



Tejiendo Derechos

La consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado

1

TEJIENDO DERECHOS
La consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado

Primera edición septiembre de 2011
© Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - DEJUSTICIA
© Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC

Contenidos
Natalia Orduz Salinas (coord.)
Ana Manuela Ochoa
Fernando Fierro

Guías pedagógicas
Juan Camilo López
Michael Cruz

Con el apoyo de
Luis Fernando Arias
Yukyan Lam
Diana Carrillo González

Diseño e ilustraciones
Alejandro Ospina

Este trabajo se realizó gracias a apoyo del Reino de los Países Bajos

Impresión
Graphic City
ISBN 978-958-99142-4-3
Impreso en Colombia

Todos los derechos reservados.
Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta cartilla
sin la autorización escrita de los editores.

Bienvenida

Las cartillas que integran la serie TEJIENDO DERECHOS buscan contribuir a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas a través de la exposición de las herramientas jurídicas existentes para defender sus derechos a la autonomía, cultura, territorio y pervivencia. El primer libro de la colección, que ahora tiene en sus manos, está dedicado a desarrollar el derecho fundamental a la consulta y al consentimiento libre previo e informado.

La cartilla está dividida en siete partes dedicadas a explicar los fundamentos jurídicos de los derechos a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado. En las siguientes páginas se hablará sobre qué son los derechos a la consulta y al consentimiento libre, previo informado, para qué son estos derechos, qué es lo que debe consultarse, quiénes participan en la consulta y cómo debe realizarse a cabo un proceso de consulta previa. Al final encontrará un caso real del cual se pueden extraerse lecciones importantes sobre los derechos a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.





Contenido



Ojo al problema

9



Qué son la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado

13



¿Para qué son la consulta y el consentimiento libre, previo e informado?

19



¿Qué se consulta?

23



¿Quiénes participan en la consulta?

31



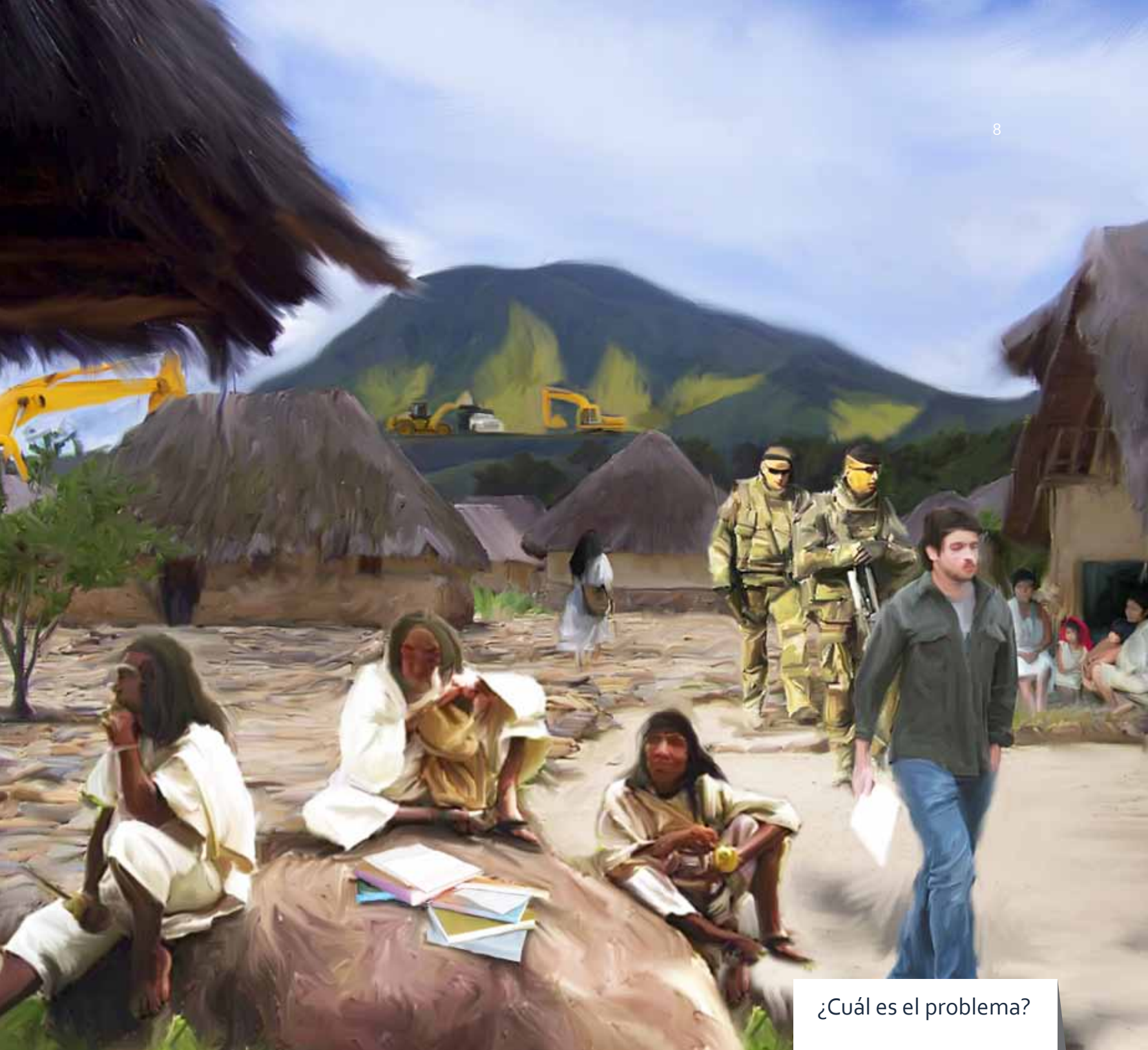
¿Cómo se hace la consulta?

