



Este artículo es una publicación de la Corporación Viva la Ciudadanía
Opiniones sobre este artículo escribanos a:

semanariovirtual@viva.org.co

www.viva.org.co

El desarrollo del derecho fundamental a la Consulta Previa en Colombia

Gabriel Bustamante Peña

Asesor Jurídico-Político, Corporación Viva la Ciudadanía

Hoy en día la Consulta Previa en Colombia, se ha convertido en el principal medio de defensa de las minorías étnicas frente a los múltiples ataques a su autonomía, a su territorio, y a su existencia espiritual y material. Consulta que se eleva más allá de un mecanismo de participación de los pueblos indígenas y afrocolombianos para configurarse como derecho fundamental de estos pueblos en sí misma. Todo lo anterior, en un proceso donde la jurisprudencia progresista de la Corte Constitucional ha ido construyendo una poderosa herramienta de lucha para las comunidades indígenas y afrocolombianas, en contra incluso, de la visión de desarrollo del Ejecutivo, de la exclusión legislativa que históricamente ha tenido el Congreso de la República con las minorías étnicas, y de los poderosos intereses del sector económico nacional y transnacional.

Hoy, en pleno proceso de profundización de las dinámicas de la globalización económica, el peligro de extinción de los pueblos originarios se ha multiplicado de una forma directamente proporcional al número de empresas y negocios de la economía mundial que tienen puestos los ojos sobre sus territorios; territorios étnicos vinculados estratégicamente por la Constitución de 1991 a las zonas de reserva ambiental, que son precisamente las más apetecidas por empresas y transnacionales ávidas de explotar los recursos naturales, sin importar los costos ambientales, humanos o culturales que esto pueda acarrear.

Las minorías étnicas: de salvajes a sujetos de derechos

El 27 de diciembre de 1967, dieciocho indígenas Cuivas, entre ellos ocho niños, fueron brutalmente asesinados por colonos llaneros que alegaron a su favor que la “caza de indios” era una práctica generalizada y considerada normal en la región, un juez de Villavicencio los exoneró de culpa sobre la base que, estos colonos, no sabían que los indios eran seres humanos.

En 1977 la Honorable Corte Suprema de Justicia, debatía si los indígenas podían ser inteligentes o no. Pasaron muchos años en que los indígenas fueron considerados como salvajes, incapaces e impúberes y, junto a los afrocolombianos, fueron prácticamente excluidos de toda política pública por el Estado e inexistentes en la Constitución de 1886.

Sólo hasta la Constitución de 1991 y la configuración del Estado Social de Derecho, los pueblos indígenas y afrocolombianos pasaron a ser sujetos de

derecho, con garantías constitucionales específicas. La expedición de la Constitución de 1991 generó nuevas condiciones de relación Estado-sociedad, bajo un nuevo paradigma que pretende romper con más de un siglo de imposición y configuración de las relaciones políticas, culturales, económicas y sociales, acabando la visión mono-cultural (la hispánica), mono-religiosa (la católica) y mono-lingüística (el castellano). A partir de la nueva Carta Política, el país reconoció su composición multiétnica y pluricultural y elevó tal condición a principio y pilar del Estado Social y Democrático de Derecho, que reemplazó al decimonónico Estado liberal de derecho.

La Constitución de 1991 y la conformación del Estado multiétnico y pluricultural

Ya bajo las consideraciones que trajo la nueva Carta Política de 1991, el Estado colombiano ha ido adecuando sus instituciones, e incluso, el discurso de los Derechos Humanos (derechos del individuo-ciudadano), a su particular pluri-dimensión poblacional, dándole reconocimiento constitucional al pueblo indígena y, posteriormente, por desarrollo jurisprudencial y legal, al pueblo afro-descendiente.

Pueblos que son reconocidos como sujetos colectivos de derechos, de especial protección diferencial, y cuya configuración cultural, política, social y antropológica hace que se los considere como un sólo organismo vivo, más allá de la suma de sus miembros.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que estos pueblos: “han dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal, aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.”

