

DERECHO Y VIDA

ius et vita

ISSN 1692-6455
Junio de 2013, número C

El derecho a la consulta previa en el contexto legal colombiano¹

Dolly Sánchez Benavides²

RESUMEN. *La consulta previa es un derecho de carácter colectivo que se realiza por medio de un procedimiento público, especial y obligatorio en el cual se garantiza el debido proceso (oportunidad, información adecuada, comunicación intercultural, bilingüismo), que se hace de manera previa a la adopción de medidas administrativas, legislativas, o al decidir sobre proyectos, actividades u obras que puedan afectar dichas comunidades (C-030 de 2008). Adquiere una importancia inmensa en el marco de las políticas macroeconómicas del país, con la locomotora minero energética del Plan de Gobierno*

Nacional por el aumento indiscriminado de licenciamientos y la disminución de zonas protegidas, así como el cambio de uso de suelo a favor de la inversión extranjera y local, sin la suficiente regulación y rectoría del Estado.

El reconocimiento de la diversidad y multiculturalidad de los pueblos indígenas y comunidades negras tiene como fundamento la Carta Política, ya que por medio de esta adquiere vida y una protección reforzada. El artículo 7.º de la C. P. consagra el respeto por la diversidad y multiculturalidad, así como el artículo 330 parágrafo introduce genéricamente uno de los instrumentos de protección de los derechos de estos pueblos, la consulta previa, vía bloque de constitucionalidad, amplía el espectro de lo lato y puesto sin amplio desarrollo a los contenidos del sistema universal de los derechos humanos.

Refiere el parágrafo: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha

1. Las situaciones abordadas bajo el lente de la bioética van más allá del ámbito individual y de la práctica clínica, comprenden nuevos contextos y controversias surgidas del avance tecnológico y científico y su influencia en el hombre y la sociedad. Este documento se centra en el último aspecto, evaluando una herramienta en la que el progreso científico confluye con el concepto de vida de grupos étnicos como los pueblos indígenas y las comunidades negras.

2. DOLLY SÁNCHEZ. Investigadora Fundadora del Instituto de Estudios e Investigaciones IEI.

explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

El derecho a la consulta previa tiene fundamento en el estatus que a nivel internacional han adquirido los mencionados pueblos a lo largo de la historia, como sujetos de derecho. Su intervención pacífica y eficaz en el escenario de los derechos humanos ha consolidado un orden jurídico que continúa en construcción y en debate, principalmente frente al poder de los Estados y los intereses económicos preponderantes de carácter político y económico³ de diferentes agentes sobre los territorios.

En el derecho internacional y nacional de los derechos humanos, particularmente los pueblos indígenas son destinatarios de una serie de medidas de protección y reparación específicas, que con la consolidación de los acuerdos internacionales configuran un conjunto de derechos colectivos diferenciados cuya preocupación central es incluir y diferenciar las características humanas, antropológicas, sociológicas, políticas, culturales y territoriales de pueblos que se encontraban excluidos de las conceptualizaciones internacionales y locales de derechos, de todo orden.

La consulta previa, como instrumento de protección de los pueblos etnodiferenciados, se consagra como un derecho fundamental y se concreta en un trámite obligatorio realizado de acuerdo con los usos y las costumbres de cada etnia, según lo manifiesta la Sentencia T-382 de 2006.

Este derecho está contenido en el artículo 23 de la Declaración de las Naciones Unidas, vinculado al derecho al autodesarrollo de los pueblos indígenas: “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar prioridades y

estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.” El artículo 10.º señala: “... los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras y territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción de regreso”.

La Declaración Americana de Derechos Humanos especificó las circunstancias de traslado o reubicación de estas poblaciones en las circunstancias enunciadas, en su artículo 20.2, aún en discusión: “sin un consentimiento libre, previo e informado, a menos que existan causas de desastre natural, mediante procedimientos establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas. En caso de traslado o reubicación, los Estados asegurarán el inmediato remplazo por tierras adecuadas de igual o mejor calidad y estatus jurídico, y garantizarán el derecho al retorno si dejaran de existir las causas que originaron el desplazamiento”⁴.