35



Un caso para saber más

41



¿Cuál es el problema?

Ojo al problema

Actividad 1: preste atención al dibujo. Discuta colectivamente lo que aparece en dicho dibujo. Luego, anímese a contestar las siguientes preguntas:

- ¿Quiénes aparecen en este dibujo?
- ¿Qué está pasando en el territorio indígena?
- ¿Cuáles circunstancias de las que se muestran en el dibujo parecen dificultar o impedir un proceso de consulta libre, previo e informado?

Los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía y a disfrutar libremente de su integridad territorial, cultural, económica, social y espiritual.

No obstante, el Estado colombiano frecuentemente toma decisiones, a través del Congreso o del gobierno, que pueden afectar a los pueblos indígenas. Algunas leyes, por ejemplo, pueden regular el sistema educativo nacional y tener impactos sobre la formación de los niños indígenas. Algunas resoluciones ministeriales pueden dar permiso a una empresa a explotar un recurso natural en un territorio indígena.

Estas decisiones deben consultarse con los pueblos indígenas, y, en algunas ocasiones, para implementarlas se requiere su consentimiento libre, previo e informado. La consulta previa no se realiza de cualquier manera y tampoco es una mera formalidad. **Debe tratarse de diálogos interculturales serios, libres, informados y previos a la toma de la decisión.**

Las condiciones para realizar procesos de consulta previa, libre e informada en Colombia no son sencillas. De un lado, con frecuencia, **hay una marcada desigualdad entre las partes**. A veces, una de las partes, por ejemplo las empresas o el mismo Estado, tiene muchos más recursos económicos que los pueblos indígenas y cuenta con información que ellos no tienen.

De otro lado, los procesos se realizan en ocasiones en **contextos de conflicto armado**, donde los pueblos indígenas sufren de presiones de distintos actores.

Finalmente, para los pueblos indígenas, los impactos que las medidas pueden generar muchas veces no son fáciles de prever o de calcular. **Algunos de ellos son invaluableles como la pérdida de sitios sagrados, el debilitamiento de las culturas o la división de las comunidades u organizaciones.**

Estas situaciones no deben perderse nunca de vista en un verdadero proceso de consulta previa, libre e informada y deben ser tenidas en cuenta para determinar cuándo es necesario el consentimiento libre, previo e informado.



La consulta previa es un derecho fundamental

12





2. ¿Qué son la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado?

Actividad 2: preste atención al dibujo. Discuta colectivamente lo que aparece en dicho dibujo. Luego, anímese a contestar colectivamente las siguientes preguntas:

- ¿Qué pueden estar discutiendo las personas?
- ¿Quiénes participan en este diálogo?
- ¿Por qué es importante esta reunión?

Jurídicamente, desde el año de 1989, año en que nació el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, los pueblos indígenas tienen el derecho a que se les consulten todas las decisiones que los afecten de alguna manera, por ejemplo, a su territorio o su cultura. El Convenio 169 es una norma internacional que Colombia se comprometió a cumplir a través de un acto llamado **ratificación**. El Convenio 169 está incorporado en la ley 21 de 1991.

Vocabulario jurídico

La ratificación de un convenio o de un tratado es el acto mediante el cual Colombia y cualquier otro país se compromete frente a los demás países y otras instancias internacionales, como por ejemplo las Naciones Unidas, a aplicar esa norma de derecho internacional como parte de las leyes propias del país.

Ese mismo año, nació la nueva Constitución Política que también exige la participación de los pueblos indígenas y protege la diversidad cultural y étnica de la nación.

A través de la consulta previa se protegen los derechos al territorio, a la autonomía, a la participación, a la identidad cultural y a no ser desplazado del territorio. **La consulta previa es una garantía importante para la pervivencia de los pueblos indígenas** en Colombia.

