

**CONSULTORIA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL
DESPLAZAMIENTO
CODHES**

**Proyecto reparación integral para grupos étnicos en Colombia, énfasis en
consulta previa como derecho fundamental. Apoyado por: Fos-Colombia**

**ANALISIS: BORRADOR DE PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA
DE CONSULTA PREVIA: EL LÍMITE A LOS DERECHOS DE LOS
PUEBLOS ÉTNICOS.**

Bogotá, 27 de Septiembre de 2012

ANÁLISIS: BORRADOR DE PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA DE CONSULTA PREVIA: EL LÍMITE A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ÉTNICOS.

Por: Patricia Tobón
Sonia Londoño
PROYECTO CONSULTA PREVIA¹
CODHES

El presente documento, tiene por objeto aportar un breve análisis del borrador del proyecto de ley de consulta previa del gobierno nacional, con fecha del 25 de Junio de 2012, publicado en el diario El Tiempo². Si bien, el documento objeto de análisis no ha sido presentado oficialmente a los pueblos étnicos, su análisis es pertinente como un aporte para el debate. En este sentido abordaremos elementos iniciales respecto a la conveniencia o no de la reglamentación del derecho a la consulta previa vía ley estatutaria. Posteriormente, una síntesis de antecedentes importantes que reflejan algunas decisiones y posturas del gobierno nacional, respecto al derecho a la consulta previa. Y finalmente, un análisis del borrador de proyecto de ley publicado en el diario El Tiempo.

La consulta previa tiene como finalidad proteger la diversidad étnica e integridad cultural de los pueblos étnicos existentes, y garantizar la participación en las decisiones que los afectan. Se encuentra vinculado al derecho a la identidad, autonomía, autodeterminación, el derecho a conservar las instituciones propias, usos y costumbres, idioma, espiritualidad, religiosidad, el derecho al territorio, a decidir sus propias prioridades, derecho al medio ambiente y a la participación efectiva de los grupos étnicos. Por esta razón, no puede reducirse a un simple procedimiento o requisito formal. En ese sentido, un protocolo, acuerdo, ley, o cualquier tipo de mecanismo que pretenda reglamentar la consulta previa con pueblos étnicos, debe orientarse hacia la garantía de sus derechos, en tanto sujetos de especial protección constitucional, y ser consultado observando los principios y estándares de la consulta previa, libre e informada, y la garantía del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos étnicos.

Cabe anotar que algunos de los proyectos que pretenden desarrollarse en territorios étnicos han sido objetados por los pueblos, debido a las exigencias históricas que reclaman en los procesos de consulta previa en materia de, reparación por los daños causados, en algunos casos y en otros, porque el

¹ El equipo del proyecto reparación integral para grupos étnicos en Colombia, énfasis en consulta previa como derecho fundamental, adelantado en Codhes con el apoyo de Fos – Colombia, está conformado por Patricia Tobón, analista para pueblos indígenas y afrocolombianos, Ariel Palacios, asistente de investigación de pueblos afrocolombianos, Rodolfo Vega, analista para pueblos indígenas, y Sonia Londoño coordinadora.

² Diario El Tiempo. 05 de Agosto del 2012 Ingreso de militares en áreas étnicas no sería consultado. Publicado en URL: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12099047.html. Búsqueda realizada 10 de Septiembre.

Estado Colombiano no ha garantizado su goce efectivo de derechos. Esta discriminación estructural, sumada a los impactos desproporcionados del conflicto armado sobre los pueblos étnicos debe tenerse en cuenta en cualquier intento de reglamentación del derecho a la consulta previa, pues hace que las asimetrías se profundicen. De esta manera, una medida sobre consulta previa no puede eludir el deber del Estado reparar a los pueblos y comunidades étnicas, y eliminar los esquemas de discriminación y exclusión.

Reglamentación vía ley estatutaria

La tendencia de reglamentación de consulta previa en América latina, responde a la garantía para la inversión extranjera y nacional en territorios étnicos. De manera que las reglamentaciones en los países de la región³, han limitado o pretenden limitar el derecho a la consulta previa y por esta vía los alcances del convenio 169 de la OIT, y así facilitar la intervención de las empresas. De este modo, los Estados pretenden que prevalezcan las reglamentaciones de la consulta previa por vía administrativa o legislativa sobre los tratados internacionales y sus propios ordenamientos constitucionales. Este afán de reglamentar la consulta previa, y restringir los derechos de los pueblos étnicos, responde a la visión de que éstos representan un obstáculo para el desarrollo de sus países.

La crítica recae sobre la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria, en cuanto a la intención del Estado Colombiano de reglamentar y limitar principios sobre el derecho a la consulta consignado en el tratado internacional 169 de la OIT, en especial el artículo 6 en el que se establece la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

La inconstitucionalidad de intentar reglamentar el Convenio 169 de la OIT ratificado mediante ley 21 de 1991 por Colombia radica, en que un tratado internacional no se puede reglamentar por parte de los Estados a través de la promulgación de leyes contrarias a sus disposiciones, ya que sus principios obedecen a acuerdos internacionales, así lo ha reconocido la jurisprudencia

³ Perú reglamentó la consulta previa a través de la ley 29785 de 2011. A raíz del conflicto del parque Tipnis, Bolivia expidió la ley 222 de 2012, a través de la cual convoca y establece procedimiento para proceso de consulta previa con pueblos indígenas del parque nacional Isiboro Sécuré-Tipnis. Entre tanto otros países de la región han reglamentado la consulta previa a través de medidas administrativas, como el decreto 124 de 2009 en Chile. Por su parte Brasil, la primera economía de la región, ha sostenido diálogos con indígenas y quilombolas, con el fin de avanzar en la reglamentación de la consulta previa. Entre tanto, Colombia con intentos previos de reglamentación de la consulta vía decreto 1320 de 1998 y directiva presidencial 01 de 2010, ahora busca hacerlo vía ley estatutaria.

internacional⁴ y la nacional⁵, en especial la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita por Colombia en 1969 y vigente desde 1980, la cual es muy clara respecto a la aplicabilidad directa de la normatividad internacional en materia de la constitucionalidad y convencionalidad de los tratados ratificados por los Estados, el artículo 27 de la Convención de Viena consagra que “... *Una parte (Estado) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado...*”⁶ por lo que Colombia no podrá crear normatividades que desconozcan o limiten los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como Estado para justificar su incumplimiento al tratado.

En consecuencia, no se trata entonces de reglamentar un artículo del Convenio 169 de la OIT, sino de definir cómo se va a llevar a cabo la implementación del mismo, con la participación y el consentimiento de los pueblos étnicos mediante un acuerdo. Por cuanto la consulta previa no es un acto puntual ni un requisito administrativo, sino un mecanismo de diálogo intercultural, encaminado hacia la protección de la integridad cultural de los pueblos étnicos, sería impropio, e incluso contrario al propio Convenio 169 de la OIT, reglamentar un modelo único de consulta puesto que cada pueblo tiene diferentes intereses, formas de relacionarse con su territorio, desarrollo cultural, usos y costumbres, modelos de decisión y participación interna, instituciones, modelos de representatividad y ejercicio de gobierno.

Antecedentes del Ejecutivo respecto al derecho a la consulta previa.

El presente apartado, hará referencia a algunos conceptos, y actos administrativos desde el ejecutivo respecto al derecho a la consulta previa.

Distintos gobiernos han insistido en la reglamentación del derecho a la consulta previa mediante medidas administrativas y legislativas, todas ellas de forma inconsulta con los grupos étnicos, ejemplo de ello ha sido la aprobación del **decreto 1320 de 1998**, normatividad que reglamenta la consulta previa de comunidades indígenas y negras para la extracción de los recursos naturales. Sin embargo, la Corte Constitucional ha ordenado inaplicarlo, por considerarlo contrario a la constitución⁷ y al Convenio 169 de la OIT⁸ sobre todo en aspectos

⁴ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Serie C No 154, párrafo 123.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. Varios ponentes, consideración jurídica No. 4.

⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de Los Tratados. Disponible en URL: www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html

⁷ Ver Corte Constitucional, sentencias, C891 de 2002, SU 383 de 2003, T-880 de 2006, C-030 de 2008, C-461 de 2008, C 175- 09, T-154 de 2009, C-615 de 2009, T-769- de 2010 y T-129 de 2011.

procedimentales (Sentencia Sentencia T-652 de 1998, Sentencia T-745 de 2010, entre otras). Este decreto por ejemplo, establece que el proceso de exploración y prospección de minerales por parte del Estado Colombiano en los territorios indígenas no requiere proceso de estudio de impacto ambiental y mucho menos de proceso de consulta, lo cual fue declarado inconstitucional en la sentencia T-769-09.

Más de diez años después, surgió otro intento de reglamentar la consulta de medidas administrativas, que plantea aún mayores restricciones que el decreto 1320: la **directiva presidencial 01 de 2010** emitida por el presidente de turno Álvaro Uribe Vélez. Esta normativa establece mecanismos para el desarrollo del proceso de la consulta previa, y en este marco pretende que exista un único modelo de consulta para todos los pueblos étnicos. Adicionalmente desconoce el derecho de los pueblos al consentimiento previo libre e informado y a oponerse al desarrollo de proyectos que afecten su vida, su integridad cultural y territorial. De este modo, desconoce la aplicación de los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que ordena la aplicación del consentimiento previo libre e informado como una condición en el desarrollo de las consultas previas.

Cabe anotar que Colombia aceptó la competencia de la CIDH desde el 21 de junio de 1985 cuando suscribió la Declaración Americana de la OEA, desde entonces los fallos emitidos por la Corte Interamericana y su jurisprudencia se reconocen como obligatorios y de pleno derecho para el Estado Colombiano.

Igualmente, el Ministerio del Interior y de Justicia ha emitido diferentes conceptos y actos administrativos que limitan la interpretación del derecho a la consulta, en contravía de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Interamericana, entre ellos se destacan:

a) El concepto respecto a consultiva nacional del 28 de octubre de 2011, que plantea extender el periodo de la consultiva de alto nivel y consultivas departamentales de comunidades negras, como contrapropuesta a las justas reclamaciones que hicieron las organizaciones y consejos comunitarios afro colombianos ante la poca legitimidad de los representantes de los pueblos afro colombianos en dichos espacios. Este concepto desconoció completamente el reclamo del derecho a la participación; y a la consulta previa de los pueblos afro colombianos y el derecho a elegir su delegados representativos. Posteriormente, el Ministerio del Interior expidió una resolución de una nueva consultiva de carácter transitorio (Resolución 0121 de 2012) pero no estableció el periodo de dicha transitoriedad. De manera que estas medidas se han convertido en obstáculo para el acceso a la participación de las comunidades afro colombianas

⁸ El Comité de Expertos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, en la guía de aplicación del Convenio 169, señaló que “la expedición del decreto número 1320 sin consulta previa no fue compatible con el Convenio”

y sus organizaciones legítimas, además de una forma de evasión de sus reclamos históricos.

b) El concepto emitido el 18 de Abril del presente año por el Ministerio del Interior, respecto consulta de planes de desarrollo, en el cual se advierte que la consulta previa procede siempre y cuando exista una afectación directa a dichas etnias, en razón de proyectos, programas o presupuestos, pretende desconocer las afectaciones a la cultura que puede tener un pueblo con ocasión del desarrollo de una medida, catalogándola como una afectación de carácter indirecta y no consultable, este concepto ordena también que únicamente se deben consultar proyecto(s), programa(s) o presupuesto(s) que afecten directa y específicamente a los grupos étnicos y no la totalidad del plan, tal como sucedió con la consulta del plan de desarrollo del gobierno Santos, que si bien, derivó en acuerdos importantes entre gobierno y pueblos indígenas, no sometió a consulta las llamadas locomotoras del desarrollo, entre ellas la minera, que implica sin duda una afectación a pueblos indígenas y afrocolombianos, porque consideró que estos proyectos eran de carácter general y no afectaban a los grupos étnicos.

Este concepto desconoce el propio convenio 169 de la OIT, ya que su artículo 6 establece que se debe consultar cualquier medida que afecte a los pueblos, es decir, aquello que afecta, para bien o para mal “a sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual, los territorios que ocupan y ancestralmente han habitado o utilizan de alguna manera, a su propio desarrollo económico, social y cultural (Artículo 7 inciso 1 del Convenio 169-OIT). Quien determina que le afecta o no, es cada pueblo en razón de la diversidad cultural reconocida constitucionalmente.

c) El concepto emitido por el Ministerio del Interior, el pasado 26 de Julio, respecto al censo nacional agropecuario, en el cual señala que este no requiere consulta previa, ya que no implica una afectación directa, puesto que la política general ya fue consultada en el plan nacional de desarrollo. Respecto a ello cabe anotar que según el DANE, el censo nacional agropecuario tiene por objetivo "Proporcionar información estadística estratégica, geo referenciada y actualizada del sector agropecuario, acuícola, pesquero, forestal y de aspectos ambientales, con el fin de estructurar el Sistema Estadístico Agropecuario, base para la formulación, seguimiento y evaluación de las políticas y el desarrollo rural Colombiano". Es claro que las políticas para el desarrollo rural afectan a los grupos étnicos, y por ello requieren consulta previa, frente a lo cual ya se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia C 175 de 2009 que declaro inexecutable el estatuto de desarrollo rural. Si bien, es indudable la existencia de una afectación, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior emitió un concepto que va en detrimento de los derechos de los pueblos étnicos.

d) La resolución 0121 de 2012. La cual define un espacio transitorio de representación de comunidades negras, afro colombianas, raízales y palanqueras, sin embargo no establece el término de la transitoriedad, restringe el espacio sólo para las comunidades afro colombianas que cuentan con títulos colectivos y por

esta vía excluye a las comunidades afro colombianas rurales que no poseen títulos y a una mayoría de afro colombianos que viven en las ciudades. La presencia afro colombiana en las ciudades responde a la ocupación ancestral de ciertos territorios (como la Boquilla en Cartagena o Bajamar en Buenaventura por ejemplo), a la migración en búsqueda de oportunidades, y al desplazamiento forzado. A pesar de ser una medida que afecta al pueblo afro colombiano, esta resolución no fue consultada y sienta un mal precedente, ya que de entrada implica la exclusión de organizaciones de afrocolombianos en las ciudades y de consejos comunitarios sin título colectivo, quienes no podrían participar en la consulta de una ley de consulta previa.

Análisis del borrador de proyecto de ley estatutaria de Consulta Previa a través del cual el gobierno nacional pretende reglamentar el derecho a la consulta previa

Los antecedentes del ejecutivo, mencionados en el acápite anterior, se ven reflejados en el buena parte del borrador de proyecto de ley estatutaria de consulta previa publicado en el diario El Tiempo, lo cual se abordará en el siguiente apartado del texto. A continuación, se presentará . un breve análisis de algunos elementos del articulado del gobierno nacional en su versión del 25 de junio del presente año, en contraste con el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, y la Corte Constitucional Colombiana.

CONCEPTO, OBJETO Y ALCANCES

De entrada, el concepto contenido en el borrador del proyecto de ley de consulta previa, restringe este derecho fundamental, y por esta vía limita el ejercicio de otros derechos fundamentales y colectivos de los pueblos étnicos. El texto establece que la consulta previa es “*Es el derecho fundamental en virtud del cual, toda medida legislativa, administrativa, obra, proyecto o actividad que pretenda realizarse y afecte de manera directa y específica la integridad étnica de los sujetos colectivos a que se refiere esta ley, debe ser consultada previamente con estos* (subrayado nuestro)”, esta definición desconoce la interrelación de la consulta previa con otros derechos, y su sentido como mecanismo orientado a preservar la integridad étnica y cultural de los pueblos. Al establecer que la consulta previa opera siempre y cuando las medidas afecten directa y específicamente a los pueblos étnicos, deja la interpretación al arbitrio de la institucionalidad y desconoce la obligación de consultar con aquellos pueblos étnicos aquellas medidas legislativas y administrativas que de manera indirecta afectan la cultura y el goce efectivo de los derechos territoriales y ambientales.

