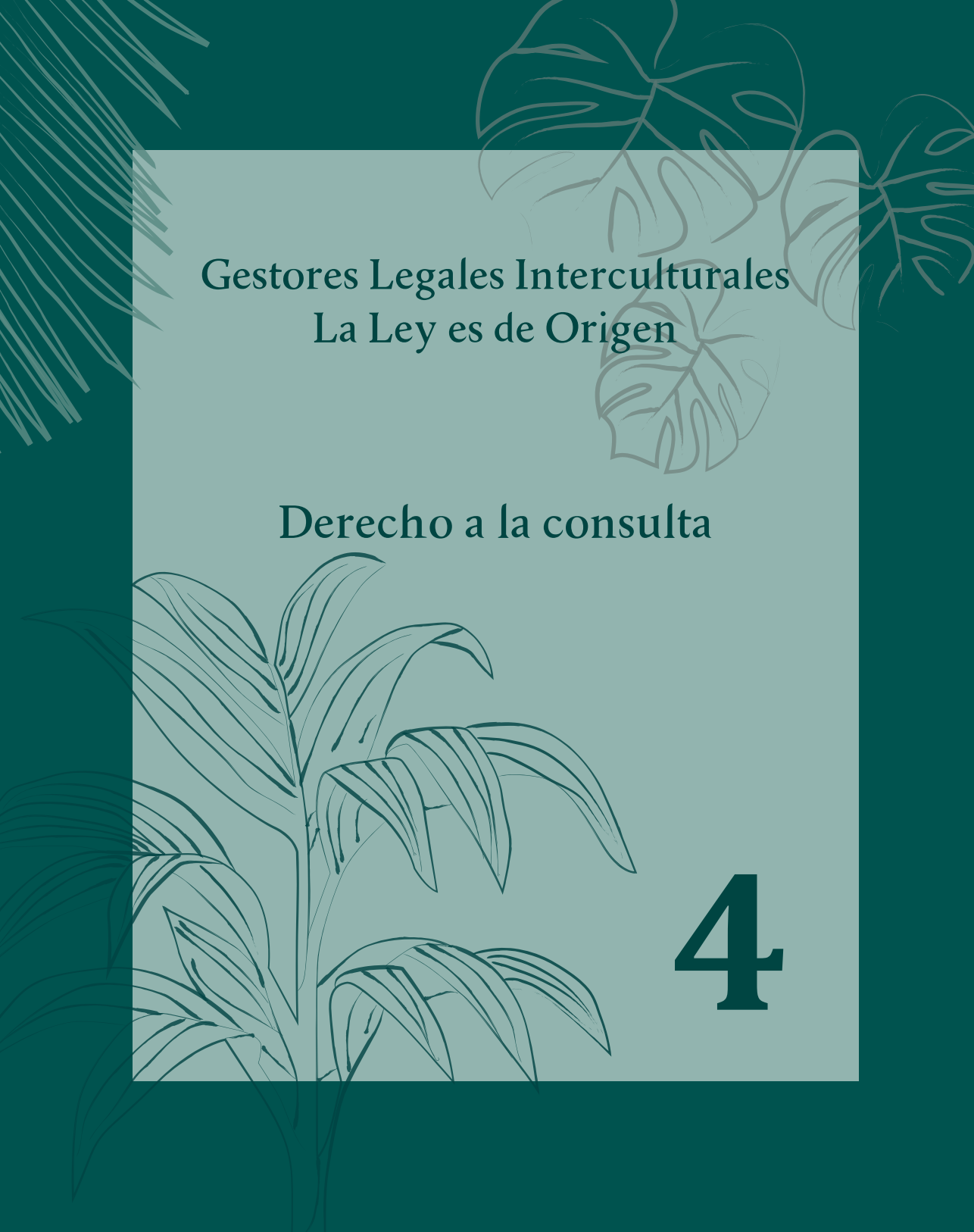


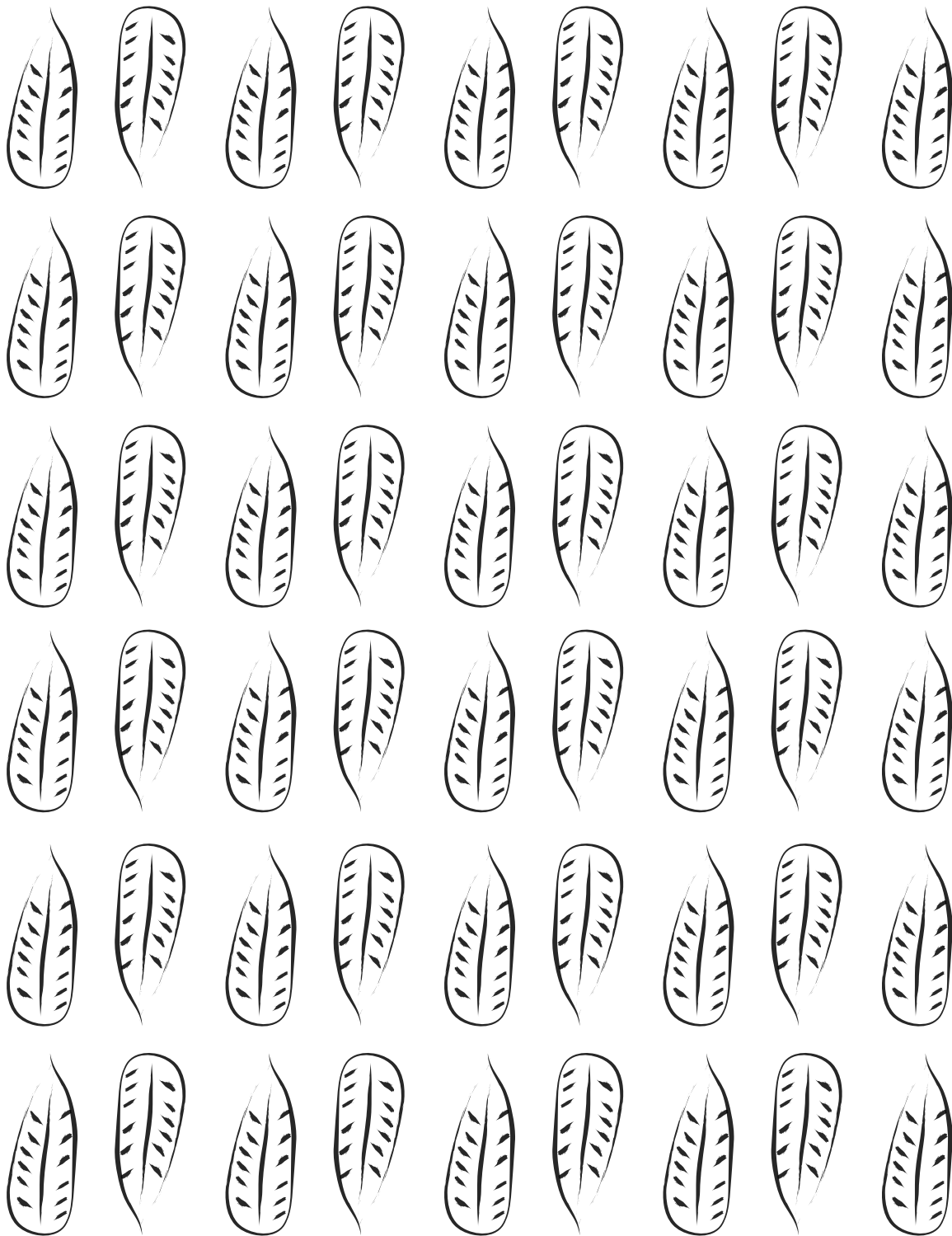


Gestores Legales Interculturales La Ley es de Origen

Derecho a la consulta



4



GESTORES LEGALES INTERCULTURALES
LA LEY ES DE ORIGEN

CARTILLA 4
DERECHO A LA CONSULTA

Colección Gestores Legales Interculturales. La Ley es de Origen

Cartilla n.º 4

Derecho a la consulta

Bogotá: Centro de Estudios Médicos Interculturales, 2015

ISBN: 978-958-58681-5-1

© GIZ Programa Regional

«Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina — Proindígena»

Diseño y diagramación: Ana María Zuluaga

Impreso en Colombia por Publigráf

© Edición Centro de Estudios Médicos Interculturales, abril de 2015