Por tratarse de una garantía tan importante, la **Corte Constitucional** de Colombia ha señalado que **la consulta previa es un derecho fundamental**.

Vocabulario jurídico

La Corte Constitucional es el máximo tribunal que existe en Colombia encargado de vigilar que las leyes y las actuaciones de los colombianos respeten la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales. La Corte evalúa que las leyes que expide el Congreso estén de acuerdo con lo que señala la Constitución Política. En otros casos, la Corte Constitucional puede revisar y decidir nuevamente sobre las acciones de tutela que fallan los jueces de la República. La Corte Constitucional está conformada por nueve magistrados.

Si se quiere impulsar una medida, como un proyecto de exploración y explotación de recursos, con impactos profundos o que pongan en riesgo la pervivencia de los pueblos indígenas, se debe obtener, además, su consentimiento libre, previo e informado. Es decir, para que el proyecto pueda avanzar, la comunidad o el pueblo afectado deben estar de acuerdo con él.

Cuando no se realiza la consulta previa o se lleva a cabo sin todas sus garantías o no se obtiene el consentimiento en casos que tengan impactos profundos o que pongan en riesgo la pervivencia del pueblo, **es posible interponer una acción de tutela o eventualmente reclamar este derecho en ámbitos internacionales de protección de derechos humanos**.

Por violación del derecho fundamental a la consulta previa, la Corte Constitucional también ha ordenado suspender proyectos de exploración y explotación de recursos hasta que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado del pueblo afectado.

Vocabulario jurídico

La Acción de Tutela es un mecanismo que existe para la protección de los derechos fundamentales de los habitantes de Colombia. La Corte Constitucional ha dicho que la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas. En consecuencia, es posible utilizar la acción de tutela para lograr que las autoridades estatales respeten este derecho.

Frecuentemente, ha ocurrido que la Corte Constitucional ha declarado que no realizar la consulta previa para leyes que afecten a los pueblos indígenas es contrario a la Constitución. Leyes que afecten a los pueblos indígenas son, por ejemplo, aquellas que regulan temas relacionadas con la explotación de recursos en sus territorios o con otros temas como las reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Por no haber sido consultadas, la Corte ha declarado inconstitucionales leyes como la Ley de Desarrollo Rural y la Reforma al Código de Minas, entre otras. La Corte ha tomado estas decisiones después de que se le ha presentado una **acción de inconstitucionalidad** contra dichas leyes.

Vocabulario jurídico

La Acción de Inconstitucionalidad es una herramienta jurídica mediante la cual cualquier ciudadano demanda una ley ante la Corte Constitucional porque considera que contradice a la Constitución.

La consulta previa cuenta con principios y reglas desarrollados por los organismos internacionales de derechos humanos y, en Colombia, por la Corte Constitucional. Asimismo, la consulta y el consentimiento deben ser conformes al derecho propio, la ley de origen y el derecho mayor.

Para que la consulta respete el ordenamiento propio de cada pueblo indígena, no debe estar definida de manera rígida. A pesar de la existencia de normas y pautas de consulta previa, existen inquietudes sobre la definición de sus etapas y efectos.

En Colombia, el Decreto 1320 de 1998 intentó llenar los vacíos existentes para la realización de consultas previas, pero la Corte Constitucional y el Consejo de Administración de la OIT han declarado que esta norma no se adapta a los estándares internacionales. Por ello, no debe ser la pauta de la consulta previa.

Las directrices y reglas de la consulta previa están dadas por normas internacionales, como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la aplicación e interpretación de estas normas por diferentes órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en Colombia, la Corte Constitucional.

Reflexionar para avanzar...

Actividad 3: antes de continuar, discuta y responda colectivamente las siguientes preguntas:

- ¿Cuáles son los derechos que se protegen a través de la consulta previa y del consentimiento libre, previo e informado?
- ¿Cuándo un proyecto de exploración o explotación de recursos puede amenazar la pervivencia de un pueblo indígena?
- ¿Qué quiere decir que la consulta previa sea un derecho fundamental?





¿Cuándo decir sí o no?



¿Para qué son la consulta y el consentimiento libre, previo e informado?

Actividad 4: preste atención al dibujo. Discuta colectivamente lo que aparece en dicho dibujo. Luego, anímese a contestar las siguientes preguntas:

- ¿A qué podrían estar diciendo “no” las autoridades indígenas?
- ¿Qué razones podrían tener para decir “no”?