En cuanto al alcance de la consulta previa, el documento estipula que *“El fin de la consulta previa es alcanzar la concertación con los sujetos colectivos a que se refiere esta ley, en relación con las medidas que directa y específicamente afectan sus intereses, sin que ello implique la obligación de obtener dicho acuerdo, ni un derecho al veto por parte de dichos sujetos (subrayado nuestro)”*, en contravía de lo que establece el numeral 6 del Convenio 169 que determina que la finalidad de la consulta es *“llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (subrayado nuestro)”*, de manera que contraviene claramente lo dispuesto por el convenio.

De acuerdo con las instancias del Sistema Interamericano, 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 al contenido básico de dichos derechos*⁹, no obstante, el documento del gobierno, omite los deberes del Estado con los Pueblos étnicos y restringe el consentimiento a dos casos, en los cuales sería obligatorio:

1. Cuando la iniciativa legislativa o administrativa o la OPA implique la pérdida de sus tierras tradicionales o legalmente reconocidas, el desalojo, la migración o el agotamiento de recursos necesarios para su subsistencia física y cultural.
2. Cuando la iniciativa legislativa o administrativa o la OPA envuelva la destrucción o contaminación del ambiente tradicional que genere un alto impacto social y cultural que ponga en riesgo su existencia.

Entre tanto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya interpretación es vinculante para Colombia, en la Sentencia Saramaka vs Surinam, determinó que *cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de los grupos étnicos, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones*¹⁰.

Posteriormente, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T 601 de 2011, estableció que *“Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. La comunidad podrá determinar la alternativa menos lesiva en caso de que la intervención represente un alto impacto social, cultural, que conlleve a poner en riesgo su existencia. En todo caso en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para el pueblo indígena y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría su*

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2009. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Pag 126 Numeral 333

¹⁰ Corte IDH, Caso Saramaka Vs Surinam. 2007

aniquilamiento o desaparecimiento, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades indígenas, bajo el principio de interpretación pro homine”¹¹

Es así como desde su definición, alcance y objeto, el proyecto de ley de consulta previa limita el derecho, y lo restringe a un trámite formal, ya que la consulta no es vinculante. De manera que sería suficiente con la socialización de una medida legislativa o administrativa, y la evaluación de impactos, ya que según el texto, no es obligatorio obtener un acuerdo, y el consentimiento aplica sólo en dos casos específicos.

PRINCIPIOS, DEFINICIONES

El texto de proyecto de ley menciona una serie de principios, pero no define cada uno de estos, lo cual se presta para interpretaciones arbitrarias de la norma. Así mismo, establece como principio de la consulta “la gratuidad”, que puede interpretarse como una negación del Estado de contemplar en su presupuesto rubros como pago de personal técnico que asesore a las comunidades en la realización de las consultas. Ello no posibilitaría que los grupos étnicos cuenten con personal independiente e idóneo de su confianza que les asesore sobre los riesgos de las iniciativas, lo cual viola el principio de una consulta informada, de buena fe y libre.

Posteriormente, el borrador de proyecto de ley establece una serie de definiciones. En ese orden de ideas define afectación directa y afectación específica. De manera que será el Estado quien establezca qué medidas deben ser consultadas, en razón de lo que a su criterio considere medidas de afectación directa y específica.

En ese sentido, determina que una afectación es directa cuando un proyecto o una medida legislativa generen una alteración de su estatus, o cuando se presenta una intromisión intolerable en sus dinámicas, sociales y culturales. El borrador de ley no define que se entiende por estatus, ni intromisión intolerable, tampoco establece los límites de la consulta de medidas legislativas o administrativas que afectan otros derechos fundamentales de los grupos étnicos así como derechos ambientales y colectivos. En materia ambiental, no se establecen límites a la acción de las empresas, en aras de preservar la integridad cultural de los pueblos, y en esa medida se pretende validar por medio de la consulta previa, el saqueo de territorios biodiversos que tienen una protección especial por la Constitución y los tratados internacionales y que son recursos de los cuales dependen los grupos étnicos en sus territorios para su supervivencia física y cultural por tanto deben ser protegidos mas allá de los intereses económicos que existan sobre estos.

11 Corte Constitucional. Sentencia T 601 de 2011.MP Jorge Iván Palacio. 10 de Agosto de 2011.

De igual manera, el texto plantea otras definiciones que contravienen los tratados internacionales, el orden jurídico nacional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Consejos Comunitarios de Negros con Territorio Colectivo. Sujetos colectivos negros que guardan una relación ancestral con el territorio, tienen vida comunitaria propia con mecanismos de gobierno autónomo, poseen identidad cultural e histórica claramente diferenciada en sus usos y costumbres **y poseen títulos colectivos de tierras adjudicados por el INCODER o la entidad que haga sus veces** (subrayado nuestro).

Kumpania: Es el conjunto de grupos familiares configurados en línea descendente directa del padre, que a partir de alianzas de diverso orden optan por compartir espacios para vivir de manera grupal en centros urbanos o moverse grupalmente.

Sujeto Colectivo Indígena: entiéndase como sujeto colectivo la parcialidad indígena o conjunto de familias de ascendencia amerindia que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que las distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes (Subrayado nuestro).

Posteriormente define sujeto colectivo indígena en aislamiento, sujeto colectivo, raizal, sujeto colectivo palenquero, sujeto colectivo Rom, territorio de comunidades negras, territorio indígena y sitio sagrado.

Estas definiciones reflejan violación del derecho a la igualdad de las comunidades negras. Mientras condiciona la definición de “consejos comunitarios de negros” a la tenencia de título colectivo adjudicado por Incoder (antes Incora), en el caso indígena señala que la tenencia de títulos de propiedad o su acreditación legal no es condición para definir el sujeto colectivo indígena. Aunque es claro que las comunidades negras, son sujetos colectivos de derechos, independientemente de que hayan obtenido o no títulos de propiedad de sus territorios, el borrador de proyecto de ley no lo asume así, y ello representa un grave retroceso en materia de reconocimiento y garantía de derechos de pueblos étnicos. Lo anterior implica que comunidades negras que no tienen título colectivo o viven en áreas urbanas, no son titulares del derecho a la consulta previa, lo que es una clara violación al Convenio 169 de la OIT ya que el derecho a la consulta que tienen los grupos étnicos no puede limitarse con base en la titularidad de sus territorios.

Respecto a los derechos territoriales de los pueblos étnicos (indígenas y tribales, según el Convenio 169), el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha determinado que *“el fundamento de la propiedad territorial es el uso y ocupación históricos que han dado lugar a sistemas consuetudinarios, de tenencia de la tierra, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, existen aún sin actos estatales que los precisen, o sin título formal de propiedad”*¹². Es pertinente

¹² IBID, pg 29 Numeral 69.

señalar que en materia de reconocimiento de derechos territoriales de comunidades negras, el Estado no ha cumplido con su deber, toda vez que algunos consejos comunitarios que han presentado solicitud de titulación han esperado por más de 10 años que Incoder (antes Incora), les confiera un título formal de propiedad.

En este sentido, la Corte Constitucional, en su sentencia T-909 de 2009¹³, señala que: *“Debe asegurarse el respeto por la cultura y valores espirituales de las Comunidades Afro descendientes y ha de resaltarse la importancia que adquiere el nexo de tales valores culturales con el territorio. En ese orden, ha de reconocerse y protegerse de modo efectivo el derecho de propiedad y posesión de los territorios ancestrales y ha de someterse a consulta previa y, en dado caso, a indemnización por perjuicios causados con ocasión del desarrollo de proyectos de explotación de recursos naturales que se adelanten en los territorios de estas Comunidades. Finalmente, debe garantizarse que únicamente se procederá a trasladar y a reubicar a las Comunidades Afro descendientes en casos imperiosos siempre y cuando medie el consentimiento manifestado de manera libre y con pleno conocimiento de causa por parte de sus integrantes subrayado nuestro).”*

El borrador de ley estatutaria incurre de este modo en prácticas discriminatorias y segregadoras, ya que reconoce el derecho a la consulta en las áreas urbanas por razones de afectaciones a la cultura al pueblo Rom o gitano, pero desconoce el derecho a la consulta en áreas urbanas del pueblo afro colombiano. Lo cual es una clara muestra de que existe la intencionalidad de restringir al máximo el derecho a los pueblos étnicos a ser consultados mediante una interpretación sesgada.