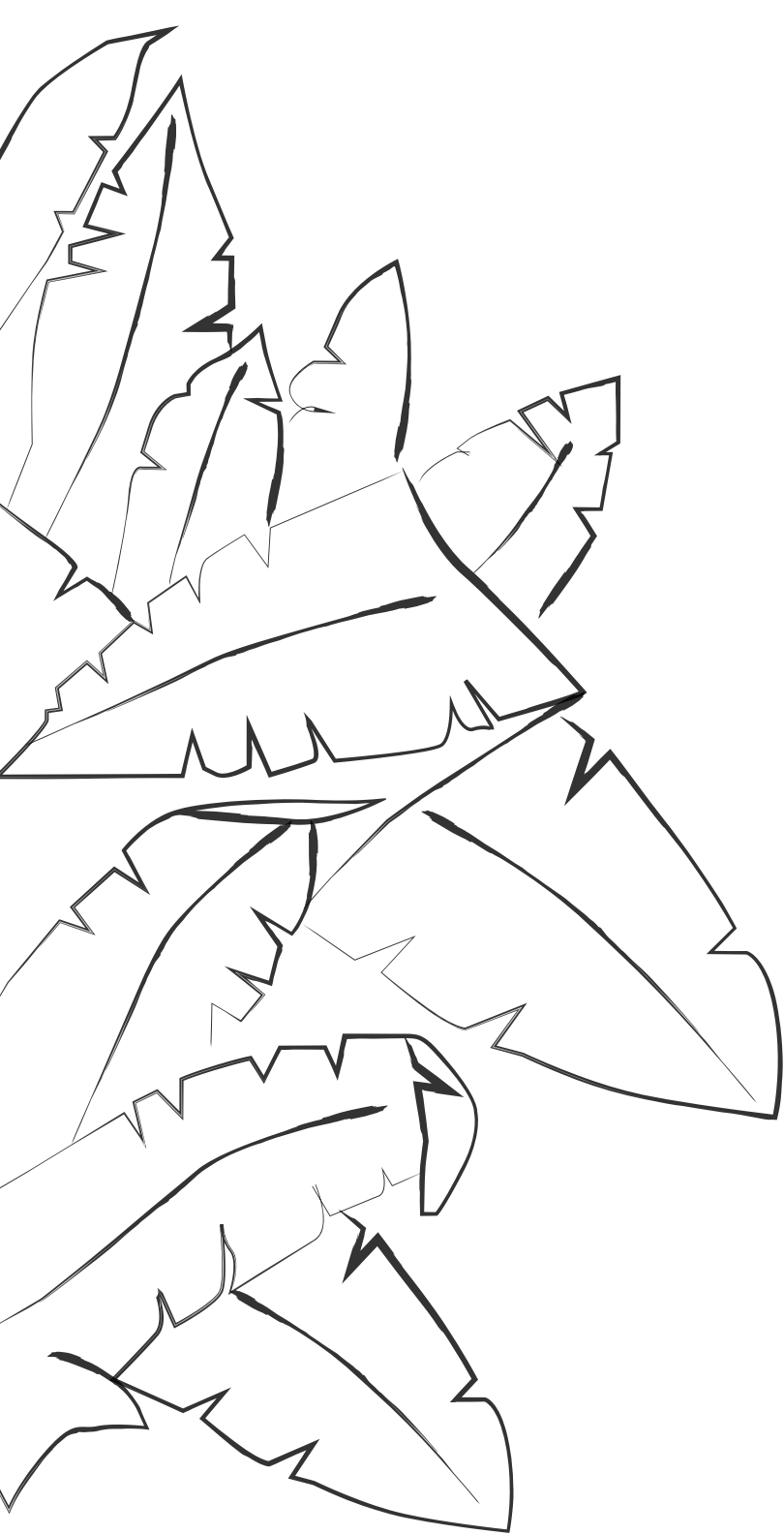
Esta publicación fue posible gracias al apoyo de la Iniciativa para la Conservación en la Amazonía Andina —ICAA— y la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional —USAID— a través del proyecto «Formación de Gestores Legales para la conservación de los recursos naturales en los territorios de pueblos indígenas del Vaupés en la Amazonía colombiana con énfasis en el fortalecimiento de su cultura tradicional» y del Programa Regional «Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina — Proindígena—» de GIZ en Colombia; y gracias a la colaboración académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad El Bosque.