El objetivo de la consulta previa es llegar a un acuerdo o alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas sobre las medidas que se pretenden llevar a cabo, sean leyes, resoluciones o intervenciones en sus territorios. En los casos en donde se ponga en riesgo la pervivencia de los pueblos indígenas, la consulta previa debe llevar al consentimiento libre, previo e informado. Es decir, la medida solo se puede implementar si el pueblo indígena está de acuerdo.

Los Estados han sido renuentes a aceptar que los pueblos indígenas tengan el derecho al consentimiento libre, previo e informado para sus decisiones legislativas, administrativas o sus proyectos de desarrollo. Por ello, hasta hace poco tiempo, se suponía que en todos los casos la última palabra la tenía el Estado, quien debía tomar la decisión final desprovista de arbitrariedad y autoritarismo.

No obstante, tras la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Corte Interamericana y la

Corte Constitucional de Colombia han declarado que **los proyectos de desarrollo o inversión y las medidas que tengan impactos profundos o que puedan poner en riesgo la pervivencia de un pueblo indígena deben obtener el consentimiento libre, previo e informado para ejecutarse**. De lo contrario, no pueden llevarse a cabo.

La razón es que ningún proyecto o medida es más importante que la pervivencia de un pueblo indígena. Solo los pueblos indígenas conocen los riesgos que una medida podría significar en su vida, en su cultura, en su organización social y política, en su territorio, en sus sistemas propios de producción y en su plan de vida oral o escrito. Por ello, quienes deben evaluar cuándo está en riesgo la pervivencia son los mismos pueblos indígenas.

En la sentencia T-769 de 2009, la Corte Constitucional al referirse al caso del Cerro Jaicatuma (Careperro) en Colombia, señaló:

Esta Corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo y la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre muchas otras consecuencias.

En la sentencia T-129 de 2011, en la que se hace referencia a los resguardos Chidima y Pescadito en Colombia, la Corte dijo:

la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.



Reflexionar para avanzar...

Actividad 5: antes de continuar, discuta y responda colectivamente las siguientes preguntas:

- ¿Qué es el consentimiento libre, previo e informado?
- ¿Por qué debe obtenerse el consentimiento libre, previo e informado cuando está en riesgo la pervivencia de un pueblo indígena?
- ¿En qué casos considera usted que el consentimiento libre, previo e informado es necesario para proteger el plan de vida y la pervivencia de su pueblo indígena?



Algunas situaciones que deben ser consultadas





¿Qué se consulta?

Actividad 6: preste atención al dibujo. Discuta colectivamente lo que aparece en dicho dibujo. Luego, anímese a contestar las siguientes preguntas:

- **¿Por qué las situaciones representadas en los dibujos pueden afectar a un pueblo indígena?**
- **¿Qué otras situaciones podrían afectar a un pueblo indígena?**

Deben ser consultadas todas las decisiones del Estado que afectan directamente a los pueblos indígenas. El pueblo indígena, más que nadie, sabe cuándo hay o podría haber una afectación, porque solo él conoce los posibles daños ambientales, territoriales, culturales, sociales, económicos y espirituales que puedan surgir con un proyecto o medida.

Algunas de las situaciones previstas que requieren consulta previa son las siguientes:

a) Medidas administrativas y legislativas

Las medidas administrativas cubren cualquiera de las decisiones que toma el gobierno a través de la rama ejecutiva (por ejemplo, el presidente, los ministros, los gobernadores y los alcaldes). Entre esas decisiones se encuentran las licencias ambientales que se dan para desarrollar un proyecto o los títulos mineros que permiten explorar un territorio determinado.

Las medidas legislativas, por otro lado, son las leyes expedidas por el Congreso o los decretos con fuerza de ley expedidos por el Presidente de la República que tienen el mismo valor de una ley. En ocasiones, cuando no se han consultado leyes que afectan directamente a los pueblos indígenas, la Corte Constitucional ha dicho que esas leyes no tienen validez, porque van en contra de la Constitución.

Al respecto, el Convenio 169 de la OIT, señala que:

Artículo 6

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 instituciones 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 propuestas.

b) Exploración y explotación de recursos y participación en beneficios

Siempre que exista un proyecto de aprovechamiento de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas, debe llevarse a cabo una consulta previa, libre e informada antes de la exploración y de la explotación de dichos recursos. Es decir, la consulta debe darse no solo antes de que entren las máquinas a un territorio indígena, o se comience a ejecutar el proyecto, sino antes de que se autorice, tanto la exploración, como la explotación.

Al respecto, el Convenio 169 de la OIT señala que:

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

c) Medidas que afecten territorios titulados y ancestrales

El derecho a la consulta previa no se limita a proteger los intereses de los pueblos indígenas en territorios que han sido titulados a su favor. Esto quiere decir que también se protegen los territorios que constituyen el ámbito de vida social, cultural, económica y espiritual, estén titulados o no. En consecuencia, siempre debe hacerse consulta previa de las medidas administrativas y legislativas, y de los proyectos de desarrollo que afectan tanto a los territorios titulados como a los ancestrales.