De igual modo, el proyecto de ley desconoce afectaciones que han puesto en riesgo el ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos étnicos, de esta manera no contempla garantías reales para quienes han sido víctimas de desplazamiento forzado y que pese a un vínculo estrecho con su territorio, se han visto obligados a permanecer en las ciudades. De esta manera, a la vulneración de sus derechos en condición de víctimas, se les priva de la posibilidad de defender su cultura y su territorio en el marco de las consultas previas.

El concepto de territorio sagrado de los grupos étnicos, también se pretende limitar al reconocimiento de unas prácticas culturales de carácter religioso, espiritual, sagrado o ritual indígena, que en las definiciones del texto figura como “sitio sagrado,” lo cual desconoce que el territorio tiene diferentes concepciones para cada pueblo, para muchos inclusive es todo el territorio y las áreas de protección de fauna y flora lo que puede constituirse como sitio sagrado. De igual modo, al referirse únicamente a prácticas de pueblos indígenas, el borrador de proyecto de

¹³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 909 de 2009. M.P.: Mauricio González Cuervo, Bogotá D.C., diciembre 7 de 2009.

ley ignora las prácticas religiosas, espirituales, sagradas y rituales de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

Asimismo, el borrador de proyecto de ley plantea que el procedimiento de identificación de estos territorios se pretende realizar mediante el “Registro Único Nacional Étnico (RUNE), para lo cual el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) realizará el respectivo estudio sobre la sacralidad ancestral de los mismos”. De este modo, la norma desconoce el derecho a la autonomía de los pueblos étnicos en sus territorios y pretende restringir la interpretación cultural que tengan comunidades sobre sus territorios sagrados, para limitar áreas y establecer claramente los territorios donde pueden proyectar proyectos de extracción de recursos naturales. Esta pretensión del ejecutivo, responde a que en diversas ocasiones, pueblos indígenas se han opuesto a megaproyectos, obras o actividades en sus territorios debido a que éstas pretenden realizarse en lugares sagrados, tal como ocurrió en el resguardo de Urada Jiguamiando ubicado en límites de Antioquia y Choco donde el pueblo Embera se opuso a la explotación de minería de metales en su territorio, por considerar que esta actividad afectaba sus cerros sagrados en especial el del Jaikatuma.

PARTICIPANTES DE LA CONSULTA PREVIA

Las anteriores definiciones, determinan los sujetos de consulta previa, que según el texto (artículo 6) son:

1. Sujetos colectivos indígenas
2. Sujetos colectivos negros con títulos colectivos de tierras
3. Sujetos colectivos raizales
4. Sujetos colectivos palenqueros
5. Sujetos colectivos Rom o gitano

En consecuencia, la medida pretende excluir a la mayoría de afro colombianos del país: comunidades negras sin título colectivo, y afro colombianos en las ciudades, lo cual tiene un antecedente claro: la resolución 0121 de 2012, referenciada al inicio del presente documento. Ello evidencia que es fundamental reconocer la territorialidad ancestral afrocolombiana en las ciudades.. De este modo, el texto desconoce el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras sobre sus territorios ancestrales, es decir que aquellas medidas que afecten estos territorios de ocupación tradicionales no titulados, quedaran por fuera de los procesos de consulta del Estado. La medida es en resumen, una grave contravención a los tratados internacionales, la Constitución colombiana, la ley 70 de 1993, y las normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre ellas el auto 005 de 2009 donde se ordena el reconocimiento a la propiedad ancestral de sus territorios colectivos de las comunidades afro colombianas.

Seguidamente, el artículo 7 del texto del gobierno establece que los intervinientes en la consulta previa son:

1. El Ministerio del Interior, como coordinador y rector de la consulta previa.
2. Las entidades públicas responsables del asunto que deba ser sometido a consulta.
3. Los Sujetos colectivos establecidos en el artículo anterior
4. Las Personas Jurídicas o naturales responsables de obras, proyectos o actividades que requieran consulta previa.

Además de Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y las demás entidades del Estado. En este artículo, el borrador de proyecto de ley, prohíbe que los grupos étnicos condicionen su participación en los procesos de consulta. Es decir que no podrán pedir al Estado que cumpla con sus obligaciones en materia de garantía de derechos

De este modo, el texto borrador, ignora las asimetrías de los pueblos étnicos en las consultas previas, las cuales se reflejan en los altos índices de analfabetismo, mortandad, enfermedades prevenibles, necesidades básicas insatisfechas, y en general barreras para el goce efectivo de derechos. Según el Cuaderno Del informe de Desarrollo Humano Colombia 2011: Pueblos Indígenas, diálogo entre culturas, *“el 63% de la población indígena está sumergida en una pobreza estructural, en tanto esta afecta a cerca del 54% de los Colombianos, y el 47.6% de indígenas, se sitúa por debajo de la línea de miseria, indicadores altos con respecto al resto de los habitantes del país”*. Este informe muestra además cifras y realidades que revelan la amplia brecha entre el reconocimiento formal de derechos de los pueblos indígenas y el goce efectivo de los mismos. Igualmente, el Informe Los Afrocolombianos Frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, señala que *“en Chocó la pobreza llega a ser del 70,5% casi el doble que el promedio nacional, en pobreza extrema el 41%, 2,5 veces que la de Colombia que es del 16,45”* y que *“en cuanto a la pobreza extrema medida por ingresos, Chocó y Cauca departamentos con significativa población afro, muestran aumentos de 8 y 9 puntos entre 2002 y 2009”*¹⁴.

En consecuencia, al prohibir a las comunidades condicionar los procesos de consulta, desconoce el impacto desproporcionado del conflicto armado y el desplazamiento forzado sobre los pueblos étnicos, tal como lo ha constatado la Corte Constitucional en diferentes autos, en el marco del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004. Este impacto sobre los pueblos étnicos ha derivado en riesgos para la pervivencia física y cultural de los mismos, y ha coartado el ejercicio de sus derechos fundamentales y colectivos, De manera que una comunidad, debería condicionar una consulta previa, hasta tanto haya cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional (autos 004, 005, 382, 174, 045, 173, entre otros) u otras medidas de protección, por parte del Sistema

¹⁴ PNUD. 2011. Los Afrocolombianos Frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Resumen del Informe. Bogotá.

Interamericano de Derechos Humanos, el Estado garantice derechos de estas comunidades en sus territorios, y de quienes permanecen en las ciudades víctimas del desplazamiento forzado. En ese sentido, el condicionar la consulta previa, a una serie de garantías que mitiguen o traten de nivelar un poco las asimetrías existentes debería ser un derecho de los pueblos étnicos.

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS

La norma pretende crear una *Asamblea de Consulta Previa*, como una única instancia de consulta previa sobre las disposiciones específicas de medidas legislativas susceptibles de afectar a los pueblos étnicos que revise y consulte: a) *Actos legislativos de reforma a la Constitución*, b) *Leyes estatutarias*, c) *Leyes orgánicas*, d) *Leyes marco*, e) *Leyes ordinarias*, f) *Leyes aprobatorias de tratados internacionales bilaterales* y c) *Decretos del orden nacional*. El reconocimiento de la consulta de estas normatividades en la propuesta de ley es un logro importante, sin embargo la consulta de estas medidas legislativas estarán sujetas a la interpretación que pueda hacer el Estado de la afectación, a lo cual se suma que el articulado excluye otro tipo de normas que afectan a los pueblos étnicos.

