



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

La Consulta Previa: derecho fundamental

Amylkar D. Acosta M.

Ex presidente del Congreso de la República

Los Avatares

“temedle a un pueblo al que obligan a acorrallar su alma”

Jorge E. Gaitán

Es bien sabido que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siempre que se tomen decisiones que los afecten, sean ellas de carácter administrativo, legislativo y *con más veras si se trata de una reforma constitucional, se impone la consulta previa a los pueblos indígenas y afrodescendientes*. Así lo dispone el Convenio 169 de la OIT de 1989 en sus artículos 6, 7 y 15, del cual Colombia es signataria, el cual fue ratificado mediante la Ley 21 de 1991 y desarrollado posteriormente en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 reglamentada mediante el Decreto 1320 de 1998 y el Decreto Ley 200 de 2003. Tiene además asidero en los artículos 7 y 330 de la Constitución Política. Huelga decir que dicho Convenio, de conformidad con el artículo 93 de la Carta Magna, hace parte del *bloque de constitucionalidad* y por lo mismo *prevalece en el orden interno*. Y como guardiana de la Constitución, la Corte ha dejado en claro que la consulta previa es un *derecho fundamental* que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos. De modo que es ineludible su cumplimiento. Recientemente sentenció que “el derecho de consulta previa que les asiste a las comunidades étnicas se fundamenta en el principio democrático, el derecho a la participación, el pluralismo y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación”¹. A este respecto hay un acervo jurisprudencial muy amplio en el país².

Por ello, llama poderosamente la atención el fallo proferido por la Alta Corte declarando exequible el Acto Legislativo 05 de 2011, mediante el cual se reformó el régimen de regalías, modificando de la noche a la mañana, sin vísperas ni razón valedera, su propia jurisprudencia. Aduce la Corte como fundamento de su fallo que la consulta sólo procede cuando “la afectación generada para dichos pueblos y comunidades por tales medidas legislativas sea *directa*”³. Y va más lejos al requerir que las mismas surtan “un impacto *directo, específico y particular* sobre los grupos étnicos del país”⁴, el cual a su juicio no se configura en este caso. Ya tuvimos oportunidad de demostrar hasta la saciedad que con la expedición de este Acto legislativo **sí** hay una afectación

¹ Sentencia C – 331 de 2012

² T – 428 de 1992, T – 380 de 1993, SU – 039 de 1997, T – 634 de 1999 y C – 461 de 2008

³ Corte Constitucional. Comunicado No. 17. Mayo 2 y 3 de 2012

⁴ Ídem

directa, específica y particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes⁵.

Fuera de lugar

Con sobrada razón los magistrados Jorge Pretelt y Nilson Pinilla se apartaron de la decisión mayoritaria dado que, como lo deja sentado en su salvamento de voto el Magistrado Pretelt dicho Acto legislativo sí “afecta **directa y desproporcionadamente** a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes del país y, por tanto, *debía ser sometido a consulta previa*”⁶. Y cómo no los iba a afectar si, como lo manifiesta en su salvamento de voto el magistrado Pinilla la reforma de los artículos 360 y 361 de la Constitución “reducen de forma considerable los recursos que por concepto de regalías recibían los departamentos *en los cuales existe un importante componente de población indígena y afrocolombiana*”⁷, verbo y gracia La guajira, en cuyo territorio están las mayores reservas de gas y carbón del país, al tiempo que cuenta con el segundo asentamiento indígena del país después del Amazonas con el *40% de su población*. Máxime cuando en las leyes 99 de 1993 (artículo 31, numeral 28) y 756 de 2002 (artículo 11) se consagraban beneficios tangibles y concretos para estas comunidades, que ahora, *merced al Acto legislativo demandado por haber pretermitido la consulta previa, pierden*. A ello se refiere la Corte cuando afirma que “existen algunas disposiciones legales actualmente vigentes que consagran **derechos específicos** de los grupos étnicos, frente al sistema de regalías, y que **la Corte entiende siguen en vigor**”⁸. Pero, cómo van a seguir en vigor si dichas normas fueron abrogadas por el Acto legislativo que hizo tabla rasa del régimen anterior de regalías. Esto es un verdadero galimatías. Su pronunciamiento en el sentido que “en la asignación de los recursos correspondientes a los fondos de Compensación y Desarrollo, necesariamente **deberán** tenerse en cuenta a dichas comunidades ancestrales. **Estas dispondrán de una participación directa en los recursos provenientes de tales fondos**”⁹ está fuera de lugar. Ello no está para nada garantizado, ni en el Acto legislativo 05 de 2011 ni en la Ley 1530 del 17 de mayo de 2012 que lo desarrolla; por ello, tal declaración no pasa de ser un saludo a la bandera.