A pesar de su consagración específica en instrumentos internacionales y en convenios, como el 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes y la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, la gran dispersión de los contenidos sobre la consulta previa y la ausencia de una sistematización unívoca al respecto ha restado fortaleza a la figura como

3. Dentro de ellos el *ius cogens*, derecho a la libre determinación de los pueblos, principio del derecho internacional, que ha sido interpretado bajo una óptica que favorece a los Estados-Nación. Esta interpretación puede considerar, según la posición de Naciones Unidas, la posibilidad de que ante el incumplimiento de las obligaciones particulares de los Estados con los pueblos indígenas que hacen parte del territorio se haga uso del derecho de secesión, máxima expresión del derecho a la libre determinación de los pueblos.

4. Juan Daniel Oliva Martínez. “Acerca de la protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional II”, en *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2008.



mecanismo de defensa de los derechos de los pueblos indígenas, su identidad y cultura en el marco de su valor más importante, sus territorios.

Al respecto, el artículo 6.º del Convenio 169 establece como obligaciones para los gobiernos:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) 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;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en ins-

tituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁵.

Los bancos mundiales e interamericanos también han incluido la figura en instrucciones y directrices con el fin de considerar, al menos formalmente, el derecho a la libre autodeterminación, reconociendo las reivindicaciones de

5. Es importante resaltar que el Convenio 169 de la OIT no es un convenio específico que sistematice el derecho de los pueblos indígenas, sin embargo, es una referencia obligada en la materia.



derechos humanos que históricamente han visibilizado la realidad de estos pueblos⁶. En el mismo sentido, las empresas, multi y transnacionales constituyen códigos de conducta en los que se les exige el cumplimiento de la consulta previa, como mecanismo de evaluación del respeto por los derechos humanos, cuya existencia brinda nuevas alternativas para reforzar, vía construcción de derecho y procedimientos de exigibilidad, su aplicabilidad.

La consulta previa como instrumento de protección tiene como objeto garantizar y proteger el derecho a la autodeterminación de los pueblos, considerado como derecho matriz, del cual

se deriva el resto de los derechos colectivos de que son titulares estos pueblos, incluido el autodesarrollo, el autogobierno, etc., ya que sin la capacidad de autodeterminarse el ejercicio de los diversos derechos carece de una garantía real para su goce y disfrute efectivo.

La autodeterminación parte básicamente desde la adopción de los pactos internacionales de Derechos Humanos en 1966 y especialmente desde la aprobación de la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas (1970)⁷.

6. Varias de sus directrices hablan del etnodesarrollo. En sentido amplio, el etnodesarrollo significa mirar hacia adentro, significa encontrar en la cultura del grupo recursos y la fuerza creativa necesarios para enfrentar los desafíos del cambiante mundo moderno. El desarrollo ha de partir del corazón de cada cultura y está relacionado con una concepción compleja del desarrollo de los pueblos, que incorpora lo político, lo económico, lo social, lo cultural, lo jurídico, lo religioso y todo aquello que tiene que ver con la gestión de la tierra y recursos, el medio ambiente, los medios de comunicación o salud, el control de la tierra, los territorios y los recursos naturales. Esta interpretación no es considerada de manera integral en la toma de decisiones que tienen que ver con los territorios, razón por la cual los conflictos por los territorios se suman a la lista de otros más en el contexto colombiano.

7. Con esta Declaración se empezó a aceptar que todos los pueblos, no únicamente los pueblos coloniales, tenían derecho a decidir su futuro libre y responsablemente con la única limitación del respeto a la integridad territorial de los Estados

La mencionada Declaración abrió una puerta muy importante para una interpretación flexible de la autodeterminación sin aludir específicamente a la creación de Estados independientes sino a la generación de marcos de autonomía, en contextos democráticos para los pueblos, sociedades o grupos intraestatales o subestatales diferenciados que habitan al interior de los Estados en los que puedan ejercer sus derechos históricos de carácter social, económico y cultural. Se reconoce a los pueblos indígenas una libre determinación sometida a límites, por el Estado, no renunciables, frente a intereses y riquezas de los territorios indígenas.

Es por esto que los contenidos de la consulta previa están definidos por la autodeterminación fundamentada en su diferenciación cultural y, por tanto, a la titularidad de ciertos derechos, motivo por el cual la consulta previa se erige como mecanismo de protección de la identidad política, económica y cultural de estos pueblos.