Se autoriza la reproducción de esta publicación con fines educativos y otros fines no comerciales sin permiso escrito previo de quien detenta los derechos de autor, siempre que se cite la fuente en su totalidad. Está prohibida la reproducción de esta publicación para la venta o para otros fines comerciales sin permiso escrito previo de quien detenta los derechos de autor.



TABLA DE CONTENIDO

5	Presentación
7	Unidad 1. Derecho a la consulta en el contexto de la OIT y del Convenio 169
15	Unidad 2. La interpretación que organismos internacionales de derechos humanos hacen del derecho a la consulta
25	Unidad 3. Características de los procedimientos de consulta
35	Unidad 4. La consulta previa en Colombia
44	Referencias



PRESENTACIÓN

El programa de formación de Gestores Legales Interculturales busca capacitar a un grupo de representantes de las comunidades indígenas del Vaupés en la defensa de sus derechos y deberes legales y en su aplicación para la defensa y la conservación de los recursos naturales en los territorios tradicionales. El programa es promovido por la Iniciativa para la Conservación en la Amazonía Andina y la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y ejecutado por el Centro de Estudios Médicos Interculturales con el apoyo académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad El Bosque y del Grupo de Estudios en Sistemas Tradicionales de Salud de la Universidad del Rosario.

El contenido de la presente cartilla, n.º 4 de la colección «Gestores Legales Interculturales. La Ley es de Origen», fue originalmente elaborado por Proindígena en el segundo semestre de 2013 y, junto con la Facultad, fue adaptado para adecuarlo al programa de formación de Gestores Legales Interculturales como apoyo pedagógico del segundo módulo de formación que profundiza en la noción de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y en algunos de los instrumentos legales, nacionales e internacionales, para la protección de los pueblos indígenas, sus territorios y el conocimiento tradicional que ha garantizado su permanencia hasta el día de hoy.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad El Bosque es miembro de la Red de Observadores de la Consulta Previa impulsada por el Programa Proindígena de GIZ Cooperación alemana en Colombia y en la que participan otras universidades y organizaciones no gubernamentales de la región. Esta Red ha encontrado en la praxis de las consultas previas establecidas en el Convenio 169 de la OIT un elemento que impacta en el abanico más amplio de derechos de los pueblos indígenas, por lo que considera importante observar su desarrollo en toda América Latina.

Agradecemos al Programa Regional «Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina —Proindígena—» de GIZ en Colombia por compartir los contenidos de este documento que forma parte de su línea de trabajo sobre Consulta Previa y por contribuir a su adaptación específicamente para la iniciativa de Gestores Legales Interculturales. La investigación estuvo a cargo de Diana Milena Murcia, consultora de Proindígena y también docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad El Bosque.

UNIDAD 1

EL DERECHO A LA CONSULTA EN EL CONTEXTO DE LA OIT Y EL CONVENIO 169



¿DE DÓNDE SALIÓ ESTE DERECHO?

De un Convenio de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—.

La OIT es un organismo de las Naciones Unidas que promueve los derechos de los trabajadores. Se dice que es un organismo tripartito, pues allí asisten solamente representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores, y todos los instrumentos que surgen de este organismo reflejan la postura de estos tres actores.

¿Cuáles instrumentos surgen de este organismo? Pueden ser tratados vinculantes para los Estados que los suscriben, que se llaman **Convenios**; o directrices sobre cómo cumplir con esos Convenios, que se denominan **Recomendaciones**.

Uno de los Convenios más conocidos de la OIT es el relativo a los derechos de los pueblos indígenas, que surgió del reconocimiento de la discriminación que sufren estas comunidades en el ámbito del trabajo.

Como los pueblos indígenas no forman parte de la estructura tripartita de la OIT, si quieren recurrir a este órgano deben hacerlo a través de los sindicatos que sí pertenecen a ella.

Y ¿EN QUÉ CONVENIO SE RECONOCIÓ EL DERECHO A LA CONSULTA?

En el Convenio 169 «Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes», de 1989.

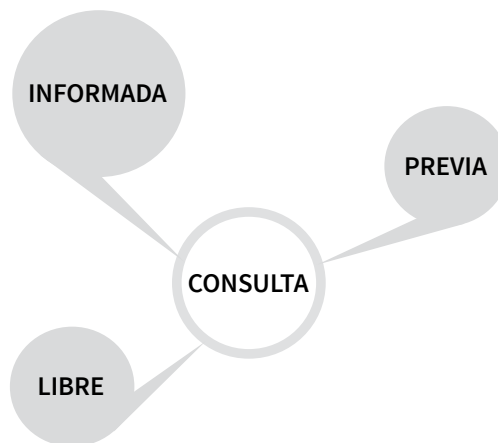
En 1957 la OIT promulgó uno de los primeros instrumentos internacionales específicamente creados para abordar los derechos de los pueblos indígenas: el Convenio 107. Este Convenio fue muy criticado pues se ha considerado «integracionista» e irrespetuoso de las particularidades culturales de los pueblos, así que fue necesario adelantar una reforma que, luego de muchas discusiones, culminó en 1989 con la adopción del Convenio núm. 169.

Y ¿QUÉ DICE EL **CONVENIO 169** SOBRE LA CONSULTA?

