígenas y tribales a la Consulta Previa.

*Septiembre 16 de 2008
Comisión Colombiana de Juristas*

Para mayor información, contactar a: Gustavo Gallón Giraldo, Director CCJ (Tel. 7449333, ext. 115)

⁸ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, No. 172, párr. 136.