Respecto a la Asamblea de Consulta Previa

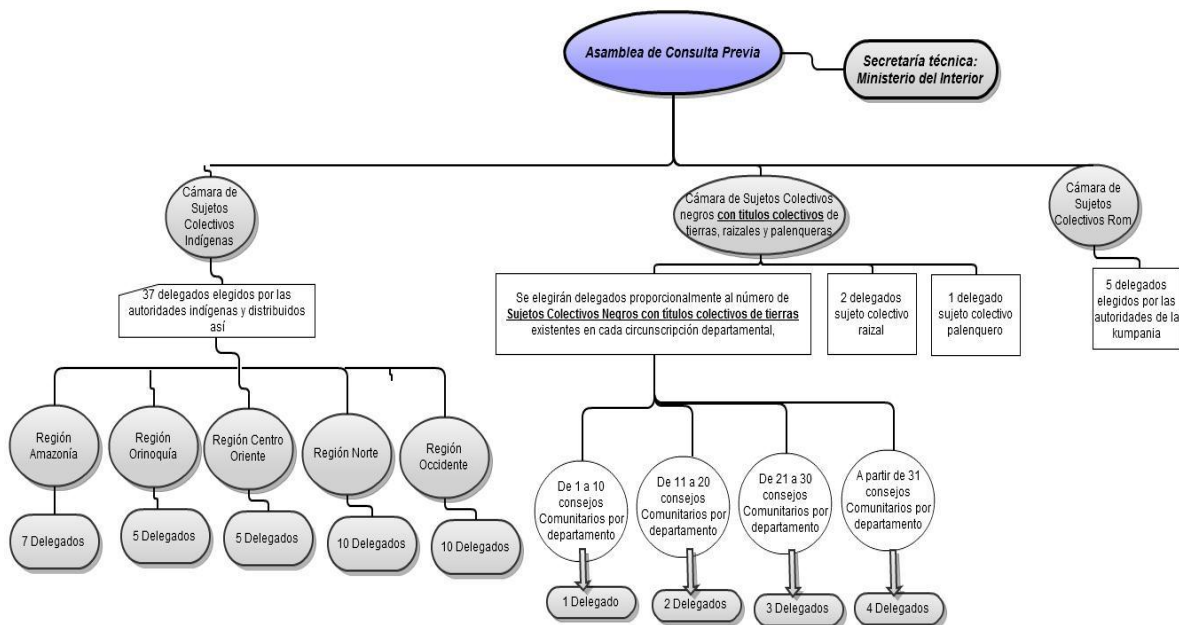
El Ministerio del Interior sería el que encargado de convocar a la Asamblea de Consulta Previa, una vez conformada, con el fin de que ésta expida su reglamento interno en un plazo no mayor de tres (3) meses, contados a partir de su instalación inicial. En caso de que la Asamblea no expida el reglamento en el término indicado, el Ministerio del Interior lo adoptará provisionalmente. En este sentido la norma procura suplantar la representatividad de los pueblos étnicos, en caso de que las organizaciones no llegaren a acuerdos con el gobierno nacional.

La creación de la asamblea como ÚNICA instancia de consulta previa de medidas legislativas, viola el Convenio 169 de la OIT, el cual establece que la consulta debe surtirse con la participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y tribales. Y aún en el caso en el que los grupos étnicos avalarán la existencia de una asamblea creada por ley, esta sería instancia de concertación, más no única instancia de consulta.

En ese orden de ideas, el escenario de *concertación* de medidas legislativas, como lo ha sido hasta ahora la mesa permanente de concertación de pueblos indígenas (creada por el decreto 1396 de 1996), en ningún caso puede sustituir los escenarios legítimos de consulta, que deben tener lugar en los diferentes territorios y convocar a los diferentes pueblos y comunidades étnicas a través de sus autoridades y organizaciones representativas. A ello se agrega que no se puede imponer la participación de los grupos étnicos desde el concepto de la participación representativa, ya que los delegados de los grupos étnicos a las mesas de concertación con el Estado tienen límites en la toma de decisiones que puedan afectar el intereses general de los grupos étnicos y no sustituyen un

escenario de consulta con autoridades espirituales y políticas en sus territorios. Así las cosas, el gobierno no pretende realizar consulta con los pueblos sino con pequeñas minorías de delegatarios, excluyendo a las comunidades y desconociendo que en los grupos étnicos no son unos cuantos delegados quienes toman las decisiones, ya que deben ser las bases de las comunidades las que determinan los mandatos de sus gobiernos, como cuerpos colectivos.

En lo atinente a la conformación de la asamblea, el borrador de proyecto de ley de consulta previa, establece que la asamblea será integrada por tres cámaras una para “sujetos colectivos indígenas”, otra para “sujetos colectivos negros, raizales y palenqueros”, y una última para sujetos colectivos Rom, con delegados para cada una de estas cámaras tal como se muestra en el siguiente esquema:



La composición de esta asamblea refleja el trato discriminatorio hacia los sujetos colectivos negros a los cuales hace referencia el borrador de proyecto de ley, por cuanto sólo podrán ser delegados quienes cuenten con territorios titulados, lo cual no es requisito para delegados indígenas. Así mismo, establece inequidades entre departamentos, ya que tendrían más delegados los departamentos que cuenten con más títulos colectivos, y los departamentos con pocos títulos colectivos tendrán una reducida participación en la asamblea. Bajo este esquema, departamentos de la Costa Norte del país, en los cuales es evidente la ocupación ancestral de afro descendientes, aunque no tengan títulos colectivos, quedarían rezagados de los escenarios nacionales de concertación y toma de decisiones.

En cuanto a la situación de derecho al territorio de pueblos étnicos, un informe realizado por la Comisión Colombiana de Juristas, refiere los precarios avances en la titulación de territorios colectivos de comunidades negras, y en tal sentido

afirma que “Los procesos de titulación de territorios a las comunidades afro descendientes presentaron una marcada disminución entre 2001 y 2010. En este último año, el Proyecto de Protección de Tierras y patrimonio de la Población Desplazada –PPTP-, daba cuenta de la existencia 159 territorios colectivos por una extensión de 5.427.925 has., localizados en los departamentos de la región pacífica (Antioquia, Chocó, Valle, Cauca, Risaralda y Nariño). Además, el PPTP ha llamado la atención sobre el notorio atraso en la titulación de territorios colectivos de comunidades negras en los valles interandinos de Antioquia y Valle del Cauca, y la región Caribe”¹⁵

Medidas objeto de consulta

El documento, establece medidas legislativas a consultar y aquellas que no deben someterse a consulta delimitándolas así:

MEDIDAS A CONSULTAR	MEDIDAS QUE NO SERAN OBJETO DE CONSULTA PREVIA
<p><i>Actos legislativos de reforma a la Constitución,</i></p> <p><i>Leyes estatutarias,</i></p> <p><i>Leyes orgánicas,</i></p> <p><i>Leyes marco,</i></p> <p><i>Leyes ordinarias,</i></p> <p><i>Leyes aprobatorias de tratados internacionales bilaterales</i></p> <p><i>Decretos del orden nacional.</i></p>	<p><i>los Tratados internacionales multilaterales de adhesión,</i></p> <p><i>Decretos de estados de excepción,</i></p> <p><i>Leyes que conceden facultades extraordinarias,</i></p> <p><i>Iniciativas populares legislativas y normativas,</i></p> <p><i>Medidas destinadas a garantizar el orden público</i></p> <p><i>El Plan Nacional de Desarrollo salvo aquellas materias destinadas directa y específicamente a los Sujetos Colectivos.</i></p>

Sin duda alguna, todos los casos en los cuales el gobierno estipulo que no se realizaran consultas, son las mismas vías que el Estado pretende utilizar para adelantar y evitar los procesos de participación de los grupos étnicos, en las medidas que les afectan. Es así como a través de estas restricciones pretende tomar decisiones ágiles que favorecen intereses económicos de las empresas. Un ejemplo de ello tiene que ver con la aprobación de la UPOV 91 (Convenio de

¹⁵ COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS. 2011. Informe sobre la situación del derecho al territorio de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en Colombia. Pg 46

Unidad de Obtentores Vegetales) que es un tratado multilateral, ratificado recientemente por Colombia, a través de la ley 1518 de 2012. La aprobación del UPOV 91 por parte del Congreso de la república, obedeció a las condiciones de Estados Unidos para la entrada en vigencia del TLC con nuestro país. Este tratado agrede de manera directa los derechos de los pueblos étnicos a los recursos genéticos y al acceso a la alimentación, ya que otorga permiso a empresas para apropiarse del recurso genético de las semillas, un patrimonio cuidado y mejorado por los pueblos étnicos. Sin embargo, esta normatividad nunca fue consultada en el país, a pesar de que implica una grave afectación a los derechos de los pueblos étnicos, por cuanto permite la privatización y monopolio de semillas por parte de empresas trasnacionales.

Igualmente, respecto al plan nacional de desarrollo, el borrador de proyecto de ley, señala que éste no será consultado con los pueblos étnicos, salvo las materias destinadas directa y específicamente a los Sujetos Colectivos. De manera que tal como sucedió en el plan de desarrollo “Prosperidad para Todos”, medidas como la locomotora legislativa y agro, que afectan a los pueblos étnicos no fueron consultadas, y se limitó acapítulos específicos para grupos étnicos, sin que ello afectara la integralidad del plan.