El Convenio 169 afirma que los gobiernos deben consultar a estos pueblos:

- Mediante procedimientos apropiados en los cuales puedan participar libremente.
- A través de sus instituciones representativas.
- De buena fe y de manera apropiada a las circunstancias.
- Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
- Cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos, para determinar si sus intereses serán perjudicados y en qué medida.
- Antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de recursos del suelo o el subsuelo de los territorios indígenas.
- Sobre la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional o educación.

POR ESO SE DICE QUE LA CONSULTA ES:



¿QUIÉN ES RESPONSABLE DE APLICAR EL CONVENIO?

La responsabilidad es de los Gobiernos de los países que lo han ratificado.

«Los gobiernos que han ratificado el Convenio 169 de la OIT deben asumir la responsabilidad de:

- Desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y a garantizar el respeto de su integridad.
 - Establecer instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas, con los medios necesarios para desempeñar sus funciones.
 - Garantizar que la planificación, coordinación, ejecución y evaluación de los programas sean emprendidas en cooperación con los pueblos indígenas.
 - Proponer medidas legislativas y de otra índole y controlar su aplicación».
- (OIT, 2013: 6)

PAÍSES QUE HAN RATIFICADO EL CONVENIO 169 DE LA OIT

México y Noruega	1990
Colombia y Estado Plurinacional de Bolivia	1991
Costa Rica y Paraguay	1993
Perú	1994
Honduras	1994
Dinamarca y Guatemala	1996
Ecuador, Fiji y Holanda	1998
Argentina	2000
Brasil, Dominica y República Bolivariana de Venezuela	2002
Nepal y España	2007
Chile	2008
República Centroafricana y Nicaragua	2010

Y ¿QUIÉN ES RESPONSABLE DE REALIZAR LAS CONSULTAS?

Las autoridades estatales competentes son las encargadas de realizar los procedimientos de Consulta.

La OIT ha dicho que «la obligación de garantizar consultas adecuadas recae clara y explícitamente en los gobiernos y no en personas o empresas privadas» (OIT, 2013: 14).

Sin embargo, esa no ha sido la tendencia en América Latina. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos —CIDH— ha encontrado que:

«En muchos de los países que forman parte del sistema interamericano, se ha transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas, generando una privatización *de facto* de la responsabilidad del Estado. Los procesos de negociación resultantes con las comunidades locales, así, con frecuencia no toman en consideración un marco de derechos humanos, porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias». (CIDH, 2009, párr. 291)

RESUMIENDO

- El derecho a la consulta previa nace en un contexto de preocupación por las condiciones de los pueblos indígenas frente al mercado laboral.
- El organismo que reconoció el derecho forma parte de las Naciones Unidas, pero no es uno de sus órganos especializados en derechos humanos, por eso el Convenio tiene lagunas que deben ser resueltas en la interpretación que realicen organismos especializados en este tipo de derechos.
- La responsabilidad por el cumplimiento del Convenio 169 y la realización de las consultas recae en los Estados y no en las empresas.

UNIDAD 2

LA INTERPRETACIÓN QUE ORGANISMOS
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS
HACEN DEL DERECHO A LA CONSULTA

— — — — — — — — — —

¿ES LA OIT EL ÚNICO ORGANISMO QUE RECONOCE E INTERPRETA EL DERECHO A LA CONSULTA?

No. Existen otros organismos internacionales que han reconocido este derecho y fijado estándares para su interpretación.

Aunque el derecho a la consulta fue reconocido por la OIT, y el único órgano autorizado por ella para examinar la aplicación de Convenios como el 169 es la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), otros organismos de derechos humanos han interpretado el Convenio o fijado pautas para la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que puedan afectarlo.

Por ejemplo:

SISTEMA INTERAMERICANO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido sentencias en las cuales ha ordenado a los Estados garantizar el derecho a la Consulta. Los fallos más relevantes han sido los de los pueblos Saramaka y Sarayacu.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha realizado audiencias sobre la situación de los pueblos indígenas en las Américas, así como informes temáticos, visitas y recomendaciones a los países para velar por que se garantice este derecho.

SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas realiza informes anuales sobre la situación de los pueblos indígenas en todo el mundo, visita países y emite informes en los que el derecho a la consulta ha sido uno de sus focos principales de atención.

Otros organismos de las Naciones Unidas también se han pronunciado en sus informes y observaciones sobre el derecho a la consulta, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas.

Y ¿QUÉ DICE LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS ACERCA DEL DERECHO A LA CONSULTA?

La Declaración alienta a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas, en consulta y cooperación con ellos, lo que implica que:

- 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 o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (Art. 19).
- Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares (Art. 30).
- Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la Declaración (Art. 38).
- 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 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 (Art. 32).
- Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación del derecho de aquellos que están divididos por fronteras internacionales, a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, a través de las fronteras (Art. 36).

Y ¿QUÉ HA DICHO EL SISTEMA INTERAMERICANO SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA?

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha dicho que:

Los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales. Esta es una manifestación concreta de la regla general según la cual el Estado debe garantizar que «los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos», teniendo en cuenta que esta consulta debe «estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado», según se dispone en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

«La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas». (CIDH, 2009: párr. 273)

El derecho a la consulta se vincula e impacta en otros derechos de los pueblos indígenas:



Además, en el Sistema Interamericano se ha estipulado que el derecho a la consulta:

ES UN DERECHO COLECTIVO

«Los procesos en su conjunto exigen como mínimo que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente». (CIDH, 2009: párr. 286)

ES UN PROCESO

«La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo». (CIDH, 2009: párr. 292)

NO ES UN MERO TRÁMITE

«Los procedimientos de consulta deben propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños». (CIDH, 2009: párr. 285)

LOS RESULTADOS SÍ IMPORTAN

«Los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración». (CIDH, 2009: párr. 285)

DEBE RESPETAR LAS COSTUMBRES PROPIAS

«La representación de los pueblos durante los procesos de consulta debe ser la que determine el propio pueblo afectado de conformidad con su tradición y, habiendo tenido en cuenta la voluntad de la totalidad del pueblo, canalizada a través de los mecanismos consuetudinarios correspondientes». (CIDH, 2009: párr. 287)

PUEDE IMPLICAR EL DERECHO AL CONSENTIMIENTO

«El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten en el contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos». (CIDH, 2009: párr. 333)

Y ¿QUÉ HAN DICHO LOS ORGANISMOS DEL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS?