El Convenio 169 de la OIT dice:

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

d) Procesos de reubicación

En principio, los pueblos indígenas no deberían vivir en un territorio distinto al propio. Sin embargo, en ciertas ocasiones, cuando se vuelve práctica-

mente imposible que un pueblo siga viviendo en el territorio ancestral que ocupa, se requiere llevar a cabo una reubicación. En estos casos, el pueblo indígena debe expresar su consentimiento libre, previo e informado. Si la reubicación se aprueba tendrá que hacerse en tierras de igual o mejor extensión o calidad que las propias.

La Declaración de la ONU de los derechos de los pueblos indígenas señala:

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o 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 del regreso.

e) Militarización del territorio

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas hace referencia a la afectación de los pueblos indígenas como consecuencia de actividades militares. En dicho documento se señala, entonces, que el uso de las tierras para actividades militares debe justificarse solamente por razones de interés público o por petición de los mismos indígenas, y, en todo caso, deben ser consultadas previamente.

El artículo 30 de la Declaración de las Naciones Unidas establece:

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

f) Reparaciones

Finalmente, en caso de que el Estado sea responsable de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas, las medidas de reparación que se apliquen deberán ser consultadas. Ello implica consultar el tipo de daño que se le causó al pueblo indígena, que entre muchos otros puede ser territorial, cultural, social, económico o espiritual. Una vez definidos los daños, deben consultarse las medidas de reparación. Para profundizar en este tema, recomendamos leer la cartilla sobre reparaciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia que resuelve el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, (p.151) dice:

"La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario".

Reflexionar para avanzar...

Actividad 7: antes de continuar, discuta y responda colectivamente las siguientes preguntas:

- Dé ejemplos concretos de medidas que deben ser objeto de consulta previa
- ¿Conoce algún caso de consulta previa? ¿Qué medida se consultó?
- ¿Conoce alguna medida que se implemente en su territorio y que no fue consultada?





¿Quiénes participan en la consulta?

Actividad 8: preste atención al dibujo. Discuta colectivamente lo que aparece en dicho dibujo. Luego, anímese a contestar las siguientes preguntas:

- **¿Cuáles son las personas de un pueblo indígena que deben asistir a las reuniones de consulta previa?**
- **¿Cuáles instituciones, organizaciones y personas deberían acompañar a los pueblos indígenas en un proceso de consulta previa?**

Toda la comunidad tiene derecho a estar informada de las medidas que se consultan y debe poder participar permanentemente durante el proceso de consulta. Sin embargo, las decisiones deben tomarse a través de las autoridades representativas de los pueblos indígenas. Acuerdos con personas de las comunidades que no fueron delegadas expresamente nunca podrán ser entendidos como parte de la consulta previa.

Si las autoridades indígenas lo consideran pertinente, pueden participar las organizaciones indígenas y otros aliados que ellas escojan libremente. El papel de las organizaciones indígenas es muy valioso para vigilar el proceso y apoyar a las comunidades o pueblos consultados.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-461 de 2008 dijo:

No tendrán valor de consulta previa: la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente; ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas.

El responsable de llevar a cabo la consulta previa es el gobierno. Esta responsabilidad se aplica en los casos relacionados con la decisión de medidas administrativas, como en los casos relacionados con la adopción de medidas legislativas. En Colombia, el responsable de coordinar y asegurar que se cumpla este derecho es el Ministerio del Interior y de Justicia. En los proyectos que requieren licencia ambiental, participa también la autoridad ambiental competente.

Es importante resaltar que es el gobierno y no la empresa el responsable de llevar a cabo la consulta previa, porque el gobierno debe velar por la protección y la garantía de todos los derechos de los pueblos indígenas, como el de la consulta previa, pero también los derechos a la educación, a la vivienda, salud y a la seguridad alimentaria, entre otros.

Durante todo el proceso de consulta previa debe estar presente el Ministerio Público a través de la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo y los personeros para vigilar que se cumplan las garantías de la consulta previa.



Reflexionar para avanzar...

Actividad 9: discuta y responda colectivamente las siguientes preguntas:

- ¿Quién es siempre el responsable de llevar a cabo la consulta previa y por qué?
- ¿Deben las organizaciones indígenas participar en los procesos de consulta previa y por qué?

- 
- A woman wearing a bright pink traditional dress with blue and yellow geometric patterns and a blue headscarf stands next to a whiteboard. She is pointing her right hand towards the text on the board. The background shows a sandy area with palm trees and a clear blue sky.
- De buena fe
 - Respetuosa del derecho propio
 - Informada
 - Respetuosa del proceso pre-consultivo
 - Libre
 - Previa
 - Con el ánimo de llegar a un acuerdo
 - Con respeto al derecho al consentimiento libre, previo e informado



¿Cómo se hace la consulta?