El articulado también excluye las iniciativas populares legislativas y normativas, las cuales sí deben ser consultadas con los pueblos, ya que es deber del Estado presentar información previa y adecuada, y ésta sumada al principio de buena fé implica que se presenten todas las propuestas de ley independientemente de donde provengan.

FASES Y PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS

El proyecto de ley, desconoce el principio de una consulta culturalmente adecuada, pues pretende imponer un modelo único para todos los pueblos al estandarizar tiempos y procedimientos de consulta, los cuales, son imposibles de cumplir para los grupos étnicos. En ese sentido no respeta las dinámicas, tiempos, y métodos tradicionales de los pueblos para la toma de decisiones.

Ahora bien, el gobierno nacional señala que la *Asamblea de Consulta Previa sesionará ordinariamente durante un (1) mes de manera previa al inicio del periodo legislativo en que pretendan presentarse las iniciativas legislativas y, de manera extraordinaria, cuando por circunstancias excepcionales deba avocar un nuevo tema*. Lo cual desconoce el derecho de los pueblos a la información suficiente y comprensible, a la consulta libre, según sus usos y costumbres, desde sus espacios comunitarios y representativos. Igualmente, el documento establece que *“la solicitud de consulta de las iniciativas normativas susceptible de afectar directamente a los grupos étnicos deberá radicarse ante la Secretaria Técnica de la Asamblea de Consulta Previa, mínimo (5) días antes de que se inicie estas sesiones ordinarias y extraordinarias, y que “dentro de los (5) días*

hábiles siguientes a la radicación de la iniciativa, la Secretaria Técnica (Ministerio del Interior) enviará a los integrantes de la Asamblea de Consulta Previa el texto definitivo de la iniciativa objeto de consulta, para su estudio y conocimiento; así mismo, mediante comunicación oficial, convocará la sesión ordinaria para el primer día hábil del mes de mayo o noviembre, según corresponda”

Es así como el texto no establece límites temporales para el gobierno nacional o el legislativo, para que presenten la medida en un plazo razonable, y que los delegados de pueblos étnicos puedan comprender sus alcances y efectos, pero si establece tiempos límite para que los pueblos étnicos a través de la asamblea de consulta previa, aprueben las medidas legislativas de manera apresurada. De este modo, reduce la consulta a un mero requisito formal, con el agravante de que el procedimiento y los plazos establecidos implican una vulneración de principios de la consulta previa como buena fé, libre, informada, culturalmente adecuada. Es así como este tipo de procedimientos no buscan un acuerdo sino una imposición del gobierno sobre los derechos de los pueblos étnicos.

FASES DE LA CONSULTA PREVIA

El proyecto de ley estatutaria establece las siguientes fases para la consulta previa:

- a. **Presentación del contenido.** En la instalación de la Asamblea de Consulta Previa, los responsables de la iniciativa presentarán el contenido general del texto propuesto y aquellos aspectos que, por generar afectación directa y específica, deben ser consultados.
- b. **Estudio y Concertación de la iniciativa:** La Asamblea estudiará y propondrá las modificaciones correspondientes y, de ser posible, acordará, con los responsables de la iniciativa, el nuevo texto de la misma.
- c. **Respuesta inicial de los pueblos.** En caso de que los delegados de los sujetos colectivos consideren que existen otros aspectos del proyecto que deben ser consultados o incorporados, presentarán sus solicitudes a la Secretaria Técnica en forma escrita, explicando las razones que justifican dicha incorporación. El autor de la iniciativa consultada decidirá sobre dicha solicitud en un plazo máximo de tres (3) días hábiles, a partir del recibo oficial por parte de la secretaria técnica de la asamblea de consulta previa.

Ésta normatividad desconoce la garantía de un proceso previo o pre consultivo, donde las comunidades se puedan informar y preparar para un dialogo con el Estado con garantías de igualdad, además de definir las condiciones de la consulta previa. La importancia de esta etapa pre consultiva, ha sido reiterada por la Corte Constitucional en distintas sentencias (c 461 de 2008 Plan nacional de Desarrollo, C-030 de 2008 Ley Forestal, c 175 de 2009, entre otras). En ese sentido, el Alto Tribunal “*se ha pronunciado sobre las exigencias atribuibles a las*

actividades preparatorias que constituyen el denominado trámite pre consultivo, etapa que necesariamente debe anteceder a la consulta con el propósito de que entre los organismos representativos de las comunidades interesadas y las autoridades encargadas definan previamente, de común acuerdo y con asidero en sus tradiciones, las pautas para la celebración de la consulta. De esta forma se asegura que, efectivamente, todos los elementos y etapas que comprenden la consulta se nutran del principio de democracia participativa y diversidad étnica, toda vez que incluso los criterios para su ejecución gozarán del aporte y contribución de los pueblos afectados¹⁶.

Es así como la omisión de la etapa pre consultiva no es un simple olvido de quienes redactaron la norma, parece tener la intención de que las comunidades no definan los términos y bases de la consulta, y en ese sentido va en contra de los principios de democracia participativa y diversidad cultural a los cuales hace mención la Corte Constitucional. También pretende impedir que se prolonguen los procesos pre consultivo y que en el caso de que los pueblos concluyan que la medida que se pretende consultar no es favorable a sus intereses, eviten oponerse antes del inicio de la fase de consulta.

Como una medida de garantía, muchos pueblos han solicitado la extensión de las etapas pre consultivas y no acceder a la protocolización de la consulta, ya que ésta se entiende realizada a partir de su protocolización. En ese orden de ideas, el gobierno en contravía de la misma jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana que ordena la realización de la etapa previa en los procesos de consulta, busca desconocer esta obligación para obligar a los grupos étnicos a aceptar sin condiciones la consulta y una vez estos grupos accedan, entender surtido los procedimientos consultivos así no se logre un acuerdo.

El borrador de proyecto de ley, no establece que pasará con el texto protocolizado, ya que en el trámite legislativo los acuerdos de los pueblos pueden sufrir serias transformaciones, de manera que el Congreso puede modificar sustancialmente el texto. Sin garantías en el trámite legislativo, y sin el consentimiento previo, libre e informado, la consulta se convierte entonces en un instrumento para legitimar el despojo de tierras en el marco del modelo de desarrollo hegemónico, que ha conllevado acciones que ponen en riesgo la pervivencia cultural y física de los pueblos.

Tal como están planteadas, éstas fases desconocen los derechos de las comunidades de base, por cuanto no tendrían posibilidad de informarse y comprender los alcances de la iniciativa, discutirla y tomar decisiones como pueblos sobre aquellas medidas que les afectan. También limita cualquier posibilidad de equilibrar un poco la correlación de fuerzas y oponerse a las decisiones del Estado Colombiano que impliquen un riesgo para su pervivencia física y cultural.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-745 de 2010. Corregimiento de Pasacaballos y proyecto vial Isla Barú. M.P. Humberto Sierra Porto. 14 de Septiembre de 2010

CONSULTA DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

En cuanto a medidas administrativas, el texto determina que *“Las medidas administrativas de orden departamental que deban someterse a consulta previa deberán ser consultadas con los delegados de la Cámara de la Asamblea de Consulta Previa de la región o departamento correspondiente (subrayado nuestro)”*. En cuanto a medidas administrativas de orden municipal, establece que *“Las medidas administrativas objeto de consulta previa en los distritos o municipios deberán ser consultas con los delegados de los Sujetos Colectivos del artículo 6.º ubicados en la correspondiente jurisdicción y que se encuentren en el RUNE”*

Lo anterior, implica que las medidas administrativas de los entes territoriales, se “consultarán” con un número reducido de personas de los sujetos colectivos indígenas, de comunidades negras, raizales, palenqueras o Rom, quienes tomarán decisiones por todo un pueblo o comunidad. Ello restringe el derecho a la participación y viola los principios del derecho a la consulta previa, además de dar vía a eventuales prebendas que los alcaldes y gobernadores puedan ofrecer a los delegados, para que tomen determinada decisión. A lo cual se suma la pretensión de reducir la consulta previa a una reunión.