EL COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL —CEDR— dedicó su recomendación general 23 al tema de los pueblos indígenas y en muchas de sus observaciones a los países ha insistido en la obligación de garantizar el derecho a la consulta.

Así, instó a los gobiernos a que: «Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado».
(CEDR, 1997: párr. 4)

EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS ha incluido en sus informes periódicos varias recomendaciones para que los Estados garanticen el derecho a la consulta.

Por ejemplo, en su informe sobre Colombia en 2010, recomendó al Estado «que tome medidas concretas para revisar los procesos relativos a los proyectos de infraestructura, desarrollo y minería y que aplique plenamente las decisiones de la Corte Constitucional a este respecto».

El Comité recomienda además al Estado parte que, con la consulta y participación de los pueblos indígenas y afrocolombianos, «adopte una ley que establezca claramente el derecho al consentimiento libre, previo e informado, de conformidad con el Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, así como con las decisiones pertinentes de la Corte Constitucional». (CDESC, 2010: párr. 9)

EL RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS también se ha preocupado por especificar de qué se trata este derecho:

INVOLUCRA EL PRINCIPIO DE DEMOCRACIA Y SOBERANÍA POPULAR

«El deber de consultar deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. [Ambos] se oponen al gobierno por imposición y respaldan el imperativo del gobierno por consentimiento». (Anaya, 2009: párr. 41)

BUSCA PONER FIN AL MODELO HISTÓRICO DE EXCLUSIÓN

«[El derecho a la consulta] tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados». (Anaya, 2009: párr. 49)

OPERA CUANDO HAY UNA AFECTACIÓN DIFERENCIAL EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS

«Es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes». (Anaya, 2009: párr. 63)

DEBE SER FLEXIBLE SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS

«Las características específicas del proceso de consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas. Para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso». (Anaya, 2009: párr. 50)

PUEDE IMPLICAR EL DERECHO AL CONSENTIMIENTO

«La solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas». (Anaya, 2009: párr. 47)

RESUMIENDO

- La Declaración de Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas es un instrumento muy importante pues establece un modelo de relacionamiento entre los Estados y los pueblos indígenas, acorde con el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos.
- Los organismos internacionales de derechos humanos consideran fundamental el derecho a la consulta para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas.
- Por esta razón y ante las lagunas que tiene el Convenio 169 han propuesto a los países, a través de sus observaciones y recomendaciones, principios de interpretación que permitan una mejor protección de sus derechos.
- En virtud de esa interpretación se comprende que el derecho a la consulta debe permitir poner fin a la exclusión histórica de los pueblos indígenas, fortalecer la democracia participativa y responder a las características de cada pueblo indígena.

UNIDAD 3

CARACTERÍSTICAS DE LOS
PROCEDIMIENTOS DE CONSULTA

— — — — — — — — —

¿CÓMO SE CARACTERIZA UN PROCEDIMIENTO DE CONSULTA ADECUADO?

De acuerdo con el Convenio 169 y la interpretación que hacen los organismos internacionales de derechos humanos que hemos visto, puede decirse que las consultas tanto de medidas legislativas (leyes) como de medidas administrativas (proyectos, obras o actividades) deben:

- **CONDUCIR A ADOPTAR DECISIONES RAZONADAS**
- **SER PREVIAS**
- **SER CULTURALMENTE APROPIADAS**
- **SER INFORMADAS**
- **SER DE BUENA FE**
- **INVOLUCRAR DIÁLOGO INTERCULTURAL**

En la siguiente sección desarrollaremos cada una de las características conforme a la interpretación de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT –CEACR–, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– y el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas.

¿QUÉ SIGNIFICA QUE LA CONSULTA SEA PREVIA?

SEGÚN LA OIT

«Debe darse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones adoptadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales». (OIT, 2013: 16)

Por lo tanto, «la consulta conlleva a menudo al establecimiento de un diálogo intercultural. Esto significa que se ponga un real esfuerzo para entender cómo funcionan las culturas y los procesos tradicionales de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, y adaptar la forma y fijar el momento oportuno de la consulta a dichas culturas y procesos». (OIT, 2013: 16)

CONFORME AL SISTEMA INTERAMERICANO

«La consulta, para ser previa, debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Los procedimientos de consulta se deben desarrollar antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas». (CIDH, 2009: párr. 302)

Como lo indicó la Corte Interamericana en su fallo sobre el caso Saramaka, la consulta con los pueblos indígenas o tribales debe realizarse durante las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo o inversión o de la concesión extractiva: «no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado». (CIDH, 2009: párr. 303)

SEGÚN EL RELATOR DE PUEBLOS INDÍGENAS

«En todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban realizarse en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones». (Anaya, 2009: párr. 65)

¿QUÉ SIGNIFICA QUE LA CONSULTA SEA CULTURALMENTE APROPIADA?

SEGÚN LA OIT

«El requisito de que las consultas se lleven a cabo mediante procedimientos apropiados implica que deben tener lugar en un clima de confianza mutua. En general, es necesario que los gobiernos reconozcan a las organizaciones representativas y ambas partes deben procurar llegar a un acuerdo, efectuar negociaciones genuinas y constructivas, evitar demoras injustificadas, cumplir con los acuerdos pactados y ponerlos en práctica de buena fe [...]».

«Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado». (OIT, 2013: 16)

CONFORME AL SISTEMA INTERAMERICANO

«El deber estatal de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones». (CIDH, 2009: párr. 305)

«La regla de adecuación cultural de la consulta exige que la representación de los pueblos indígenas sea definida de conformidad con sus propias tradiciones». (CIDH, 2009: párr. 306)

SEGÚN EL RELATOR DE PUEBLOS INDÍGENAS

«Debe proporcionarse información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; la razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; duración y zonas que se verán afectadas; evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución, entre otros». (Stavenhagen, 2007: párr. 23, citando al Foro Permanente de Pueblos Indígenas)

¿QUÉ SIGNIFICA QUE LA CONSULTA SEA INFORMADA?

SEGÚN LA OIT

«Los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad». (OIT, 2009: 62)

CONFORME AL SISTEMA INTERAMERICANO

«Los procesos de otorgamiento de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta».

«La complejidad y magnitud de los proyectos o planes de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas de los recursos naturales puede requerir la celebración de reuniones previas de información. Dichas reuniones, sin embargo, no deben confundirse con el tipo de negociación y diálogo requeridos por un proceso de consulta genuino». (CIDH, 2009: párr. 308)

SEGÚN EL RELATOR DE PUEBLOS INDÍGENAS

«En los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno».

A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen». (Anaya, 2009: párr. 53)

¿QUÉ SIGNIFICA QUE LA CONSULTA SEA DE BUENA FE?

SEGÚN LA OIT

«La aplicación adecuada del derecho a la consulta implica un proceso cualitativo de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual el acuerdo y consentimiento, de ser posibles, pueden lograrse». (CIDH, 2013: 17)

«La importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Si, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas». (CIDH, 2013: 17)

«Las consultas deben tener lugar en un clima de confianza mutua. En general, es necesario que los gobiernos reconozcan los organismos de representación y procuren llegar a un acuerdo, lleven adelante negociaciones genuinas y constructivas, eviten demoras injustificadas, cumplan con los acuerdos pactados y los implementen de buena fe». (OIT, 2009: 62)

CONFORME AL SISTEMA INTERAMERICANO

«El énfasis puesto por la regulación internacional y regional sobre la buena fe en el cumplimiento del deber estatal de consulta a los pueblos indígenas busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales. [...] Los procesos de consulta no equivalen al cumplimiento de una serie de requisitos pro forma». (CIDH, 2009: párr. 317)

«La consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia». (CIDH, 2009: párr. 318)

«La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas». (CIDH, 2009: párr. 319)

«En tanto proceso que involucra a dos partes, la consulta de buena fe tiene asimismo una serie de implicaciones para los propios pueblos indígenas. Como partes en procesos de negociación y diálogo de buena fe en el marco del deber

estatal de consultar, los pueblos indígenas tienen la responsabilidad primaria de participar activamente en dichos procesos». (CIDH, 2009: párr. 321)

SEGÚN EL RELATOR DE PUEBLOS INDÍGENAS

«Las consultas deben celebrarse de buena fe. Las partes deben establecer un diálogo que les permita hallar soluciones adecuadas en una atmósfera de respeto recíproco con buena fe, y una participación plena y equitativa. Las consultas requieren tiempo y un sistema eficaz de comunicación entre las partes interesadas». (Stavenhagen, 2007: párr. 23, citando al Foro Permanente de Pueblos Indígenas)

¿QUÉ SIGNIFICA QUE LA CONSULTA INVOLUCRE UN DIÁLOGO INTERCULTURAL?

SEGÚN LA OIT

«Debe darse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones adoptadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales». (OIT, 2009: 62)

«Por lo tanto, la consulta conlleva a menudo al establecimiento de un diálogo intercultural. Esto significa que se ponga un real esfuerzo para entender cómo funcionan las culturas y los procesos tradicionales de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, y adaptar la forma y fijar el momento oportuno de la consulta a dichas culturas y procesos». (OIT, 2013: 16)

CONFORME AL SISTEMA INTERAMERICANO

«En la medida en que los planes o proyectos de desarrollo o inversión o las concesiones extractivas afecten de manera sustancial el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos, el deber de consulta requiere, de todas las partes involucradas, flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego. El deber de los Estados es el de ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho». (CIDH, 2009: párr. 324)

SEGÚN EL RELATOR DE PUEBLOS INDÍGENAS

«Los problemas y retos que enfrentan los pueblos indígenas [...] requieren de un enfoque multidimensional, de voluntad política y de la activa participación de los propios pueblos indígenas con base en el respeto a la diferencia y con sensibilidad intercultural. Esta perspectiva exige el concurso de múltiples actores comenzando por los propios pueblos indígenas, los gobiernos, la sociedad nacional en todas sus esferas y las organizaciones internacionales». (Stavenhagen, 2007: párr. 4)

«[El Relator Especial] consciente de que el establecimiento de mecanismos interculturales de consulta y participación adecuados solo será resultado de un proceso y no de un acto único, [recomienda a los gobiernos] elaborar mecanismos flexibles y la creación de comisiones nacionales que puedan evaluar el funcionamiento de tales mecanismos y efectuar los ajustes necesarios. (Stavenhagen, 2006: 96)

¿QUÉ SIGNIFICA QUE LA CONSULTA CONLLEVE EL DEBER DE ADOPTAR DECISIONES RAZONADAS?