Actividad 10: preste atención al dibujo anterior. Discuta colectivamente lo que aparece en dicho dibujo. Luego, anímese a contestar las siguientes preguntas:

- **¿Cómo se realizan los diálogos y cómo se toman las decisiones en mi comunidad?**
- **¿Cómo espera mi comunidad o mi pueblo que se realice un proceso de consulta previa, libre e informada?**

No existe un procedimiento detallado sobre los pasos que se deben seguir para llevar a cabo la consulta previa. Sin embargo, según la ley de origen y las normas internacionales y nacionales existen algunos principios básicos en un proceso como este que deben respetarse siempre. En consecuencia, estos procesos deben ser:

a) De buena fe

La consulta previa, libre e informada debe realizarse de buena fe, es decir, con el ánimo de llegar a un acuerdo y de lograr el consentimiento, sin engaños o presiones de ningún tipo. Una actitud que busque la división de un pueblo indígena o que se base en la entrega de prebendas a algunos individuos para que tomen una determinada posición es contraria a la buena fe.

b) Respetuosa del derecho propio

La consulta, además, debe ser respetuosa de la ley de origen y derecho propio de los pueblos indígenas. Por ejemplo, cada pueblo tiene un procedimiento para tomar una decisión que se desarrolla de acuerdo con tiempos propios que

permitan la deliberación y la discusión. Además, en las reuniones en las que participan funcionarios del gobierno y representantes de los pueblos indígenas debe existir uno o varios traductores que se encarguen de comunicar las ideas discutidas. De esta forma, la información y los argumentos no solo se comparten con las personas que entiendan español.

c) Informada

Los pueblos indígenas afectados deben ser integralmente informados sobre todas las medidas que los afectarán de tal manera que puedan valorar de manera consciente y libre las ventajas y desventajas de dichas medidas. Esta información debe ser presentada de manera clara y oportuna. Los contenidos mínimos deben ser:

- Las características del proyecto que se va a desarrollar: su duración, el área de influencia, las etapas en las que se desarrollará y el personal que ingresará al territorio.
- La identificación de los actores involucrados en el desarrollo del proyecto y los deberes que deben cumplir durante la realización de su trabajo. En el caso de las empresas también es necesario conocer su origen, las normas que las rigen con respecto a su relación con los pueblos indígenas y el medio ambiente, y los mecanismos de vigilancia y sanción existentes en caso de incumplimiento de sus deberes.
- La afectación del proyecto sobre el pueblo indígena y su territorio. Los impactos deben mirarse desde distintas perspectivas: ambiental, económica, social y cultural. En estos casos el gobierno tiene la obligación de contar con estudios independientes e imparciales que evalúen oportunamente las afectaciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones son obligatorias para Colombia, en la sentencia que resuelve el caso Saramaka vs. Surinam dijo:

El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio.

d) Respetuoso del proceso preconsultivo

La manera de llevar a cabo el proceso de consulta previa depende de los tiempos, los participantes y los encuentros que sean necesarios. Estas condiciones deben ser concertadas con las autoridades representativas del pueblo indígena antes del inicio del proceso.

En la Sentencia C-461 de 2008 la Corte Constitucional de Colombia dijo respecto de este tema:

La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad.

e) Libre

Los pueblos indígenas deben estar libres de presiones para deliberar, discutir y tomar decisiones frente a las medidas que serán consultadas. Es decir,

no deben ser presionados, amenazados o perjudicados de ninguna manera y por ningún actor, esté o no relacionado directamente con la consulta. El gobierno deberá garantizar protección a los pueblos indígenas de actores externos que busquen su intimidación o la de sus líderes. Esta obligación toma una mayor importancia en un contexto de conflicto armado.

f) Previa

La consulta debe ser anterior a la toma de las decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas. El momento para llevarla a cabo es cuando se prevean las medidas o los proyectos, no cuando estén decididos y mucho menos, cuando hayan comenzado a ejecutarse.

Cuando se trata de leyes, la consulta previa debe ser realizada antes de que los proyectos de ley sean radicados en el Congreso.

Si se trata de proyectos de extracción de recursos, la consulta previa tiene lugar antes de la autorización y antes del emprendimiento de cualquier actividad de exploración o explotación.

g) Con el ánimo de lograr un acuerdo

La consulta previa no debe ser vista por el gobierno como un requisito para aprobar una medida determinada. Por ello, no debe hacerse como una formalidad. En la consulta libre, previa e informada debe haber esfuerzos por realizar un verdadero diálogo intercultural que busque llegar a acuerdos, superar las desigualdades de las partes, al menos en términos de información, asesoría técnica y recursos jurídicos, y respetar las visiones de desarrollo de los pueblos indígenas.

g) Con respeto al derecho al consentimiento libre, previo e informado

En los casos en que la medida genere impactos profundos o pueda poner en riesgo la pervivencia física y cultural del pueblo indígena, debe respetarse su derecho al consentimiento libre, previo e informado.