El proyecto de menciona únicamente medidas administrativas expedidas por las entidades territoriales de orden departamental y municipal, y elude la mención a medidas administrativas del gobierno nacional. Dicha omisión es bastante preocupante, toda vez que hasta ahora la regulación y restricción del derecho a la consulta previa en el país, ha tenido lugar a través de actos administrativos: El decreto 1320 de 1998 y la directiva presidencial 01 de 2010 son prueba fehaciente de ello. A pesar de que estos actos administrativos tenían por objeto regular el procedimiento de la consulta para la explotación de recursos naturales en los territorios colectivos de comunidades indígenas y afro colombianas, no fueron sometidos a consulta previa.

En cuanto a las medidas administrativas que serán consultadas, el borrador de proyecto de ley establece que:

MEDIDAS QUE SERÁN CONSULTADAS		MEDIDAS QUE NO SERÁN OBJETO DE CONSULTA
MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DEPARTAMENTALES	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ordenanzas departamentales. 2. Decretos emitidos por los gobernadores. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Medidas de carácter general que afecten en igualdad de condiciones a toda la comunidad del departamento. 2. El Plan Departamental de Desarrollo, salvo

		<p>aquellos asuntos que afecten directa y específicamente a los sujetos colectivos del artículo 6º.</p> <p>3. Medidas de emergencia sobre medio ambiente, calamidad pública, salud.</p> <p>4. Planes de Agua</p> <p>5. Planes integrales de Servicios Públicos domiciliarios urbanos y su ejecución.</p> <p>6. Contribuciones Fiscales y Parafiscales</p> <p>7. Medidas Policivas.</p> <p>8. Medidas urgentes en materia de salud, epidemias índices preocupantes de morbilidad, situaciones de desastre, garantías o violación de Derechos Humanos o las actividades de atención humanitaria.</p> <p>9. Medidas destinadas a garantizar el orden público</p>
<p>MEDIDAS ADMINISTRATIVAS MUNICIPALES</p>	<p>1. Acuerdos municipales o distritales.</p> <p>2. Decretos emitidos por los alcaldes.</p>	<p>1. Medidas de carácter general que afecten en igualdad de condiciones a toda la comunidad del municipio o distrito.</p> <p>2. El Plan Municipal de Desarrollo, salvo aquellos asuntos que afecten directa y específicamente a los sujetos colectivos del artículo 6º.</p> <p>3. Medidas de emergencia sobre medio ambiente, calamidad pública,</p>

		<p>salud.</p> <p>4. Planes de Agua</p> <p>5. Planes integrales de Servicios Públicos domiciliarios urbanos</p> <p>6. Contribuciones Fiscales y Parafiscales</p> <p>7. Medidas Policivas.</p> <p>8. Medidas urgentes en materia de salud, epidemias, índices preocupantes de morbilidad, situaciones de desastre, garantías o violación de Derechos Humanos o las actividades de atención humanitaria.</p> <p>9. Medidas destinadas a garantizar el orden público</p> <p>10. Iniciativas surgidas de los propios sujetos colectivos que contemplen lo señalado en el artículo 37 de esta ley.</p>
--	--	--

En consecuencia, niega y desconoce las afectaciones diferenciales sobre los grupos étnicos que puedan derivarse de medidas de carácter general en los Departamentos y Municipios. Si bien, las medidas de emergencia sobre medio ambiente, calamidad pública y salud son decisiones que tienen carácter urgente y no se pueden consultar para intervenir. La atención en situaciones de emergencia si requiere la construcción y consulta de protocolos diferenciales. . En los planes de agua por ejemplo, deben ser consultados cuando este recurso provenga de un territorio de un grupo étnico, ya que todo lo que sucede con el agua implica una afectación directa, porque altera los ecosistemas y su supervivencia. En esta vía, todas las medidas que según el documento, no serían objeto de consulta, podrían ser susceptibles de afectar a los pueblos étnicos y requerirían ser consultados con los mismos.

CONSULTA DE OBRAS, PROYECTOS Y ACTIVIDADES (OPA)

El articulado del gobierno nacional, señala que la convocatoria en los procesos de consulta para la realización de las Obras, Proyectos y Actividades, se hará únicamente a las comunidades que se encuentran registradas en el Ministerio del Interior y éste expedirá un certificado. Lo cual mantiene la potestad del Ministerio

del Interior de certificar la existencia de comunidades. Ello ha conllevado a decisiones arbitrarias, pues algunas comunidades han denunciado que el Ministerio del Interior ha certificado que no hay presencia de pueblos étnicos (para dar vía libre a las OPA evitando el proceso de consulta previa), en territorios donde es evidente que los hay.

La norma estipula que el garante del proceso de consulta es el Ministerio del Interior, al cual le corresponde la coordinación y garantía del debido proceso de la consulta previa para las OPA que deben desarrollarse a nivel nacional, departamental, distrital o municipal e intervendrá en el proceso también la Autoridad Ambiental quien podría participar si fuera el caso en el desarrollo de la consulta previa cuando las Obras, Proyectos o Actividades (OPA) requieran de su autorización. Sin embargo, las organizaciones étnicas también se han referido a la parcialidad de la dirección de consulta previa a favor de las empresas, de manera que un “garante” imparcial en la consulta previa, estaría a favor de concesiones ya otorgadas en los territorios de los pueblos étnicos.

El borrador establece las siguientes fases de consulta previa para aquellas obras, proyectos y actividades (OPA): a) convocatoria, b) Apertura e Instalación, c) Taller de impactos, c) Acta definitiva de la consulta previa.

Así como en la consulta de medidas legislativas, el borrador de proyecto de ley omite la fase de pre consulta, con lo cual pretende desvirtuar el derecho que tienen las comunidades de fijar los modos, garantías, tiempos en el marco de un proceso de consulta, Tampoco garantiza una etapa de formación e información para que las comunidades se preparen, se informen, mantengan espacios de discusión interna y decidan si quieren o no participar de un proceso de consulta para el desarrollo de una obra, proyecto o actividad. El no reconocimiento de la etapa previa, busca que pueblos étnicos acepten la consulta previa sin reparos y serán entonces el gobierno nacional y las empresas quienes impongan las condiciones.

El proyecto de ley pretende que sea el Ministerio del Interior quien se encargue de informar a la comunidad y describir la Obra, proyecto o Actividad, sin la intervención de las organizaciones étnicas. Esta situación ha sido motivo de preocupación de, ya que denuncian que los funcionarios del Ministerio del Interior están parcializados hacia los intereses de las empresas, no proveen información completa, verídica y comprensible, no velan por la protección de los derechos étnicos territoriales y no tienen claro los límites de la actividad económica.

Dentro de las Obras, proyectos y actividades que el gobierno nacional consideró que no deben ser consultadas, persiste la omisión de las operaciones militares desarrolladas en los territorios de los grupos étnicos, los proyectos relacionados con el derecho de abastecimiento de agua para consumo humano y el saneamiento básico. Los proyectos de investigación científica o académica, *cuando la formulación, diseño y ejecución de estos*

proyectos no contemplen o posean potencial, por su ejecución o publicación, beneficios monetarios, cuando no estén relacionados con recursos naturales, Los programas y operaciones de erradicación y sustitución de cultivos ilícitos, entre otros, Las anteriores medidas,, implica sin duda afectación para los pueblos étnicos, y por ello requiere ser consultadas para la construcción de un tratamiento de estos servicios estatales con enfoque diferencial, lo cual no tendrá sentido si no participan las comunidades. El gobierno nacional no puede obviar los avances jurisprudenciales sobre las reglas para la intervención de las operaciones militares en los territorios étnicos, debe consultar necesariamente estos procedimientos porque pone en riesgo la vida de aquellos pueblos que se encuentran en medio del conflicto armado. En este sentido, la Corte ha estipulado que “Se ordenará en principio al Ministro de Defensa Nacional, las razones por las cuales las comunidades aborígenes de la región, no perciben el ingreso de la Fuerza Pública en sus territorios como garantía de seguridad. La Corte Constitucional ha sido clara en señalar que, independientemente de que el impacto directo sobre las comunidades se considere positivo o negativo, cualquier acción que pueda afectarles directamente, debe ser consultada”¹⁷

Tampoco puede el Estado desconocer que cualquier medida para el desarrollo de obras de saneamiento básico u otras que pretendan realizarse en territorios étnicos, deben ser consultada por la simple y sencilla razón de que son las comunidades quienes conocen su territorio, y deben participar en este tipo de decisiones. En cuanto a las investigaciones científicas o académicas, así éstas no contemplen un potencial de beneficios monetarios, requieren ser consultadas por que pretenden indagar la intimidad colectiva, el patrimonio cultural y el conocimiento tradicional. Y aunque no tengan en primera instancia interés monetario en principio, los hallazgos de una investigación pueden derivar en ello más adelante. Finalmente, en cuanto a la sustitución y erradicación de cultivos de uso ilícito en territorios étnicos, la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que esta intervención requiere consulta previa y ha señalado que: *“Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizadas para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios”¹⁸*

De igual manera, el articulado, señala que no serán objeto de consulta:

- Las actividades de atención humanitaria.*
- Cuando se trate de actividades destinadas a garantizar el goce de los*

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009. Resguardo Embera de Urada-Jiguamiandó y proyecto Mandé Norte. M.P. Nilson Pinilla. 29 de Octubre de 2009.

