

Como algunas normas y proyectos decisivos para el desarrollo económico que dependen de esta garantía fundamental continúan en vilo, urge que el Legislativo y el Ejecutivo expidan su reglamentación.

Definir el alcance del derecho a la consulta previa, garantizado por el ordenamiento constitucional, es una tarea compleja. La importancia de mantener vivas las tradiciones de los grupos étnicos y de proteger su existencia, integridad y los territorios que habitan se sitúa a un lado de la balanza; al otro, están el desarrollo y el crecimiento económico del país.

Basta con echar una mirada a la jurisprudencia constitucional para notar que, en numerosos casos, las iniciativas que pueden afectar la subsistencia de las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueras o rom no cuentan con su participación efectiva. Por esa razón, la Corte Constitucional ha ordenado la suspensión de obras de infraestructura y de la explotación de recursos naturales no renovables.

Pero el alto tribunal ha ido más allá. En las sentencias C-030 del 2008, C-175 del 2009 y C-366 del 2011 declaró inexecutable, respectivamente, la Ley General Forestal (L. 1021/06), el Estatuto de Desarrollo Rural (L. 1152/07) y la reforma al Código de Minas (L. 1382/10), por omitir la consulta con esas comunidades, a pesar de que tales normativas podían incidir directamente en ellas.

Y eso no es todo. En la Sentencia T-129 del 2011, exhortó al Congreso y al Presidente de la República a que regulen y materialicen este derecho. Paradójicamente, la instrucción todavía no se ha cumplido, pues el respectivo proyecto de ley estatutaria también debe ser consultado.

Esa falta de una ley sobre la consulta previa ha impedido expedir las normas que remplacezarian a las declaradas inconstitucionales por la Corte, situación que ha generado inconformidad, entre otros, en los sectores energético, minero, petrolero y científico.

El papel de los tres poderes públicos es crucial en el futuro de la consulta y sus repercusiones en la adopción de nuevas normas.

¿En qué está la legislación?

El Estado colombiano tiene una obligación ineludible. La Ley 21 de 1991 aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que le exige consultar a los pueblos, a través de sus instituciones representativas y siguiendo un procedimiento apropiado, cuando se prevean medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, para llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento.

Además, las leyes 70 y 99 de 1993 consagran el deber de consultar a las comunidades en ciertos eventos, y el Decreto 1320 de 1998 regula este requisito, en los casos de explotación de recursos naturales.

Por su parte, la Presidencia de la República expidió la Directiva 1 del 2010, que señala las situaciones que deben ser o no consultadas y los mecanismos para adelantar el proceso correspondiente.

Al respecto, el Ministerio del Interior (Mininterior) indicó que el Gobierno adelanta un trabajo con las comunidades indígenas, con el fin de consultar proyectos de ley prioritarios. Además, "se avanza junto con el pueblo afrodescendiente en la construcción de una gran asamblea de consejos comunitarios y organizaciones, que se consolide como el espacio autónomo apto para funcionar en calidad de instancia consultiva de los proyectos de ley o decretos que los afecten específicamente", añadió la entidad.

Reglas claras

Ante la dispersión normativa, vale la pena preguntarse sobre la necesidad de expedir una ley que regule la materia y, en caso de que sea así, cuáles son las dificultades para adoptarla.

Para Ariel Palacios, miembro del equipo técnico de la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas, el derecho a la consulta previa, al estar contemplado en el Convenio 169 de la OIT, no debe ser reglamentado, ya que esto podría generar limitaciones en su contenido.

Al respecto, José Luis Quiroga, asesor jurídico de la Organización Nacional Indígena de Colombia, advierte que los proyectos de ley sobre la consulta promovidos por el Gobierno "se han caracterizado por la pretensión de restringir y limitar los lineamientos internacionales,



Los desafíos legales del derecho a la consulta previa

Leyes sobre consulta previa en Suramérica

Perú. Ley 29785 del 2011: regula el contenido, los principios y el procedimiento de la consulta con los pueblos indígenas, cuando las medidas legislativas o administrativas los afecten directamente.

Ecuador. Ley 960 del 2000 (Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana), artículo 40: exige la consulta con los pueblos indígenas o negros, antes de explotar hidrocarburos en tierras a ellos asignadas.

Bolivia. Ley 3058 del 2005: consagra la consulta previa, obligatoria y oportuna con los pueblos campesinos e indígenas, frente a actividades hidrocarburíferas. El Decreto Supremo 29033 del 2007 reglamenta el proceso.

