

Imprimir

El gobierno nacional y en particular los ministerios de Ambiente e Interior han presentado dos proyectos de decreto, uno para separar el trámite de licencia ambiental (excepto su aprobación final) de la consulta previa, y otro para agilizar el proceso de consulta previa. Según el ministro del Interior, Rodrigo Lara, los cambios no afectan el “núcleo” del derecho a la consulta previa que tienen los pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales.

Expongo las consideraciones que me llevan a pensar que en el caso de que fueran promulgados, los decretos afectarán gravemente el bloque de constitucionalidad sobre el derecho fundamental a la consulta previa. Este bloque está conformado actualmente por la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 40, 102 y parágrafo del 330 de nuestra Constitución y el Convenio 169 de la OIT.

Corte Interamericana

Sobre la Convención Americana ni los considerandos de los proyectos de decreto ni sus memorias justificativas hacen la menor mención. Durante este siglo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido una jurisprudencia cada vez más robusta sobre la aplicación de esa Convención a los derechos de los pueblos indígenas y en particular el derecho a la consulta previa.

Según la Corte Interamericana “los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar de las decisiones que afecten sus derechos. Una de las manifestaciones de esa participación es el derecho de consulta previa, libre e informada”. Ha señalado que “el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales se deriva de los artículos 21, 23, 13 y 26 de la Convención Americana”. Ha indicado que “el derecho a la consulta resulta de la estrecha relación de los pueblos indígenas y tribales con su territorio y el respeto de su derecho a la propiedad colectiva, previsto en el artículo 21 de la Convención.

La sentencia de la Corte Interamericana de 4 de julio de 2024, caso pueblo indígena U'wa

versus Colombia, declaró que el Estado colombiano es responsable por la violación de los derechos a la participación, el acceso a la información, a participar en la vida cultural y a la propiedad colectiva, reconocidos en los artículos 21, 23, 13 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio del Pueblo U'wa.

Al analizar el caso U'wa, la Corte Interamericana consideró que “la consulta debe realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación del proyecto o la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas y tribales no sean obviados en cualquier actividad o acuerdo que haga con terceros, o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses... la realización de la consulta sin observar sus

características esenciales, pueden comprometer la responsabilidad internacional de los Estado”.

Con respecto al pueblo U'wa, la Corte Interamericana estableció que el Estado colombiano violó el derecho a la participación en su vida cultural “por permitir que terceros irrumpieran en zonas de alto valor cultural y espiritual” del territorio U'wa.

Si el trámite de la licencia previa se inicia sin importar que se trate o no de un territorio indígena o étnico, necesariamente se estará permitiendo que terceros irruman en el territorio y vulneren los derechos culturales.

Por otra parte, la Corte Interamericana declaró que el Estado colombiano es responsable por la violación a los derechos a la vida digna y la integridad personal, reconocidos en los artículos 4.1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del Pueblo U'wa y sus miembros”. “La Corte ha incluido la protección del medio ambiente como una condición para la vida digna.” Determinados proyectos o intervenciones en el medio ambiente pueden representar un riesgo a la vida y a la integridad personal.”

El trámite de la licencia ambiental y en especial los estudios de impacto de los proyectos extractivos, energéticos o viales tiene que hacerse con la participación de las comunidades y esta participación en el caso de los pueblos indígenas y étnicos requiere estar integrada al proceso de consulta previa.

Constitución colombiana

El parágrafo del artículo 330 de nuestra Constitución dispone que “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”. Los proyectos de decreto y sus memorias justificativas citan este parágrafo como una de las normas que sustentan el derecho a participar en las decisiones, pero sin referirse a la protección de la integridad. Un olvido reiterado en normas colombianas.

El derecho a la participación en este caso tiene como objetivo central la protección de la integridad cultural, social y económica. Fue esta protección la que el Estado colombiano omitió en el caso U'wa y si se promulgan como están los proyectos de decreto seguirá omitiendo con otros pueblos y comunidades.

Organización Internacional del Trabajo OIT

Otro aspecto que debe considerarse es si la expedición de los decretos que reglamentan la consulta previa requiere de consulta previa, como lo consideraron y exigieron las organizaciones indígenas con respecto al decreto 1320 de 1998.

El 15 de noviembre de 1999, la OIT recibió una reclamación de la Central Unitaria de Trabajadores con respecto a casos de incumplimiento del Convenio 169 de la OIT por el Estado colombiano, entre los que se incluían la promulgación del decreto 1320 y el contenido restrictivo del mismo decreto.

El Consejo de Administración de la OIT decidió adoptar el informe del comité tripartito, el cual consideró que “el decreto 1320 de 1998, cuyo objetivo explícito es de reglamentar ‘la

consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación dentro de su territorio' constituye una medida legislativa susceptible de afectar directamente a dichas comunidades. Por lo tanto, del artículo 6, inciso 1, apartado a [del Convenio 169] claramente se desprende la obligación de consultar con los pueblos indígenas del país antes de la adopción y promulgación de dicho decreto."

"Las 'reuniones de participación' posteriores a la promulgación del decreto que no remplazarían al proceso de consulta previa en la cual los pueblos afectados puedan participar activamente en la elaboración del proceso de consulta... la expedición del decreto núm. 1320 sin consulta previa no fue compatible con el Convenio."

Como el compromiso del Estado colombiano en el cumplimiento del Convenio 169 no incumbe solamente al Ejecutivo sino a todas las ramas del poder incluida la rama judicial, es importante destacar que la decisión del Consejo de Administración de la OIT se tomó después de y conociendo el fallo del Consejo de Estado, de 13 de agosto de 1998 que consideró que no se necesitaba consulta previa para expedir el decreto.

Las sentencias de la Corte Constitucional sobre normas generales no se refieren sólo a las que no requieren consulta previa como pretenden los proyectos de decreto, sino también a las que la requieren.

Según la Sentencia C-30/2008 de la Corte Constitucional, "es necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios."

Esta sentencia, que declaró inexecutable la ley forestal, así como la C-175/2009 que declaró la inconstitucionalidad del Estatuto Rural exponen, cómo una norma general puede afectar directa y vitalmente a los pueblos indígenas y tribales o regular situaciones que afectan los ámbitos propios. Los decretos que modifican normas sobre

la consulta previa, afectan muy directamente a los pueblos indígenas y tribales.

Resumiendo: cualquier modificación sobre las normas que regulan la consulta previa debe tener en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la prohibición de afectar la integridad social económica y cultural de las comunidades indígenas y requiere de Consulta Previa en los términos del Convenio 169 de la OIT.

Héctor Mondragón

Foto tomada de: www.cric-colombia.org