Adentrándose en los contenidos de estos derechos, con el fin de identificar el objeto de protección de la consulta previa, y tomando como referencia el caso específico de los pueblos indígenas, existen, según la doctrina constitucional, tres tipos de titularidad vinculada a los derechos de los pueblos indígenas que se derivan del estudio del Derecho Internacional, Convenio 169 de la OIT, de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en Asamblea

General de las Naciones Unidas, del proyecto de Declaración Interamericana, y de las decisiones de los tribunales internacionales y de los órganos de control de los convenios de Derechos Humanos. La doctrina internacional⁸ habla de una *titularidad individual genérica*, una *titularidad individual específica* y una *titularidad colectiva*.

La primera se remite a los derechos de las personas de origen indígena, en tanto que pertenecientes a este tipo de comunidades etnoculturales diferenciadas supone un refuerzo de los derechos humanos individuales reconocidos internacionalmente. Es así como esta individualidad toma forma en el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser objeto de discriminación alguna, en particular fundada en su origen o identidad indígena; a una nacionalidad; esta individualidad toma forma en el derecho a la integridad personal, tanto física como mental; a la libertad y la seguridad de las personas; a no sufrir la asimilación forzosa o la destrucción de una cultura; a la libertad religiosa y de conciencia; a pertenecer a una comunidad o nación indígena de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que trate; a no ser reclutado contra su voluntad para servir en las fuerzas armadas; a una educación según las formas del Estado sin discriminación; derecho a una formación adecuada sobre la base de su propia identidad y a la educación en su propia cultura y en su propio idioma; a no

siempre y cuando este último se condujera de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y, los gobiernos representasen activamente a la totalidad de las comunidades culturales que pertenecieran a ese territorio sin distinción de raza, religión, grupo étnico, credo o color. Reconociendo internacionalmente que un Estado que violaba en forma grave sus obligaciones en relación con un pueblo o comunidad diferenciada, dentro de sus fronteras, perdía su legitimidad de gobernarlos, por lo que si sucesivos gobiernos oprimían repetidamente y durante un largo periodo de tiempo a una comunidad, violaba los derechos humanos de sus miembros así como sus libertades fundamentales y no quedaba otra vía alternativa para la obtención de marcos de autogobierno, las comunidades sometidas podrían ejercer su derecho a la libre determinación del Estado, incluida, en este caso extremo, la secesión, como vía para asegurar el respeto a la dignidad de sus pueblos.

8. El profesor Juan Daniel Oliva Martínez clasifica los derechos de los pueblos indígenas en este orden. “Acerca de la protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional II”, en *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2008: 168.

ser sometidos a condiciones discriminatorias de trabajo, empleo o salario y a gozar de todos los derechos laborales; y a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental.

La *titularidad individual específica* está relacionada con los derechos de los niños, los jóvenes, las mujeres, las personas con discapacidad o los ancianos indígenas, quienes aun viendo reconocidos una serie de derechos generales manifiestan una situación de especial vulnerabilidad que exige unos derechos específicos, que por las condiciones de la población deben ser favorecidos con medidas estatales de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Finalmente, la *titularidad colectiva*⁹ está vinculada a los derechos síntesis de los pueblos indígenas como dimensiones complementarias, desde la lectura occidental y originaria de la de los pueblos indígenas, de la libre determinación: a) derecho de autonomía y autogobierno, b) derecho de autodesarrollo, c) derecho a la identidad cultural, d) derecho a la tierra y al territorio, e) derecho al derecho propio, f) derecho al consentimiento libre, previo e informado, el cual se convierte en un instrumento de garantía y protección de todos los derechos citados con anterioridad.

Para los pueblos indígenas la suma de todos se concreta en el territorio y el acceso a los recursos, cimiento del derecho propio de todos los pueblos indígenas del mundo. Al efecto, la jurisprudencia internacional ha establecido precedentes sobre los derechos territoriales¹⁰ relativa a los derechos de propiedad colectiva, así como de las obligaciones de los Estados de respetar y reconocerlos, y de adoptar medidas específicas de protección, de acuerdo con los usos consuetu-

dinarios y tradiciones de explotación de la tierra y aprovechamiento de los recursos naturales.