Venezuela. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (2005): establece la consulta, ante toda actividad que los pueda afectar directa o indirectamente.

Chile. Ley 19253 de 1993 (Ley Indígena), artículo 34: exige que el Estado considere la opinión de las organizaciones indígenas, si trata materias relacionadas con ellas.

ya que se busca convertirla en un mero trámite administrativo, lo que despoja su contenido sustancial".

No obstante, según el Mininterior, el Ejecutivo ha iniciado la discusión sobre una norma apegada a los estándares tanto nacionales como internacionales. Los temas que están sobre la mesa son, entre otros, el uso de un lenguaje diferencial, la buena fe en la gestión de la información, la inexistencia de términos perentorios o condiciones desproporcionadas, el derecho de asesoría de los pueblos, la representatividad de sus voceros, el rol de los agentes gubernamentales y de control y los protocolos de actuación.

Quiroga y la experta en Derecho Ambiental Gloria Amparo Rodríguez coinciden en que la disposición que regule la consulta debe desarrollar su carácter previo e informado, de manera que se guíe por la buena fe. Así mismo, debe contener los principios del Convenio 169 de la OIT y los fundamentos de las providencias que, al respecto, han emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional.

En opinión de Luis Ignacio Betancur, consultor independiente en regulación económica, "se debe definir concretamente qué es lo que las minorías étnicas desean preservar, pero, además, se debe fijar un plazo límite a la realización de las consultas, ya que se están usando como un mecanismo de chantaje y de doble moral".

Por su parte, Jorge Iván Hurtado, docente de Derecho Ambiental de la Universidad Externado de Colombia, señala que, ante la falta de una ley y una política pública, "el Estado debe ofrecer seguridad jurídica y expedir un cuerpo normativo que defina la esencia de la consulta, su procedimiento, sus destinatarios y los efectos vinculantes, pues la autoridad judicial no

debe asumir la carga de direccionarla".

¿Un derecho de veto?

La Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la consulta previa no implica un poder de veto. Por el contrario, consiste en un proceso de diálogo y concertación en el que, si no se llega a un acuerdo, el Estado puede decidir cómo proceder, sin incurrir en arbitrariedades, sino de manera razonable y proporcional.

Según Palacios, "se necesita que la opinión de los pueblos sea tenida en cuenta sustancialmente, es decir, que tengan la capacidad de decidir sobre los territorios en los que viven y que han conservado".

Quiroga, en cambio, asegura que una consulta realizada con el lleno de los requisitos constitucionales y legales inevitablemente desemboca en acuerdos. "El veto solo se exigiría, cuando se niega el consentimiento por razones de imposibilidad material y espiritual, propias de cada pueblo indígena", explica.

Instancias internacionales también se han referido a este asunto. En el informe sobre la situación de derechos humanos en el país durante el 2012, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que, en el caso de los grupos que están en riesgo de extinción, la consulta previa es un mecanismo de veto, para garantizar su supervivencia.

Expectativas

Es evidente que los retos que deben asumir los involucrados son enormes. De hecho, en los fallos de tutela, la Corte les ha ordenado a los organismos de control contribuir con el cumplimiento de las medidas de protección establecidas.

Sobre las propuestas de reglamentación, la Defensoría del Pueblo afirma que presentan "vacíos y vicios en su fundamentación". Por esa razón, añade, mantendrá su rol vigilante en los procesos de consulta que inicien las entidades públicas, para evitar la vulneración de los derechos fundamentales y colectivos de los grupos étnicos.

Palacios cree que la agenda legislativa en materia de consulta previa puede destrabarse, "mediante un acuerdo de protocolo que garantice este derecho en todas sus dimensiones".

Rodríguez, por su parte, señala que una consulta previa ejecutada con los mínimos fijados en los parámetros nacionales e internacionales "puede significar un avance ante los problemas que se han presentado". Y en opinión de Hurtado, la expedición de una normativa "es un paso importante, pero no será suficiente, si no hay voluntad política para ponerla en marcha", advierte.

Si bien es apresurado afirmar que una ley resolverá la situación definitivamente, el papel de los tres poderes públicos es crucial para el futuro de la consulta previa y sus repercusiones en la adopción de nuevas normas que puedan llegar a afectar directamente a las minorías étnicas.

Por lo pronto, el Estado, como lo señaló la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, deberá adelantar las consultas siguiendo los protocolos trazados con las comunidades, para garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos. La espera continúa.