Como lo señala paladinamente el jurista José Manuel Abuchaibe Escolar, en su alegato ante la Corte al incoar una demanda por inconstitucionalidad de esta Ley, “estos fondos no disponen de una **participación directa** en los recursos de los mismos para las comunidades indígenas, **lo que contraría lo dispuesto en la Sentencia C – 317 de mayo 3 de 2012**”, que declaró exequible el aludido Acto legislativo. Es claro como el agua que con el nuevo Sistema General de Regalías (SGR) *sólo son beneficiarios de **participación directa** de los recursos del mismo los departamentos, municipios y distritos productores de*

⁵ Amylkar D. Acosta M. Hablemos de regalías y externalidades. Noviembre, 15 de 2010/ La aplanadora. Julio, 25 de 2011/ La consulta ex post. Enero, 10 de 2012

⁶ Corte Constitucional. Comunicado No. 17. Mayo 2 y 3 de 2012

⁷ Ídem

⁸ Ídem

⁹ Ídem

*recursos naturales no renovables y portuarios*¹⁰. En cuanto a los fondos de Compensación (FCR) y Desarrollo (FDR) que hacen parte del SGR, las *asignaciones* de sus recursos se hacen en las subcuentas de las respectivas entidades territoriales **y los territorios indígenas no lo son**. Y, entre otras cosas, no lo son porque por omisión culposa del Gobierno y del Congreso de la República en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT)¹¹ aprobada recientemente, **después de 20 años de expedida la nueva Constitución Política**, los asentamientos de los pueblos indígenas siguen en la noria, sin reconocérseles estatus alguno a sus territorios como lo prevé la Constitución. Es más, pese a que la LOOT defirió a otra ley “lo relativo a la conformación de las entidades territoriales indígenas”¹², dándole al Gobierno **diez meses** contados a partir de la entrada en vigencia la LOOT (junio, 29 de 2011) para que presentara el proyecto de ley respectivo al Congreso de la República, transcurridos **once meses** dicha iniciativa ni siquiera está en la agenda del Gobierno. Es cada vez más evidente el despropósito del Gobierno de invisibilizar a los pueblos indígenas y afrodescendientes; su reconocimiento no pasa de la retórica y de los gestos efectistas.

Apaga y vámonos

Resulta, además, traído de los cabellos el argumento de la Corte en el sentido que a su juicio “el tema de las regalías por la explotación de recursos naturales *no es exclusivo para las comunidades indígenas y afrodescendientes del país*”¹³, para concluir de allí que no había lugar a la consulta previa. Con este pretexto se descarta toda posibilidad de consulta previa, puesto que *todas, absolutamente todas las leyes y desde luego los actos legislativos, son por su propia naturaleza generales, abstractas e impersonales, no tienen un destinatario exclusivo*. Este es un principio general del derecho. Es, además, contradictorio que se sostenga que para el trámite del Acto legislativo no procedía la consulta previa porque no se trataba de algo “exclusivo para las comunidades indígenas y afrodescendientes del país”, pero a renglón seguido se diga que la Ley que lo desarrolla, que tampoco es “exclusiva” para dichas comunidades, “*en criterio de la Corte, necesaria y obligatoriamente tendrá que ser objeto de consulta previa*”¹⁴. Por lo demás, esta tesis peregrina, como lo pone de manifiesto el Magistrado Pretelt, “desconoce el precedente sentado por esta Corporación en sentencias como la C – 030 de 2008, la C – 366 de 2011 y la C – 196 de 2012, según la cual, **no importa la redacción general de la medida legislativa, si tiene un impacto desproporcionado sobre las comunidades étnicas, debe ser consultado**”¹⁵. A este propósito, los magistrados Pretelt y Pinilla coinciden en manifestar su extrañeza por el “cambio de argumentos que llevaron a la declaración de inexecutable de, entre otras, la Ley forestal (Ley 1021 de 2006) y la reforma del Código de Minas (Ley 1382)”¹⁶. Si este fallo de la Corte perdura, los pueblos indígenas y

