

*Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa**

Gloria Amparo Rodríguez**

Recibido: marzo 11 de 2011

Aprobado: agosto 5 de 2011

Resumen

Este documento analiza la relación entre los proyectos de desarrollo, los cuales son autorizados mediante licencias ambientales en nuestro país, y los conflictos en relación con el derecho fundamental a la consulta previa que tienen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos y los cuales han terminado por ser resueltos ante los estrados judiciales. Este artículo está orientado a establecer los requisitos mínimos que debe tener la consulta previa para su implementación y garantía de los derechos de los pueblos indígenas al territorio, la autonomía, la participación y el desarrollo propio. Adicionalmente, ofrece una mirada al tema del consentimiento previo, libre e informado en el marco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional a través de una de sus providencias, para terminar sosteniendo que estas temáticas tan complejas, deben ser abordadas desde el enfoque basada en derechos humanos.

Palabras clave: proyectos; conflictos; pueblos indígenas; consulta previa; consentimiento previo, libre e informado.

* Este artículo hace parte del proyecto de investigación "Conflictos Ambientales en Territorios Indígenas" dirigido por Gloria Amparo Rodríguez, realizado en la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Dicho proyecto se encuentra en etapa de finalización la cual se calcula para junio del año 2012.

** Abogada especialista en Derecho Ambiental, Negociación Conciliación y Arbitraje y Derecho Médico Sanitario. Master en Medio Ambiente y Desarrollo y candidata al Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental. Profesora de Carrera de la Universidad del Rosario. Dirección electrónica: gloria.rodriguez@urosario.edu.co; <http://gloriamparodriguez.blogspot.com/>.

Projects and conflicts associated to a prior consultation

Abstract

This document is intended to analyze the relationship among development projects which are authorized through environmental licenses in our country, as well as the conflicts related to the basic right to prior consultation indigenous people and all other ethnical groups have; conflicts which have eventually resolved before courts. This article is focused on establishing minimum requirements a prior consultation should have to be implemented and assured with the right indigenous people have to territory, autonomy, participation, and own development. Besides, the article provides an overview about the prior free and informed consent as established by the Inter-American Court of Human Rights and the Constitutional Court through several sentences which finally stated that these topics are so complex that they should be treated from an approach based on the human rights.

Key words: projects; conflicts; indigenous peoples; prior consultation; prior free and informed consent.

Introducción

Durante los últimos años Colombia se ha abierto a la realización de proyectos mediante los cuales se busca el desarrollo y el crecimiento del país. Estos proyectos, en especial aquellos relacionados con los sectores de hidrocarburos, infraestructura, eléctrico y minería, entre otros, han generado confrontaciones relacionadas especialmente con los impactos y afectaciones de los mismos y con la participación que se debe dar para su aprobación.

Se destacan en esta confrontación, los conflictos relacionados con proyectos que se encuentran ubicados en territorios de los grupos étnicos, los cuales deben contar previamente a su ejecución con la realización de la consulta previa. Los pueblos indígenas y demás grupos étnicos deben ser consultados previamente 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. Este es un derecho fundamental que debe efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas (Artículo 6 Convenio 169 de la OIT, citado por Urteaga, 2009).

El presente texto hace referencia las consultas previas en los procesos de licenciamiento ambiental cuya autoridad en estos casos es el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia (MAVDT) y busca establecer los principales conflictos y problemáticas en relación con dicha figura. Es resultado del proyecto de investigación "Conflictos Ambientales en Territorios Indígenas" que viene adelantando la Línea de Investigación en Derecho Ambiental, el cual cuenta con una tipología de causa de los conflictos y ha identificado cómo los mismos han sido manejados y se han propuesto formas de solución a los mismos. La

metodología de la investigación incluye trabajo de campo, documentación institucional; entrevistas, cartografía social; encuestas, entre otros.

El artículo se encuentra dividido en tres partes. La primera aborda el tema de las licencias ambientales y la participación en su procedimiento. La segunda hace referencia a la consulta previa y los estándares que deben tenerse en cuenta para su realización en el caso de proyecto. Además se establecen algunos de los casos de conflictos y su judicialización. La tercera parte se refiere a la necesidad de avanzar en el consentimiento previo, libre e informado como una estrategia de solución y de garantizar el enfoque de derechos.

