

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.