

LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

GABRIEL BUSTAMANTE PEÑA
Corporación Viva la Ciudadanía

ANTECEDENTES

- ▣ En 1977 en la Corte Suprema de Justicia se debatía el tema de si los indígenas podían ser inteligentes o no.
- ▣ Por esta misma época un juez de Villavicencio había fallado que los colonos llaneros que habían salido a cazar indios porque no sabían que se trataba de seres humanos, no eran responsables.
- ▣ El 27 de diciembre de 1967, dieciocho indígenas cuiva, entre ellos ocho niños, fueron asesinados a traición por blancos que los invitaron a una fiesta El juez encargado del proceso debió liberar a los culpables, al aceptar el punto de vista de la defensa, según la cual la “caza de indios” se consideraba en la región, desde hacía mucho tiempo, una práctica normal.

ANTECEDENTES

- ▣ De ser considerados como animales, salvajes y menores de edad, de ser invisibles e inexistentes en la Constitución de 1886, los pueblos indígenas pasaron a ser *sujeto de derecho*, con derechos constitucionales específicos en la nueva Constitución de 1991.
- ▣ La expedición de la Constitución de 1991 generó un nuevo paradigma que pretende romper con más de un siglo de imposición y configuración del Estado, y de la sociedad misma, desde una perspectiva mono-cultural (la hispánica), mono-religiosa (la católica) y mono-lingüística (el castellano). A partir de la nueva Carta Política, el país reconoció su composición multiétnica y pluricultural y elevó tal condición a principio y pilar del Estado Social y Democrático de Derecho en Colombia, que remplazó al decimonónico Estado liberal de derecho.

Antecedentes

- ▣ Por esta vía, el Estado colombiano ha ido adecuando sus instituciones, e incluso, el discurso de los derechos humanos (derechos del individuo-ciudadano), a su particular pluri-dimensión poblacional, dándole reconocimiento constitucional al pueblo indígena y, posteriormente, por desarrollo jurisprudencial y legal, al pueblo afro-descendiente.
- ▣ Pueblos que son reconocidos como sujetos colectivos de derechos, de especial protección diferencial, y cuya configuración cultural, política, social y antropológica hace que se los considere como un solo organismo vivo, más allá de la suma de sus miembros.

Antecedentes

- ▣ Al respecto, la Corte Constitucional a manifestado que estos pueblos: *“han dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal, aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.”*
- ▣ Por esta vía, la tutela, antes sólo predicable y oponible individualmente, se extendió a la guarda de los derechos de estos organismos plurales, que dada su condición antropológica y sociológica, no pueden ser objetos de separación porque, dicho acto, involucraría la negación y eliminación de su existencia, tanto cultural, como material.

Antecedentes

- Dentro de los principales derechos reconocidos hoy, y logrados, en muchos casos, a partir de la interposición de acciones de tutela, están: La identidad cultural, entendido como el derecho a seguir preservando la forma de ser y de vivir de cada comunidad.
- La autonomía, es el derecho a regirse por su propia organización social, política y económica, y de ella se desprenden las garantías para instaurar autoridades propias, mantener una lengua originaria y practicar la medicina tradicional
- El territorio (colectivo), derecho que resguarda la propiedad de tierras ancestrales y protegen el entorno natural en el comprendido, tierras sobre las cuales las comunidades tienen una relación más parental (la madre tierra) que económica, y sobre las cuales desarrollan sus planes de vida; y la participación, en el marco de los usos y costumbres tradicionales, desarrollada a través de la consulta previa.

Territorio y pueblos originarios

- ▣ La visión de territorio de la mayoría de pueblos indígenas y afrocolombianos es ajeno a la cultura occidental. Para estos la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia, desde el punto de vista religioso, político, social y económico. No constituye un elemento de dominio sino un elemento del ecosistema donde interactúan como pueblo.
- ▣ Para la Corte Interamericana de DH, el hábitat de los territorios indígenas es parte integrante de su cultura, transmitida milenariamente de generación en generación.

Territorio y pueblos originarios

- ▣ Para la Corte Constitucional (sentencia SU 383 de 2003) la concepción del territorio de los pueblos indígenas y afrocolombianos, no concuerda con el resto de la nación colombiana.
- ▣ El territorio para ellos va más allá de un espacio físico, sino que comprende áreas espirituales y culturales que la ciencia occidental no puede aceptar ni comprender.
- ▣ Por esta visión única y diferencial del territorio indígena o afro, es que cualquier proyecto que se vaya a realizar sobre su tierra o área de influencia, debe contar con la participación y concertación activa de la comunidad ahí asentada.