¹⁸ Corte Constitucional. SU 383 de 2003. MP Álvaro Tafur. 13 de mayo de 2003

derechos fundamentales.

- Cuando se deban tomar medidas urgentes en materia de salud, epidemias, índices preocupantes de morbilidad, desastres naturales y garantía o violación de los derechos humanos.

-Medidas que deban ser tomadas por autoridades públicas para resguardar la vida y los derechos fundamentales de los Sujetos Colectivos de los que trata la presente ley. (subrayado nuestro)

Lo anterior quiere decir que las medidas respecto a derechos humanos no serán consultadas con los pueblos étnicos, a pesar de afectarles directamente. Respecto a lo cual cabe reiterar que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en este sentido, establecen que el Estado debe consultar a los pueblos étnicos aún si el impacto sobre las comunidades se considera positivo.

En lo atinente a las consultas de OPA, el documento plantea además, los siguientes elementos controversiales:

- *Ausencia de acuerdos dentro de la consulta previa: “Si una vez agotadas las fases estipuladas en la presente Ley no se logra un acuerdo entre las partes o el acuerdo es solo parcial, el Ministerio del Interior levantará el Acta Definitiva de la consulta previa, la cual será firmada por los sujetos intervinientes que estén dispuestos a hacerlo”* De suerte que aún sin acuerdo, el Ministerio tomaría la decisión arbitraria de levantar el acta, sin importar si quienes firman son los facultados para hacerlo de acuerdo con lo que establezca cada pueblo o comunidad.
- *Duración de la Consulta.* El gobierno nacional establece que la consulta tendrá una duración de tres meses, prorrogables en determinados casos, por 2 meses más como máximo. Así como en la consulta de medidas legislativas, ello viola entre otros, el principio de la consulta culturalmente adecuada, ya que nuevamente impone tiempos y no permite que sean las comunidades quienes los definan de acuerdo a sus lógicas y particularidades culturales, ya que no basta la consulta con líderes políticos, también es necesario adelantarla con líderes espirituales.
- *Inasistencia de los Sujetos Colectivos a la Consulta Previa.* “Si realizadas tres (3) convocatorias por parte del Ministerio del Interior, los sujetos colectivos no cumplen con el deber de asistir a la consulta previa, ésta se entenderá surtida”. Este postulado recorta la libertad de los pueblos étnicos en la medida que implica que están obligados a asistir a las consultas previas. Y que sin importar si asisten o no, la consulta se entenderá surtida, aún si la OPA pone en riesgo su integridad física y cultural.

El borrador de ley además, **propone la creación de una tasa de coordinación de consulta previa- OPA**, “a favor del Ministerio del Interior como recuperación de los costos de los servicios prestados por la realización de la consulta previa. La tarifa de esta tasa será fijada por el Ministerio del Interior como un porcentaje del valor de la OPA”. Se presume que el Ministerio del Interior le cobraría a las

empresas esta tasa de coordinación para la realización de las consultas. En la práctica el hecho de que el Estado no asuma de manera independiente por medio de los recaudos nacionales los procesos de consulta ha generado una parcialidad de los funcionarios del Ministerio del Interior a favor de las empresas, tendencia que se mantiene en el proyecto ley para la realización de las consultas de las Obras, proyectos que se pretenden realizar en los territorios de grupos étnicos.

DISPOSICIONES FINALES

En las disposiciones finales del borrador de proyecto de ley, el gobierno, establece que *“la consulta previa que, por razones de fuerza mayor o caso fortuito, no pueda adelantarse en los términos fijados por la ley, se suspenderá hasta que se den las condiciones para su realización. Se exceptúan los casos en que esté de por medio la vida y la seguridad del sujeto colectivo por consultar. En tal evento, el sujeto colectivo será representado por la autoridad ambiental respectiva o por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, según el caso. En estos casos, los acuerdos a que se llegue en la consulta previa estarán sujetos a la refrendación por parte del sujeto colectivo, una vez hayan cesado los hechos que impidieron la realización de la consulta”*.

- La norma no establece los criterios que permitan evaluar las condiciones para la realización de las consultas previas. En tal sentido esta normatividad pretende validar que se realicen procesos de consulta sin la presencia de miembros de pueblos étnicos, con el agravante de que quienes tienen en riesgo su vida y seguridad, ven limitados aún más sus derechos, ya que no se garantizan mecanismos para que participen en el proceso de toma de decisiones, y el Ministerio del Interior o la autoridad ambiental se abrogan la representación de estas personas. De igual modo, prevalecen los intereses económicos y políticos sobre los territorios étnicos, en detrimento de los derechos de los sujetos colectivos, pues el hecho de que éste en riesgo la vida y seguridad de un sujeto por consultar y la pervivencia de los pueblos, debería ser causal de suspensión de consultas previas. Lo anterior es completamente violatorio de todas las garantías constitucionales y del convenio 169 de la OIT.

CONCLUSIONES

El artículo 7 de la Constitución de 1991 señala el deber del Estado en el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Así mismo, el artículo 2 del convenio 169 de la OIT establece que *“Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”*. En consecuencia, cualquier medida que afecte a los pueblos étnicos debe responder a dicho deber del Estado, de lo contrario estaría violando la propia constitución y los tratados internacionales ratificados por Colombia.

El borrador de proyecto de ley del gobierno nacional, impone un modelo único de consulta previa, niega a los pueblos étnicos la posibilidad de condicionar las consultas previas, define tiempos cortos que no respetan las dinámicas propias de los pueblos ni sus modelos de toma de decisiones; además de restringir el derecho a la información previa, suficiente y comprensible. Tampoco reconoce el derecho de los grupos étnicos a establecer las metodologías de diálogo en la consulta desde “los usos y costumbres”, es decir la posibilidad de establecer los procedimientos, los tiempos para analizar el proyecto consultado por el Estado.

Tal como está planteado el proyecto, va en contravía de los principios básicos de la consulta previa: libre, informada, de buena fé, culturalmente adecuada, y se orienta hacia la imposición de un modelo de desarrollo, desvirtuando el Convenio 169 de la OIT, que implica un diálogo entre distintas visiones de desarrollo, y que los pueblos étnicos puedan definir sus propias prioridades. De este modo, el texto del gobierno nacional, refleja el tipo de relación que ha establecido el Estado con los pueblos étnicos, la cual ha estado signada por posturas asimilacionistas, que desconocen las particularidades culturales de los pueblos y sus modelos de desarrollo propio.

El articulado del gobierno nacional, determina en su artículo 45 que “*esta ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias*”, es decir que en tanto reglamentación que desconoce los derechos de los pueblos étnicos, ¿pretende derogar la Constitución de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, así como el espíritu del Convenio 169 de la OIT, las recomendaciones del Comité de Expertos de OIT, además de los autos para grupos étnicos en el marco del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004¹⁹, y las leyes propias de los pueblos?.

19. Auto 004 de 2009 (indígenas), Auto 005 de 2009 (Afrocolombianos), Auto 382 de 2010 (pueblo hitnu), Auto 174 de 2011 (Pueblo Awá), Auto 045 de 2012 (Curvaradó y Jiguamiandó), y Auto 173 de 2012 (Pueblo Jiw).