Por esta vía, la tutela, antes sólo predicable y oponible individualmente, se extendió a la guarda de los derechos de estos organismos plurales, que dada su condición antropológica y sociológica, no pueden ser objetos de separación, porque dicho acto, involucraría la negación y eliminación de su existencia, tanto física como cultural.

Dentro de los principales derechos reconocidos hoy, y logrados, en muchos casos, a partir de la interposición de acciones de tutela, están: a) La identidad cultural, entendida ésta como el derecho a seguir preservando la forma de ser y de vivir de cada comunidad; b) la autonomía, que es el derecho a regirse por su propia organización social, política y económica, y de ella se desprenden las garantías para instaurar autoridades propias, mantener una lengua originaria y practicar la medicina tradicional; c) el territorio (colectivo), derecho que resguarda la propiedad de tierras ancestrales y protege el entorno natural en el comprendido, tierras sobre las cuales las comunidades tienen una relación más

parental (la madre tierra) que económica, y sobre las cuales desarrollan sus planes de vida; y la participación, en el marco de los usos y costumbres tradicionales, desarrollada a través de la Consulta Previa.

El derecho al territorio como “derecho madre” de los pueblos tradicionales

La visión que del territorio tienen la mayoría de pueblos indígenas y afrocolombianos es ajena a nuestra cultura mestiza o a la forma de vida occidental. Para estos, la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia, desde el punto de vista religioso, político, social y económico. Por esto, la “Madre Tierra” no puede constituir un elemento de dominio sino un elemento del ecosistema donde interactúan como pueblo; es más, la tierra no les pertenece, ellos pertenecen a la tierra, y son y existen a partir de ella.

Esto ha sido internacionalmente reconocido en diversos pronunciamientos de organismos supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la cual, el hábitat de los territorios indígenas es parte integrante de su cultura, transmitida milenariamente de generación en generación. El convenio 107 de 1957, respecto a pueblos indígenas y tribales, estipuló respecto al territorio: 1) El reconocimiento de la propiedad colectiva sobre las tierras ancestralmente ocupadas; 2) No permitir traslados de comunidades sin su libre consentimiento, salvo por estrictas medidas de seguridad nacional, desarrollo económico o salud de las mismas comunidades; y 3) En los traslados excepcionales, se deberá entregar tierras de igual o mejor calidad e indemnizar a las comunidades por cualquier daño.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 21 estipula: “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

La Constitución Nacional de 1991, en su artículo 63 reconoció el derecho inalienable, imprescriptible e inembargable del territorio de las comunidades indígenas. Y en el artículo 330 dispuso que los territorios indígenas estén gobernados por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres.

La ley 99 de 1993 hizo referencia a cómo debe hacerse la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas y de comunidades negras, ordenando procesos de participación de dichas comunidades y en ningún caso en desmedro de su integridad cultural, social y económica.

Mediante el decreto 2164 de 1995 se diferenció para efecto de titulación de tierras el concepto de territorio y reserva indígena, aceptando como parte del territorio aquellas áreas que se usan para el desarrollo de sus actividades tradicionales.

Los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 40 y 330 de la CN del 91, estipulan que la explotación de los recursos naturales en territorios

indígenas debe ser compatible con la protección que el Estado debe brindar a las comunidades en su integridad social, cultural y económica, la cual configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. De ahí que se debe garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que se adopten por tal explotación.

De la misma forma para la Corte Constitucional Colombiana (sentencia SU 383 de 2003) la concepción del territorio de los pueblos indígenas y afrocolombianos, no concuerda con el resto de la nación colombiana y por ende debe tener un tratamiento específico y culturalmente diferencial, ya que, el territorio para ellos va más allá de un espacio físico, sino que comprende áreas espirituales y culturales que la ciencia occidental no puede aceptar ni comprender.