SEGÚN LA OIT

«La aplicación adecuada del derecho a la consulta implica un proceso cualitativo de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual el acuerdo y consentimiento, de ser posibles, pueden lograrse. [...] Incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio». (OIT, 2013: 17)

CONFORME AL SISTEMA INTERAMERICANO

«Desde un punto de vista sustantivo, los Estados tienen el deber de tomar en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas expresadas por los pueblos o comunidades afectados, y de prestar la debida consideración a dichas preocupaciones, demandas y propuestas en el diseño final del plan o proyecto consultado». (CIDH, 2009: párr. 326)

«El no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las

concesiones extractivas va en contra del principio de buena fe que rige el deber de consultar, el cual debe permitir a los pueblos indígenas la capacidad de modificar el plan inicial. Desde otra perspectiva, las decisiones relativas a la aprobación de estos planes, que no expresen las razones que justifican la falta de acomodo de los resultados del proceso de consulta, podrían ser consideradas contrarias a las garantías del debido proceso establecidas por los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos». (CIDH, 2009: párr. 325)

SEGÚN EL RELATOR DE PUEBLOS INDÍGENAS

«En general las decisiones del Estado deben adoptarse mediante un proceso democrático en que los intereses del público estén debidamente representados. Los procedimientos para notificar al público en general y recibir sus observaciones refuerzan a menudo en forma apropiada los procesos democráticos representativos de adopción de decisiones del Estado». (Anaya, 2009: párr. 42)

RESUMIENDO



Para que las consultas se adecúen a los estándares internacionales, es decir, para que satisfagan las observaciones y recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos, deben:

- Ser previas
- Ser culturalmente apropiadas
- Ser informadas
- Ser de buena fe
- Involucrar un diálogo intercultural
- Suponer decisiones razonadas

Esto significa que los procedimientos de consulta deben ser realizados a partir de reconocer, en los pueblos indígenas, sujetos cuya exclusión histórica debe ser superada, en el marco de un diálogo que garantice sus derechos y con el fin de llegar a decisiones que protejan su supervivencia física y cultural, al tiempo que refuercen la democracia de los Estados.

UNIDAD 4

LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

— — — — — — — — — —

¿CÓMO SE INCORPORÓ EL DERECHO A LA CONSULTA EN COLOMBIA?

A través de la Ley 21 de 1991.

En marzo de 1991 el Congreso de la República aprobó el Convenio 169 de la OIT mediante la Ley 21 de 1991. Cuatro meses después fue promulgada la Constitución vigente luego de un proceso constituyente en el que por primera vez se contó con la participación de representantes indígenas.

En la Constitución —entre otras cláusulas—, fueron reconocidas las Entidades Territoriales Indígenas (Art. 239) así como la autoridad jurisdiccional en sus territorios (Art. 246) y el ejercicio de su gobierno propio conforme a sus usos y costumbres (Art. 330).

En el caso de explotación de recursos naturales existentes en sus territorios, estableció la Constitución que se haría sin desmedro de su integridad cultural, social y económica y que toda decisión adoptada respecto de dicha explotación debería contar con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas (Art. 330).

Y ¿CÓMO SE APLICAN ESAS NORMAS?

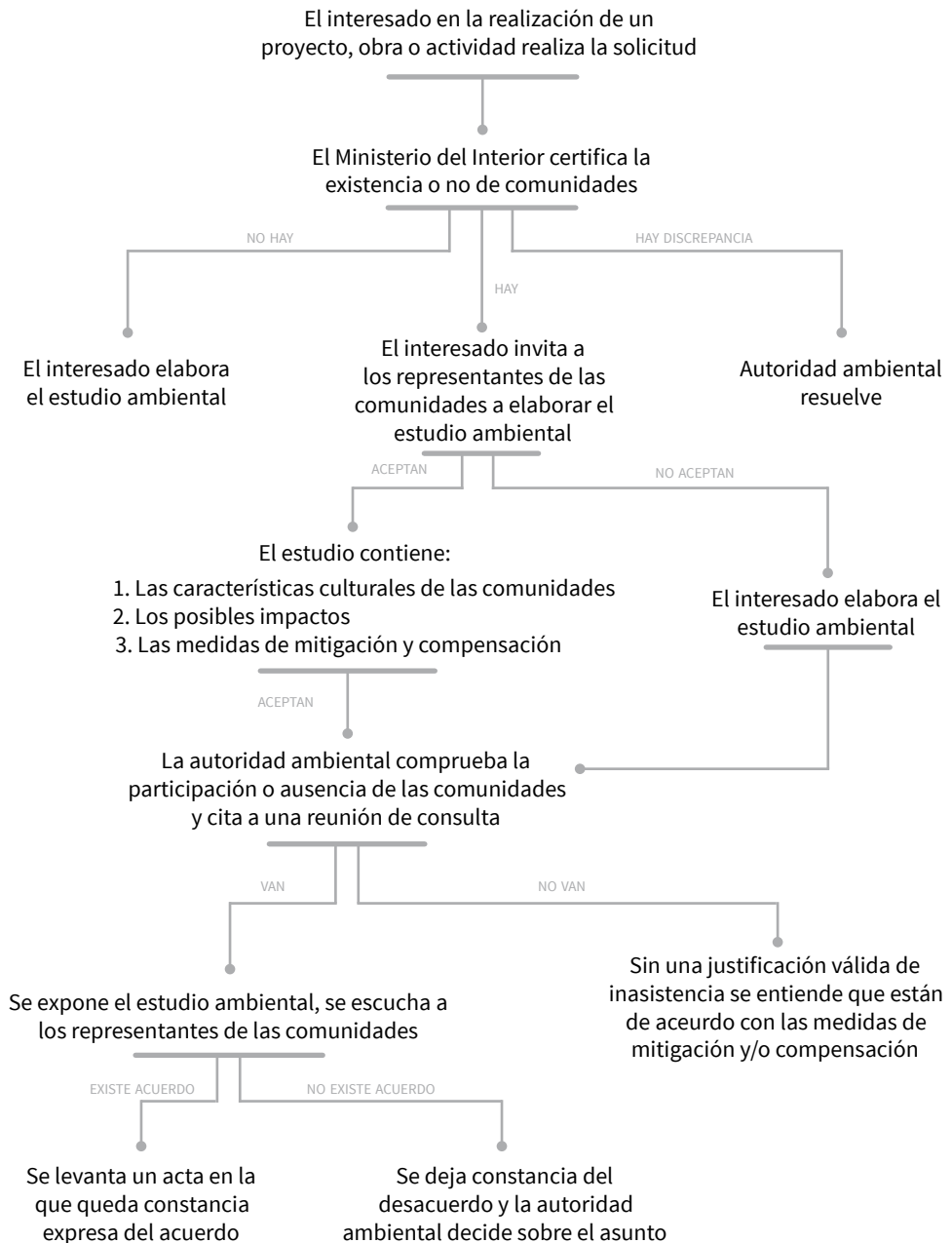
El modelo preponderante para la realización de las consultas en Colombia es el establecido en el Decreto 1320 de 1998.