Territorio y pueblos originarios

- ▣ El convenio 107 de la OIT respecto a los derechos sobre el territorio de las comunidades indígenas y tribales estipula:
 1. El reconocimiento de la propiedad colectiva sobre las tierras ancestralmente ocupadas.
 2. No permitir traslados de comunidades sin su libre consentimiento, salvo por estrictas medidas de seguridad nacional, desarrollo económico o salud de las mismas comunidades.
 3. En los traslados excepcionales, se deberá entregar tierras de igual o mejor calidad e indemnizar a las comunidades por cualquier daño.

Territorio y pueblos originarios

- ▣ La Convención Americana de DH en su artículo 21 estipula: “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica
- ▣ La Constitución Nacional de 1991 en su artículo 63 reconoció el derecho inalienable, imprescriptible e inembargable del territorio de las comunidades indígenas. Y en el artículo 330 dispuso que los territorios indígenas estén gobernados por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres.
- ▣ La ley 99 de 1993 hizo referencia a cómo debe hacerse la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas y de comunidades negras. Ordenando procesos de participación de dichas comunidades y en ningún caso en desmedro de su integridad cultural, social y económica.

Territorio y pueblos originarios

- ▣ Mediante el decreto 2164 de 1995 se diferenció para efecto de titulación de tierras el concepto de territorio y reserva indígena, aceptando como parte del territorio aquellas áreas que se usan para el desarrollo de sus actividades tradicionales.
- ▣ Los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 40 y 330 de la CN del 91, estipulan que la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas debe ser compatible con la protección que el Estado debe brindar a las comunidades en su integridad social, cultural y económica, la cual configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. De ahí que se debe garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que se adopten por tal explotación.

Fundamento de la consulta previa

- ▣ La consulta previa se sostiene por la confluencia de principios constitucionales como: la democracia participativa, la soberanía popular y la diversidad étnica y cultural de la nación.
- ▣ Dicho derechos de las comunidades originarias se ha desarrollado en Colombia por la vía de los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y con un poco incidencia del poder ejecutivo y la casi ausente presencia del Congreso de la República.

La Corte Constitucional frente a la consulta previa

- ▣ Desde sus inicios la Corte reconoció la CP como un derecho fundamental de titularidad grupal, por ejemplo la sentencia T-428 de 1992, que resguardó los derechos de un pueblo indígena a la consulta previa frente al proyecto de construcción de la carretera del Café.
- ▣ Posteriormente esa garantía se asimiló a los derechos colectivos, para cuya protección el Constituyente había estipulado las acciones populares.
- ▣ En la sentencia T-380 de 1993 abrió el camino para el reconocimiento expreso de la protección especial que deben gozar los pueblos indígenas y la tutela de sus derechos como colectivo diferenciado. La Corte resguardó a la comunidad Embera Catío frente a una explotación de recursos naturales en su territorio, la Corte separó los derechos de los pueblos indígenas de los derechos colectivos, y precisó el alcance de la aplicación del principio de diversidad étnica y cultural.

La Corte Constitucional frente a la consulta previa

- ▣ En las sentencias SU-039 de 1997 y T-625 de 1998 se consolidó el carácter de pueblo sujeto de derechos y la posibilidad de tutelar los derechos, entre ellos la consulta previa, de estos pueblos por la vía de la acción de tutela.
- ▣ En la sentencia SU-383 de 2003, que ordenó la realización de las consultas previas a los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía frente a la política de fumigación de cultivos ilícitos, se avanzó en la conceptualización y metodología de la consulta, así como en la protección especial que esta debería tener.

La Corte Constitucional frente a la consulta previa

- ▣ Recientemente se avanzó en la consulta previa frente a proyectos de ley con la sentencia C-175 de 2009, que declaró inexecutable la ley 1152 de 2007 o Estatuto de Desarrollo Rural; o la sentencia C-030 de 2008 por la que se declaró inexecutable la ley forestal; o la C-461 de 2008 que declaró la executibilidad condicionada de la ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010) y ordenó suspender la ejecución de todo proyecto, programa o presupuesto del Plan de Desarrollo, que pudieran llegar a afectar a comunidades indígenas o afrocolombianas, hasta tanto no se hubiera realizado integral y completamente la consulta previa específica.
- ▣ Por último la sentencia C-702 de 2010 donde la Corte extendió la doctrina a los actos reformativos de la CN y declaró inexecutable el inciso 8 del artículo 2 del acto legislativo 01 de 2009. y el avance hacia el concepto de consentimiento libre e informado de las últimas jurisprudencias.