Por esta visión única y diferencial del territorio indígena o afro, es que cualquier proyecto que se vaya a realizar sobre su tierra o área de influencia, debe contar con la participación y concertación activa de la comunidad ahí asentada, por medio de los parámetros y protocolos que ha desarrollado durante estos años la Corte Constitucional, y que definen la forma en que se da el acceso efectivo de los pueblos, al derecho fundamental de la Consulta Previa.

Fundamentos de la Consulta Previa

La Consulta Previa se sostiene y adquiere su fuerza constitucional por la confluencia de principios fundamentales como: la democracia participativa, la soberanía popular y la diversidad étnica y cultural de la nación. Principios que orientan el actuar del Estado a partir de una constante interacción de sus instituciones con la ciudadanía, que legitiman la toma de decisiones públicas por la participación ciudadana, y que establecen el respeto por el modelo de Estado pluri-étnico y multi-cultural a partir de los espacios de participación diferencial de las comunidades tradicionales y de la participación cualificada de éstas por medio de la Consulta Previa.

Ahora, dichos derechos de las comunidades originarias se han desarrollado en Colombia por la vía de los tratados internacionales, pero especialmente por la progresista y garante jurisprudencia de la Corte Constitucional, ante la falta de voluntad política del poder ejecutivo y la casi ausente presencia del Congreso de la República.

La Corte Constitucional y la configuración del derecho a la Consulta Previa

Desde sus inicios la Corte Constitucional reconoció la Consulta Previa como un derecho fundamental de titularidad grupal, ejemplo de esto es la sentencia T-428 de 1992, que resguardó los derechos de un pueblo indígena a la Consulta Previa frente al proyecto de construcción de la carretera del Café. Posteriormente esa garantía se asimiló a los derechos colectivos, para cuya protección el Constituyente había estipulado las acciones populares.

En la sentencia T-380 de 1993, la Corte abrió el camino para el reconocimiento expreso de la protección especial que deben gozar los pueblos indígenas y la tutela de sus derechos como colectivo diferenciado. La Corte resguardó a la comunidad Embera Catío frente a una explotación de recursos naturales en su territorio, separando los derechos de los pueblos indígenas de los derechos colectivos, y precisó el alcance de la aplicación del principio de diversidad étnica y cultural.

En sentencias como la SU-039 de 1997 y la T-625 de 1998, se consolidó el carácter de “pueblo sujeto de derechos” y la posibilidad de tutelar los derechos, entre ellos, la Consulta Previa, por la vía de la acción de tutela.

En la sentencia SU-383 de 2003, que ordenó la realización de las consultas previas a los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía frente a la política de fumigación de cultivos ilícitos, se avanzó en la conceptualización y metodología de la consulta, así como en la protección especial que esta debería tener.

Recientemente la Corte aceptó la Consulta Previa frente a proyectos de ley con la sentencia C-175 de 2009, que declaró inexecutable la ley 1152 de 2007 o Estatuto de Desarrollo Rural; o la sentencia C-030 de 2008 por la que se declaró inexecutable la ley forestal; o la C-461 de 2008 que declaró la exequibilidad condicionada de la ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010) y ordenó suspender la ejecución de todo proyecto, programa o presupuesto del Plan de Desarrollo, que pudieran llegar a afectar a comunidades indígenas o afrocolombianas, hasta tanto no se hubiera realizado integral y completamente la Consulta Previa específica.

Por último, en sentencias como la C-702 de 2010, la Corte extendió la doctrina a los actos reformatorios de la Constitución Nacional y declaró inexecutable el inciso 8 del artículo 2 del acto legislativo 01 de 2009. Y en recientes sentencias, el Tribunal Constitucional habla de que el Estado debe buscar por todos los medios el consentimiento libre e informado de los pueblos, frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. Con esto, la Consulta Previa adquiere un estatus de obligatoriedad en la búsqueda de consensos, los cuales, una vez protocolizados en dicha consulta tienen que cumplirse en el desarrollo del proyecto.

Edición N° 00300 – Semana del 27 de Abril al 03 de Mayo de 2012