



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, deciden 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.