¹⁰ Ley 1530 de 2012, artículo 19

¹¹ Ley 1454 de 2011

¹² Ley 1454 de 2011, artículo 37, parágrafo 2º

¹³ Corte Constitucional. Comunicado No. 17. Mayo 2 y 3 de 2012

¹⁴ Ídem

¹⁵ Ídem

¹⁶ Corte Constitucional. Comunicado No. 17. Mayo 2 y 3 de 2012. Magistrado Jorge Pretelt

afrodescendientes no volverán a ser tenidos en cuenta y sus derechos serán aún más vulnerables y vulnerados y ellos tendrán que exclamar como en la comedia española apaga y vámonos!

Un fallo como patente de corso

La Corte en su sibilino fallo “hizo hincapié en la necesidad de que el Congreso legisle sobre cómo debe surtirse el trámite de la consulta previa”¹⁷ que ella misma dejó herida de muerte. Según la Corte “la nueva ley no podrá contener medidas regresivas respecto a los niveles de protección de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas que actualmente se disponen en las leyes previas”¹⁸. Cabe preguntarse, de qué va a servir esta nueva ley, cuando se expida, si con este fallo la consulta previa ha quedado como las cédulas reales en la época colonial, *se obedece pero no se cumple*.

Con este fallo la Corte Constitucional le dio alas a quienes se oponen a la consulta previa, con el socorrido argumento que la misma se convierte en un estorbo que impide que marchen con celeridad las cinco locomotoras del Plan de Desarrollo Prosperidad para todos. A diario registran los medios declaraciones de las empresas interesadas en extraer con premura los recursos naturales no renovables y aún de las propias autoridades, en el sentido que la consulta previa se les ha convertido en un palo entre las ruedas. Este fallo se puede convertir en la patente de corso para la gran minería extractivista y depredadora en el país. A propósito de la nueva ley que reglamentaría la consulta previa, que ya anunció el Gobierno, se ha dicho que esta habrá de servir “para que los intereses perversos de unas minorías no estén por encima del interés general”¹⁹. Se trata, entonces, de que las minorías sean arrolladas por las mayorías, cuando precisamente las estipulaciones del Convenio de la OIT, que tienen un poder vinculante para Colombia, *buscan justamente es proteger los intereses de esas minorías*. De modo que hay que estar ojo avizor con el trámite de dicha ley, porque puede terminar haciendo nugatorio su cumplimiento y saltándose a la torera lo dispuesto por la propia Constitución Política.

El Gobierno: transgresor y reincidente

Ahora bien, el Gobierno Nacional que se dice “comprometido con la protección, el respeto y la garantía del **derecho fundamental** a la consulta previa...”²⁰, aduce haber adelantado por esta mismísima razón la consulta previa antes de radicar *el proyecto de ley que reglamenta el Acto legislativo*. Se le abona el aceptar que para el trámite de esta Ley sí procedía la consulta previa. Ni más faltaba, pero en nuestro modesto concepto la consulta previa a su radicación en el Congreso de la República, de la cual habla el Gobierno en los considerandos del Decreto Ley 4923 del 26 de diciembre de 2011, es de dudosa factura. Abundan en ellos las referencias a la “socialización”²¹ del

¹⁷ Ídem

¹⁸ Ídem

¹⁹ Portafolio. Mayo, 23 de 2012

²⁰ Decreto – ley 4923 de 2011

²¹ Decreto 4923 de 2011

proyecto, que no se puede asimilar al concepto de **consulta previa**; se dice que se “explicó”²² el proyecto, se habla de “visitas”²³ a las comunidades, lo cual no se puede confundir con la **consulta previa** propiamente dicha, así den por culminado dicho proceso “una vez protocolizada el acta de la **consulta previa**”²⁴. Todos ellos son pasos *necesarios* pero no *suficientes* para cumplir con lo estipulado en el Auto 005 de 2009 de la Corte Constitucional, a través del cual se estableció los protocolos que deben seguir el Gobierno y sus **instituciones para garantizar un proceso efectivo de consulta y consentimiento previo, libre e informado**, tal y como lo consagra el Convenio de la OIT y lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional.