El territorio, como centro de la vida de los pueblos indígenas y comunidades culturalmente diferenciales, es de carácter sagrado. Sobre él se tejen no solo relaciones materiales sino, principalmente, espirituales. No solo relaciones individuales, sino colectivas. Conforme a la naturaleza de cada especie, incluida la humana, la vida adquiere su mayor expresión en armonía con la naturaleza individual y colectiva. De allí que un daño a una persona comporta uno al territorio y su población, o un daño a la naturaleza rompe la armonía de miles de generaciones, según su cosmovisión, por lo que la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas realiza en su mayor expresión los principios de universalidad, conexidad e interdependencia de los derechos, que para ellos nacen todos de la vida como pilar integrador, objeto de garantía y protección de la consulta previa, “salvaguarda para la preservación de los derechos sobre los territorios en los que se expresa la diversidad cultural”¹¹.

Es así como la consulta previa surgió con el fin de impedir que, en el marco de esta cosmovisión, proyectos ejecutados por empresas privadas o por los Estados pongan en amenaza la suma de características y configuración específica de estos derechos. Igualmente pretende que las medidas legislativas, políticas o institucionales tomadas por el Estado o los gobiernos no los afecten negativamente, considerado éste como “uno de los principales problemas de los derechos humanos con que los pueblos indígenas se han enfrentado en los últimos decenios”¹².

En el año 2001 el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ex-



presó: “[p]esar porque las tierras tradicionales de los grupos indígenas han sido reducidas u ocupadas, sin su consentimiento, por compañías madereras, mineras y de petróleo a expensas de su cultura y del equilibrio del ecosistema”, recomendando a Colombia, particularmente, la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan sus vidas¹³.

En el contexto colombiano dos aspectos han marcado actualmente, entre otros, su inusitada importancia y esfuerzos desde la doctrina constitucional y los movimientos de derechos humanos, por llenar de contenidos esta figura; una, la disputa sobre los territorios con reservas y protección especial habitados por comunidades etnodiferenciales (resguardos indígenas y territorios colectivos principalmente) y los intereses económicos que existen en el suelo y el subsuelo de los mismos. De otra parte, la liberalización de los mercados cuya estrategia primordial consiste

en reducir la regulación nacional y rectoría del Estado sobre la inversión por parte de los diferentes actores locales, nacionales, multi y transnacionales, fenómeno que buscó acrecentar la inversión en la exploración y explotación minero energética, en un esquema económico de crecimiento y reprimarización de la economía, que ha exigido una mayor intervención de defensores de derechos humanos, del ente jurisdiccional y de la sociedad civil por reclamar un adecuado procedimiento y fundamentalidad de la consulta previa en su realización, en el marco de la bonanza de las regalías.

La Ley 21 de 1991, que ratifica el Convenio 169 de la OIT, establece en su artículo 6.º: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se

9. Estos derechos generan un problema adicional consistente en la titularidad de los mismos y su identificación.

10. Caso *Awas Tingni (contra Nicaragua) 2001*. Comunidad Mayagna (Sumo). Corte Interamericana de DDHH. Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) n.º 79.

11. Ob. cit., supra nota 4: 240.

12. Rodolfo Stavenhagen. Relator Especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas. Doc. Of. CES. UN. 58 ses., Doc. UN E/CN. 4/2002/97. 2002: 97. En ob. cit. supra nota 4: 246.

13. CDESC. Conclusiones finales del CDESC: Colombia. 30/11/2001, Doc. Of CESCR UN, 27 sesión. Doc. UN CESCR E/C.12/Add. 1/74 2001:12



prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” En el artículo 7.º se hace relación a las garantías territoriales que los pueblos étnicos tienen, al señalar que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.

Por su parte, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, mediante el cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y por el que se organizó el Sistema Nacional Ambiental, estableció: “la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y de

las negras tradicionales, de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia, se tomarán previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

La Corte Constitucional, en la Sentencia SU-039/97, tratándose de la consulta previa en territorios que producirán regalías, lo elevó a la categoría de derecho fundamental como mecanismo para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social, y dijo que el Gobierno Nacional deberá para el caso valerse de medidas legislativas¹⁴. El alto tribunal consideró que debe consultarse a las comunidades cuando estas medidas afecten directamente sus derechos, y se altere con la ley el estatus de la persona o las comunidades porque impone restricciones o gravámenes, o confiere beneficios¹⁵:

a) Dar a las comunidades conocimiento pleno sobre el proyecto de ley de regalías;

b) Enterarlas e ilustrarlas sobre la manera como su ejecución puede conllevar un impacto en los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política, y

c) Dar la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren en espacios autónomos las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros para posteriormente ser oídos en relación con las inquietudes y pretensiones, en lo que concierna a la defensa de sus intereses buscando la comunidad participación activa y efectiva en la toma de la decisión.