VER EL MODELO EN LA PÁGINA SIGUIENTE

Sin embargo, los pueblos han demandado que ese procedimiento no se adecúa a los estándares internacionales. Cuando la Corte Constitucional ha revisado esas demandas, ha dado la razón a los pueblos indígenas y en varias ocasiones ha ordenado no aplicar el Decreto.

Por tal razón, cada consulta realizada en el país ha tenido una dinámica propia. Este vacío normativo ha generado inestabilidad para todos los actores de las consultas: los pueblos indígenas, las empresas y el gobierno nacional.

En la actualidad se discute la realización de una Ley marco de Consulta en el país.



Y ENTONCES ¿CUÁLES SON LAS REGLAS QUE APLICAN PARA LA REALIZACIÓN DE LAS CONSULTAS ADMINISTRATIVAS?

Aquellas establecidas por la Corte Constitucional en sus sentencias. Así pues, ha dicho que las consultas:

SE FUNDAMENTAN EN

El principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación.

El derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, incorporado al ordenamiento jurídico interno por la Ley 21 de 1991, que hace parte del bloque de constitucionalidad y tiene carácter vinculante.

SE PROTEGEN A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación. (Corte constitucional, Sentencia C-030 de 2008)

SON EL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL, POR LO TANTO

NO pueden consistir en simples trámites administrativos por parte de las autoridades o en meros requisitos formales. (Corte Constitucional, Sentencia C-331 de 2012)

NO pueden ser extemporáneas a las medidas adoptadas, de manera que por ejemplo, respecto de medidas legislativas, debe llevarse a cabo este procedimiento antes de radicar el proyecto de ley. (Corte Constitucional, Sentencia C-331 de 2012)

SON UNA DE LAS TRES FACETAS DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

- i. «La simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen;

- ii. la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente, y
- iii. el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial». (Corte Constitucional, Sentencia T-376 de 2012)

SON UN ESCENARIO DE CONCERTACIÓN

NO pueden entenderse como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y las tradicionales, ni como un proceso adversarial, sino como uno de participación activa de estas últimas en decisiones que las afectan de manera directa, de forma que tampoco implica un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de las comunidades étnicas. (Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008)

Y ¿QUÉ HA DICHO LA CORTE SOBRE LA REALIZACIÓN DE LAS CONSULTAS LEGISLATIVAS?

LAS NORMAS DEBEN CONSULTARSE CUANDO

- i. «[Se está ante] disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses.
- ii. [...] no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.
- iii. [...] el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana». (Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2009)

SI LAS CONSULTAS NO SE REALIZAN O SE REALIZAN DE FORMA ERRÓNEA

Se produce la vulneración de un derecho constitucional, y la producción de efectos sustanciales para las medidas de que se trate, tales como:

- i. La declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o, cuando ello resulte posible.
- ii. La exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas.

EN CUANTO A LAS CONSULTAS DE PROYECTOS, OBRAS O ACTIVIDADES, LA CORTE HA DICHO QUE DEBEN:

- «Adelantarse de buena fe a través de formas y medios de comunicación efectivos, de una manera idónea, apropiada y adecuada a las circunstancias.
- Respetar los parámetros constitucionales relativos a la participación de las comunidades étnicas como garantizar a las comunidades afectadas la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios.
- Realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tienen el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos.
- Estar precedidas de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo.
- Realizarse un ejercicio de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados». (Corte Constitucional, Sentencia C-331 de 2012)

ALGO MUY IMPORTANTE:

CADA CASO ES DIFERENTE

EN CUANTO A MEDIDAS LEGISLATIVAS

En cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en los ámbitos que les son propios.

EN CUANTO A PROYECTOS

El método para la determinación de temas que afecten a las comunidades étnicas es casuístico, esto es, se debe esclarecer y determinar en cada caso en concreto cuáles son las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de manera que en concreto se evalúe qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico.

La Corte ha entendido que cada procedimiento de consulta es diferente, por eso, su metodología debe ser flexible, según las circunstancias.

RESUMIENDO

- Aunque existen varias normas que regulan algunos aspectos de las consultas, es la Corte Constitucional, en las más de cincuenta sentencias en las que ha abordado la temática, la que ha hecho una interpretación más sistemática de las reglas que deben regir los procedimientos.
- Estas reglas reconocen que cada caso de consulta es muy particular, en tanto las normas que pueden afectar a los pueblos indígenas y demás comunidades son diferentes y pueden afectar a cada comunidad de diferente manera. Por eso se dice que los procedimientos deben ser flexibles y las consultas deben valorarse caso a caso.
- En general, la Corte ha retomado los estándares internacionales vistos atrás, agregando aspectos como la necesidad de abordar fases de pre y post consulta, ajustadas a la realidad étnica de cada grupo y bajo un diálogo que no sea de confrontación.

REFERENCIAS

- Anaya, James. Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Informe A/HRC/12/34 del 15 de julio de 2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Informe E/C.12/COL/CO/5 del 7 de junio de 2010.
- Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General 23, 1997.
- Corte Constitucional de Colombia
 - Sentencia C-030 de 2008
 - Sentencia C-461 de 2008
 - Sentencia C-175 de 2009
 - Sentencia T-376 de 2012
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.
- OIT. Manuales:
 - Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. P. 14. 2013.
 - Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. PROGRAMA PARA PROMOVER EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.
- Stavenhagen, Rodolfo. Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.
 - Informe E/CN.4/2006/78 del 16 de febrero de 2006
 - Informe A/HRC/4/32 del 27 de febrero de 2007
 - Informe A/HRC/6/15 del 15 de noviembre de 2007