Lo acaba de reiterar la Corte: la consulta previa “no puede consistir en simples trámites administrativos por parte de las autoridades o *en meros requisitos formales*, sino que *debe ser un proceso sustantivo de raigambre constitucional*”²⁵. Como resultado del proceso de la consulta, **que no de la socialización**, se debe plasmar en un “acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento administrativo”²⁶, que está visto no se dio. Es decir, que el Gobierno reincide en la trasgresión de la Constitución y la Ley al no realizar la consulta previa para el trámite del Acto Legislativo 05 y tampoco para el trámite de la Ley 1530 que lo reglamenta. De modo que el pronunciamiento de la Corte en el que plantea que “esta Ley de desarrollo, en criterio de la Corte, *necesaria y obligatoriamente tendrá que ser objeto de consulta previa*”²⁷ es demasiado tardío.

Colombia: país formal y país real

En vísperas de la elección del nuevo director de la OIT, el Ministro del Trabajo Rafael Pardo esgrimió como la mejor carta de presentación del Vicepresidente Angelino Garzón en su aspiración a ocupar dicho cargo, que Colombia se había ganado el campeonato como el país que más convenios había firmado con dicho organismo. Según él “de los 180 convenios, Colombia es el país de América que más convenios ha ratificado, más que Estados Unidos, más que Venezuela, Argentina y México. Colombia se ha caracterizado como un país que ha firmado más convenios en América”²⁸. Pero, de ello no se trata, porque qué gana el país con alardear por los convenios que firma y ratifica a tutiplén si a la hora de la verdad se soslaya el cumplimiento de los mismos, como ocurre con el atinente a la consulta previa. De ello seguramente tomó nota el Consejo de administración de la OIT al elegir al británico Guy Ryder, al tiempo que Garzón terminó con los mismos 7 votos con los que inició su largo y tortuoso periplo proselitista para llegar al codiciado cargo. Y la nutrida delegación colombiana que acompañó en Ginebra al frustrado Vicepresidente en esta quijotada, integrada por más de 90 delegados, terminó quedándose con un

²² Ídem

²³ Ídem

²⁴ Ídem

²⁵ Sentencia C – 331 de 2012

²⁶ Ídem

²⁷ Corte Constitucional. Comunicado No. 17. Mayo 2 y 3 de 2012

²⁸ Caracol – Radio. Mayo, 26 de 2012

palmo de narices. Hacemos votos porque este triste episodio no se repita ahora que Colombia aspira a ocupar una plaza en la CIDH con un jurista de excelsas calidades como lo es el Magistrado Humberto Sierra Porto.

Lo cierto es que en Colombia en el transcurso de los 21 años que cumple la Constitución Política expedida en 1991, en lugar de proseguir en el desarrollo y consolidación de sus avances se ha venido retrocediendo. El *Estado Social de Derecho*, que es como se define a Colombia en la Constitución Política²⁹, se ha venido vaciando de su contenido hasta dejar sólo la “lata vacía” de la cual hablaba el Nobel de literatura José Saramago³⁰. Cómo sigue de vigente el pensamiento de ese gran luchador social que fue en vida Diego Montaña Cuellar, compendiado en su magistral obra *Colombia: país formal y país real*.

La resiliencia de los aborígenes

Por fortuna que, más globalizada que la economía está la defensa de los Derechos Humanos y la comunidad internacional es cada vez más sensible a su violación. De modo que este revés que han tenido los pueblos indígenas y afrodescendientes con el fallo de marras, a todas luces contraevidente e inconveniente, no les deja otro camino que recurrir a la instancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que no pocas veces ha fallado contra Colombia ante la recurrencia de situaciones que como esta se traducen en denegación de justicia. Con la película Avatar, al igual que lo sucedido con muchos otros filmes y obras de la literatura, ocurre que la realidad termina superando la ficción. La codicia, la avaricia y la ambición por el control y la explotación de los recursos naturales por parte de sus depredadores no conoce límites; cualquier país que los posea puede ser Pandora y ellos encontrarán allí la misma férrea resistencia de los aborígenes en la defensa de su sagrado territorio.

www.amylkaracosta.net

Edición N° 00306 – Semana del 8 al 14 de Junio de 2012

²⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 1

³⁰ Amylkar D. Acosta M. La autonomía regional: alternativa de desarrollo. Febrero, 11 de 2010/ El fantasma de la sostenibilidad fiscal. Julio, 5 de 2011// Los vericuetos del SGR. Enero, 30 de 2011