En cuanto a las medidas administrativas, en caso de explotación de recursos naturales, la Corte ha manifestado que la consulta debe buscar:

a) Que la comunidad tenga conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que

concierna a la defensa de sus intereses y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo¹⁶.

Es así como el derecho a la consulta previa adquiere unos contenidos de respeto por la libre autodeterminación y por la especificidad de los derechos de los cuales son titulares estos pueblos, sintetizados en el conocimiento previo, amplio, suficiente y profundo de los proyectos que los pueden afectar, y valorar libremente con su comunidad las ventajas y desventajas de los mismos. Se busca con lo anterior que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual, en la medida de lo posible, debe acordarse o concertarse, afirma la Corte.

En los procesos de licencias ambientales, la regulación está determinada por el Decreto 1320 de 1998, cuyo objeto es analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que se causa con ocasión de la explotación de recursos naturales en el territorio protegido y las medidas de protección frente a un proyecto, obra o actividad (medidas de prevención, corrección, compensación y mitigación de impactos y efectos negativos).

El Decreto 1320 de 1998 reglamenta el procedimiento de la consulta previa a comunidades indígenas y negras, que por su falta de precisión ha sido inaplicada por orden de la Corte Constitucional para ciertos casos, por considerarla inconstitucional; principalmente habida cuenta que la decisión a la que se arriba en la consulta no obliga a acatarse, hecho que incrementa el “autoritarismo y arbitrariedad”, no obstante la Corte Constitucional haya exigido, mediante Sentencia SU-039/97, que la decisión sea razonada, objetiva y proporcionada a la finalidad constitucional.

Según lo establecido en el Convenio 169, la consulta debe realizarse bajo ciertos criterios, tales como la buena fe en su realización, que

14. Ver Sentencia SU-039/97, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

15. Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008.

16. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97.

según el artículo 6.º del mismo, comporta un diálogo genuino, caracterizado por el respeto, el entendimiento y la buena fe, con el ánimo de llegar a algún acuerdo. Igualmente, supone que la consulta debe ser informada suficientemente con una comunicación constante entre las partes con la claridad necesaria para la toma de decisiones. Se ha manifestado que la consulta debe ser culturalmente adecuada, teniendo en cuenta las costumbres y tradiciones de las comunidades consultadas, sin desconocer que busca llegar a un acuerdo, motivo por el cual debe hacerse en los tiempos adecuados para que la toma de decisiones sea fruto de un verdadero proceso.

Participan en la consulta previa las instituciones del Estado y los responsables del proyecto, obra o actividad. El Ministerio del Interior y de Justicia de la Dirección de Etnias lidera el proceso y debe contarse en todo momento con la presencia del Ministerio Público. Debe participar el INCODER en los temas de tierras. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o Corporaciones Autónomas Regionales en caso de exploración y explotación de recursos naturales, para lo cual la autoridad ambiental lidera el proceso, si el procedimiento se trata de licenciamiento.

En consideración al derecho al autogobierno y al autodesarrollo de los pueblos indígenas, debe participar la representación y la autoridad de las comunidades, así como se extiende a los miembros de la comunidad, hecho último que las comunidades lo exigen, en la medida que la toma de decisiones en sus territorios es colectiva. Igualmente, debe hacerse según los parámetros legales en el marco de la interculturalidad y la lengua de las comunidades, y debe realizarse en las instituciones tradicionales de cada pueblo.

Existe una mesa permanente de Concertación de los Pueblos Indígenas con la que el Estado

debe acordar las decisiones administrativas y legislativas que puedan afectarles negativamente, a efectos de hacer también seguimiento a los acuerdos, según el Decreto 1397 de 1996, que equivale a la Comisión Consultiva de Alto Nivel para las Comunidades Negras¹⁷.