Reflexionar para avanzar...

Actividad 11: antes de continuar, discuta y responda colectivamente las siguientes preguntas:



- ¿Cómo se manifiesta la buena fe en un proceso de consulta previa?
- ¿Qué significa que la consulta previa debe ser respetuosa del derecho propio y la ley de origen de los pueblos indígenas?
- ¿Para qué sirve la etapa preconsultiva dentro del proceso de consulta previa?
 - ¿Cuáles circunstancias llevan a que el proceso de consulta no sea realmente libre?
 - ¿En qué momento debe realizarse la consulta para que realmente sea previa?
 - ¿Cuál es la finalidad de un proceso de consulta previa?



Casos para saber más

A continuación se presenta un caso del que se puede aprender sobre los derechos a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado. Preste mucha atención a los hechos y a lo que dicen los jueces. Luego trate de identificar las reglas que se establecen en este caso y que pueden utilizarse en otras situaciones.

a. El caso de Mandé Norte

Los hechos

En el bajo Atrato, en el límite de Antioquia y Chocó, entre los municipios de Murindó y Carmen del Darién, se encuentra el Cerro Jaicatuma (Careperro). Para las comunidades Embera este es un sitio sagrado. Para el Estado y la empresa Muriel Mining Corporation, el lugar resulta muy atractivo, pues se trata de territorios donde se encuentran grandes yacimientos de cobre, oro, molibdeno y otros metales.



En esta región se encuentran los resguardos de Uradá Jiguamiandó, Murindó, Río Chageradó-Turriquitadó y las comunidades negras de la cuenca del Río Jiguamiandó.

La zona ha tenido presencia permanente de grupos ilegales armados desde los años setenta cuando ingresaron, primero, el Ejército de Liberación Nacional (ELN), luego las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y, desde mediados de los noventa, las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá (ACCU) y las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). A raíz de estas incursiones, los habitantes han sufrido graves violaciones a sus derechos humanos como asesinatos, masacres, desplazamientos forzados y desapariciones.

En abril de 2004, la empresa Muriel Mining Corporation le presentó al Estado colombiano el proyecto de contrato de concesión para explorar y explotar la valiosa mina. Esta empresa tiene su sede en los Estados Unidos (en la ciudad de Denver, Colorado) y cuenta con dos oficinas sucursales en Colombia: una en Medellín y la otra en Bogotá.

En 2005, el gobernador de Antioquia suscribió el contrato de exploración y explotación de 16.000 hectáreas por 30 años prorrogables por 30 años más para el desarrollo del proyecto Mandé Norte.

A partir de marzo de 2007 se realizaron seis reuniones con las comunidades indígenas y afrocolombianas de la región. A ellas nunca fueron convocadas las comunidades de la cuenca de Jiguamiandó y hubo algunos problemas de representatividad de las personas y organizaciones asistentes.

Fueron invitadas organizaciones y personas que no representaban legítimamente a las comunidades afrocolombianas e indígenas afectadas por el proyecto. En las pocas reuniones tampoco hubo entrega suficiente de información sobre el proyecto y sus impactos.

Desde el año 2009 comenzaron las actividades de exploración en el territorio, acompañadas de la entrada de la fuerza pública en la región. Las comunidades denunciaron en esa época que el ingreso del ejército nunca fue consultado y que su presencia ha impedido su derecho a movilizarse libremente por el territorio.

¿Qué hicieron las comunidades para defenderse?

Ante esta situación, varios representantes de las comunidades afectadas interpusieron acciones de tutela. En abril de 2009, el Tribunal Superior de Bogotá negó la tutela por considerar que sí se había realizado la consulta previa. La Corte Suprema de Justicia declaró en mayo de 2009 que existían otros medios distintos a la tutela para hacer valer los derechos reclamados. Finalmente, la Corte Constitucional revisó la tutela.

¿Qué dijo la Corte?

A través de la Sentencia T-769 de 2009, la Corte Constitucional de Colombia ordenó suspender el proyecto e hizo las siguientes consideraciones:

- Declaró que para proyectos a gran escala o planes de desarrollo con profundos impactos en territorios indígenas o afrocolombianos no basta la consulta previa, sino que es necesario obtener el consentimiento libre, previo e informado. Por ello, ordenó la suspensión del proyecto, hasta que se alcanzara el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades negras y pueblos indígenas afectados.
- Señaló que la consulta previa debía realizarse previamente a la exploración y no solo a la explotación de los recursos.

- Destacó que el Estado debe realizar estudios detallados sobre los impactos sociales y ambientales del proyecto antes de llevar a cabo la consulta previa.
- Reiteró la necesidad de llevar a cabo un proceso preconsultivo en donde el Estado y las autoridades de las comunidades se pusieran de acuerdo sobre el procedimiento de la consulta previa.
- Recalcó frente al ingreso de las fuerzas militares a territorio étnico que “independientemente de que el impacto directo sobre las comunidades se considere positivo o negativo, cualquier acción que pueda afectarles directamente, debe ser consultada”.

En abril de 2010, sin embargo, el Ministerio del Interior y de Justicia y la empresa Muriel Mining Corporation le solicitaron a la Corte Constitucional anular la sentencia porque consideraron que la Corte había cambiado sin razón la manera de decidir frente a este tipo de casos. En ocasiones anteriores, había dejado la decisión final en cabeza del Estado –al negar el derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas–. Esta vez, en cambio, había ordenado obtener el consentimiento libre, previo e informado.

Hasta ahora, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre estas solicitudes de nulidad y la sentencia T-769 de 2009 está vigente. Sin embargo, la Corte en dos nuevas Sentencias recientes ha vuelto a exigir el derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas. Una Sentencia es la T-1045 a de 2010, en el caso de la explotación de oro en la Toma, Cauca. La otra es la Sentencia T-129 de 2011, de un caso de un proyecto de exploración minera, uno de construcción de una vía y uno de interconexión eléctrica que afectaba a comunidades indígenas en los resguardos Chidima y Pescadito.



De la teoría a la práctica

Actividad 12: antes de continuar, discuta y responda colectivamente las siguientes preguntas:

- ¿Qué reglas de la consulta previa se violaron en este caso?
- Según la Sentencia T-769 de 2009, ¿en qué situaciones debe obtenerse el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas?
- ¿Por qué en un contexto de conflicto armado es aún más necesario el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas?



Anímese a pintar un lugar o un símbolo que pueda ser afectado por una medida que deba ser consultada.

En mi propio pueblo y desde el derecho propio

Esta sección es una invitación para que reflexione acerca de la situación de su propia comunidad con los conceptos del derecho propio y las herramientas jurídicas que ha aprendido en esta cartilla.

Actividad 13: discuta y responda colectivamente las siguientes preguntas:

- a. ¿Conoce de algún proyecto o medida tomada por el gobierno que afecta su pueblo indígena y que debió haber sido objeto de consulta previa?
- b. ¿Cuál es la posición del pueblo frente al proyecto o medida?
- c. ¿Este proyecto o medida generaría cambios profundos en mi pueblo o comunidad? ¿Por qué?
- d. ¿Se requiere el consentimiento libre, previo e informado en este caso? ¿Por qué?
- e. ¿Se han irrespetado principios del derecho a la consulta previa hasta ahora? ¿Cuáles?
- f. ¿Cuál es la información mínima que necesita mi pueblo sobre ese proyecto o medida?
- g. ¿Quiénes son los representantes de mi pueblo que deben asistir a la consulta previa?

Lecturas

Sentencias de la Corte Constitucional:

SU-039 de 1997
T-652 de 1998
C-891 de 2001
SU-383 de 2003
T-880 de 2006
C-030 de 2008
C-461 de 2008
C-175 de 2009
T-769 de 2009
T-129 de 2011
C-366 de 2011
T-1045 A de 2010

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua 31 de agosto de 2001

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2004

Corte Interamericana, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, 2004

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Segunda Medidas Provisionales Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador, 2005

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, 2005

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka v. Suriname, 2007

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Sentencia Saramaka v. Suriname, 2008

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006

Informes del Relator de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas

Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Informe Colombia 2004

James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, 2009

Normas

Convenio 169 de la OIT

Declaración de las Naciones Unidas de los derechos de los pueblos indígenas

Otros

Rodríguez, César et al. 2010. "La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional". Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos.

Las cartillas que integran la serie TEJIENDO DERECHOS buscan contribuir a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas a través de la exposición de las herramientas jurídicas existentes para proteger sus derechos a la autonomía, su cultura, su territorio y pervivencia. Esta cartilla, el primer libro de la colección, está dedicada a los derechos a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado.

La consulta y el consentimiento son derechos que deben respetarse cada vez que una decisión estatal afecte a los pueblos indígenas a través de diálogos interculturales serios, libres, informados y previos a la toma de estas decisiones. Lo anterior implica algunos principios y reglas que serán tratados en la presente cartilla.



Reino de los Países Bajos

ISBN 978-958-99142-4-3