En síntesis, y retomando las palabras de la Corte, la consulta previa es un derecho de carácter colectivo que se realiza por medio de un procedimiento público, especial y obligatorio en el que se garantiza el debido proceso (oportunidad, información adecuada, comunicación intercultural, bilingüismo), y se hace de manera previa a la adopción de medidas administrativas, legislativas, o al decidir sobre proyectos, actividades u obras que puedan afectar dichas comunidades. Adquiere una importancia inmensa en el marco de las políticas macroeconómicas del país, con la locomotora minero energética del Plan de Gobierno Nacional, el aumento indiscriminado de licenciamientos y la disminución de zonas protegidas, así como el cambio de uso de suelo a favor de la inversión extranjera y local con estos fines.

Cuestión bien diferente es la relacionada con la capacidad política y fáctica con la que cuentan realmente los pueblos indígenas para ejercer ese derecho, y los Estados responsables para garantizarlo, en un contexto marcado por la extensión de los procesos de globalización que están asociados a la internacionalización de un modelo de desarrollo hegemónico cuyas bases y fundamentos (individualismo, explotación de los recursos naturales a gran escala, consumo de energías no renovables, elevación constante de la productividad y altos niveles de consumo, acumulación de capital) están en clara contradicción con los ejes vertebradores del desarrollo y el “buen vivir” que defienden los indígenas vinculados a la solidaridad, la explotación controlada de los recursos, el manejo sostenible y no utilitario de



la tierra, el carácter colectivo de la propiedad, el trabajo comunitario y la cooperación mutua, el bienestar que antecede la acumulación, concluyendo que apostar por la protección de los derechos de las comunidades diferenciales, étnica y culturalmente, supone apostar por la construcción de un mundo diferente, de modelos de desarrollo diferentes, que el mundo reclama a voces en todos los lugares, muy distinto del panorama que nos ofrecen las dinámicas económicas y los centros económicos de poder imperantes internacional y nacionalmente.

En la actualidad se debaten en el país procesos, entre otros, el Quimbo, en el que se disputan aproximadamente 78.000 hectáreas de territorio indígena para la ejecución de 11 proyectos multinacionales (petróleo, red e interconexión de energía, represa hidroeléctrica, etc.); en esta zona del Huila hay vestigios de cinco pueblos arqueológicos, y las comunidades indígenas ejer-

cen su derecho a la resistencia por la pervivencia de sus culturas. La Colosa es otro ejemplo en el que, si bien no hay territorios indígenas, la presencia de la multinacional Anglo Gold Ashanti busca explotar oro a cielo abierto, prohibido en varios países por las consecuencias medioambientales irreversibles. Esta empresa tiene presencia en 22 departamentos del país, y es solo una de las varias que se encuentran en el país. El Parlamento británico manifestó su preocupación por la presencia de esta empresa multinacional y el tipo de actividades por ejecutar¹⁸. En todos estos procesos de licenciamiento el ejercicio del derecho a la consulta previa no ha logrado aún hacer consistencia con los derechos que protege, la apertura y globalización que se expresa en regulación flexible y baja rectoría y supervisión del Estado perjudican ampliamente la estabilidad de los territorios y la identidad y cultura de los pueblos milenarios del país.

17. Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008.

18. Recuperado en: <http://www.parliament.uk/edm/2010-12/2076>. (Consultado 1.12.12).

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia, 1991. Secretaría del Senado, República de Colombia. <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>

Comisión Colombiana de Juristas. *Derecho Fundamental a la Consulta Previa*. Boletín n.º 2 Serie sobre derecho a la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, 2008.

Oliva Martínez, Juan Daniel. “Acerca de la protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional II”. *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Madrid, Dykinson, 2008.

Rodríguez, Gloria Amparo. “La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia”. Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.

Rodríguez Garavito, César, Morris Meghan et al. *La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares de derecho internacional*, colección Justicia Global. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Universidad de los Andes, 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Awas Tingni (contra Nicaragua) 2001*. Co-

munidad Mayagna (Sumo). Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) n.º 79.

Rodolfo Stavenhagen. Relator especial, Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas, 2008.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Res. AG 217(III), Doc. of. AG NU 3.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 de diciembre de 1966 [PIDESC].

Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, conferencia general de la UNESCO, Doc. of. UNESCO, 31 ses., art. 5 [Declaración universal de la UNESCO].

Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998.

Publicación del CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

Directora: EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO

Amigo lector: Sus opiniones nos serán útiles y gratas. Las esperamos en el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, oficina A-301, Universidad Externado de Colombia, calle 12 n.º 1-17 este, o en la dirección de correo electrónico <centro.genetica@uexternado.edu.co>.