1. Licencias ambientales

En Colombia la evaluación de impactos ambientales se desarrolló, en primer lugar, a través del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, que en sus artículos 27 y 28 regula lo referente a la Declaración de Efecto Ambiental –DEA– y al Estudio Ecológico Ambiental –EEA–, tomando el modelo americano de regulaciones ambientales. En ese momento, se exigía a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, declarar ante el INDERENA el peligro ambiental que se pudiera derivar de una obra o actividad y obtener de la autoridad ambiental una Declaratoria de Efecto Ambiental –DEA–, lo cual suponía un estudio ambiental previo por parte del interesado. Este procedimiento implicaba diferentes riesgos:

- Al particular le correspondía determinar el impacto o la afectación al medio ambiente y los recursos naturales renovables.
- En ese momento, no se encontraban claramente definidas las actividades que causan deterioro ambiental.
- Era obligación del particular realizar la declaración de peligro. El Estado no tenía claridad

sobre la protección del ambiente y el particular era quien indicaba los parámetros del efecto o consecuencias ambientales.

- No existía reglamentación sobre estos asuntos ni un listado de obras obligadas a presentar el Estudio Ecológico Ambiental –EEA–.

Como lo plantea el profesor Luis Fernando Macías

... la dificultad en aplicar esta norma se presentaba por la inexistencia de una reglamentación que señalara las obras susceptibles de producir deterioro ambiental y, en consecuencia, que la obligara a declarar así ante la autoridad competente (...) La ausencia de reglamentación condujo a que se interpretara que toda obra estaba obligada a presentar un DEA, y si la autoridad ambiental lo consideraba necesario se debía presentar un EEA (Macías, 2006, p. 232).

Posteriormente apareció la licencia ambiental de la cual se hace referencia en la Ley 99 de 1993 (República de Colombia, 1993). La licencia ambiental es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, y sujeta al beneficiario de esta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada (República de Colombia, 2010).

Dentro del proceso para el otorgamiento de la licencia ambiental, se deben promover espacios de divulgación, información y participación de las comunidades¹. Para ello

¹ Ver sobre el particular: Rodríguez, G. A. & Muñoz, A. L. M. (2009). La participación en la gestión ambiental. *Un reto para el nuevo milenio*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

se debe establecer el alcance del proyecto con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas, y darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales y al Decreto 1320 de 1998 o al que lo sustituya o modifique (República de Colombia, 2010).

El licenciamiento ambiental es considerado como un proceso para la planeación y administración de proyectos, que asegura que las actividades humanas y económicas se ajusten a las restricciones ecológicas y de recursos, por lo que se estima como un mecanismo clave para promover el desarrollo sostenible². De esta manera, se trata de una manifestación concreta de la administración a quien se encuentra interesado en realizar un proyecto, una obra o una actividad que puede generar impacto ambiental grave, el cual debe ser evaluado mediante un procedimiento técnico, administrativo, social y económico tendente a identificar, prevenir, compensar o mitigar los efectos adversos al ambiente, las afectaciones a la salud humana, a las culturas y a la calidad de vida de las personas.

Es importante mencionar que la licencia ambiental responde a ese nuevo rol del Estado investido de facultades de intervenir en los procesos de desarrollo y de explotación, producción, distribución y consumo de bienes y servicios con el fin de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida y el adecuado manejo del medio ambiente. Este es un mecanismo de comando y control que corresponde a la actividad de la administración en materia ambiental, que según los precedentes internacionales, requiere de proyectos que previamente cuenten con evaluación de impacto ambiental.

² La Declaración de Río de Janeiro plantea que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras (ONU, 1992).

Como se ha mencionado, la Ley 99 de 1993 regula lo concerniente a las Licencias Ambientales en cuanto a lo que debe entenderse por tales, la obligatoriedad de las mismas para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente. También se refiere a la competencia para su expedición, es decir, señala las autoridades encargadas de otorgarlas, dependiendo de la clase de obras o proyectos y la suspensión de tales autorizaciones o actos administrativos. Dicha norma, en su artículo 49, consagra que la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la

ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medioambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirá de una licencia ambiental (República de Colombia, 1993).

Desde hace varios años, la normativa sobre licencias ambientales ha enfrentado diferentes cambios para adaptarse a las condiciones ambientales o para responder a las demandas del sector productivo como en el caso de determinar tiempos menores para llevar a cabo el procedimiento de licenciamiento³. Esto se realiza sin la participación de las comunidades y puede evidenciarse en el siguiente cuadro:

Principales disposiciones sobre licencias ambientales

Norma	Objetivo
Decreto ley 2811 de 1974	Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Artículos 27, 28 y 29 derogados expresamente por el artículo 118 de la Ley 99 de 1993.
Ley 99 de 1993	En el título VIII se hace referencia a las licencias ambientales. Artículos 49 a 62.
Decreto 1753 de 1994	Por el cual se reglamentan las licencias ambientales, se establece su contenido, modalidades y procedimiento. Este Decreto determinó las competencias y casos para que actúen como otorgantes las autoridades ambientales. Adicionalmente, establece tres tipos de estudios y sus contenidos, los cuales son requisito indispensable para otorgar la licencia ambiental: Diagnóstico de Alternativas Ambientales DAA, Estudios de Impacto Ambiental EIA y Plan de Manejo Ambiental PMA. Este decreto fue discutido con diferentes actores en el Consejo Técnico Asesor de Política y Normatividad Ambiental con el liderazgo del Ministro y del Viceministro de Ambiente de ese momento. Esta norma fue sustituida por el Decreto 1728 de 2002.
Decreto 1768 de 1994	Por el cual se reglamentan las competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales - CAR.
Decreto ley 2150 de 1995	Ley antitrámites. Modifica las licencias ambientales en cuanto a trámites y clases suprimiendo la ordinaria y única ¹
Decreto 2183 de 1996	El cual modifica el numeral 18 del artículo 8 del Decreto 1753 de 1993, sobre la competencia de las CARs para otorgar licencias ambientales para el diseño y establecimiento de complejos y proyectos turísticos, recreacionales y deportivos con excepción de los parques públicos para recreación pasiva y los jardines botánicos.
Decreto 2233 de 1996	Por el cual se establece el régimen de Zonas Francas Industriales, en el cual se señala la obligación del Usuario Operador de constituir garantía a favor de la Nación - Ministerio de Ambiente para garantizar la protección ambiental y el cumplimiento de las normas vigentes en la materia. Adicionalmente, señala que previamente al desarrollo de cualquier obra o actividad, el solicitante deberá obtener la licencia ambiental.

¹ Los artículos 133 y 134 de la Ley 2150 de 1995 fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-433 de 1996 (Corte Constitucional, 1996).

³ Sobre el particular se sugiere ver a Rodríguez (2009).

<i>Norma</i>	<i>Objetivo</i>
Resolución 655 de 1996	Mediante la cual se establecen los requisitos y condiciones para la solicitud y obtención de la licencia ambiental.
Decreto 883 de 1997	Este Decreto reguló algunas actividades y definió un instrumento administrativo para la prevención o el control de los factores de deterioro ambiental denominado Documento de Evaluación y Manejo Ambiental DEMA.
Decreto 788 de 1999	Por el cual se modifica los parágrafos 1 y 3 del artículo 23 del Decreto 1753 de 1994 sobre actividades petroleras.
Decreto 1892 de 1999	Sobre licencias ambientales para el desarrollo de loteo, parcelación, división, subdivisión de predios en áreas urbanas.
Decreto 2353 de 1999	Modifica el artículo 8º del Decreto 1753 de 1994 sobre competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales.
Ley 685 de 2001	Código de Minas. En su capítulo XX hace referencia a las Licencias Ambientales como uno de los medios e instrumentos para establecer y vigilar las labores mineras por aspectos ambientales.
Decreto 1728 de 2002	Por el cual se reglamentan las licencias ambientales, se establece su contenido, modalidades, competencias y procedimiento. Este Decreto sustituyó el Decreto 1753 de 1994 y otras disposiciones y comienza el proceso de flexibilización de las licencias ambientales cuando quedaron por fuera varias actividades que ya no requerían de su autorización.
Decreto 1180 de 2003	Por el cual se reglamentan las licencias ambientales, se establece su contenido, modalidades, competencias y procedimiento. Este Decreto deroga el Decreto 1728 de 2002.
Decreto 1220 de 2005	Por el cual se reglamentan las licencias ambientales, se establece su contenido, modalidades, competencias y procedimiento. Este Decreto Deroga el Decreto 1180 de 2003 y se encuentra actualmente vigente.
Resolución 958 de 2005	Mediante el cual se adopta el Formulario Único Nacional de Solicitud de Licencia Ambiental.
Decreto 500 de 2006	Por el cual se modifican el artículo 8º y 40 del Decreto 1220 de 2005 sobre competencias del Ministerio de Ambiente para otorgar licencias ambientales y sobre el régimen de transición.
Decreto 2820 de 2010	Por el cual se reglamenta el título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales

FUENTE: Construcción propia

Estos cambios se han caracterizado por responder a acuerdos y negociaciones a través de las cuales se han realizado profundas modificaciones al procedimiento y, en especial, a la determinación de las actividades o proyectos que requieren de licencia ambiental para su ejecución, modificaciones que sin cesar continúan presentándose en nuestra normativa ambiental en la actualidad.

Desde 1993 hasta febrero del presente año, el MAVDT ha otorgado un total de 2.142 licencias ambientales cuya distribución por años es la siguiente: (gráfico 1).

El sector hidrocarburos es el que más licencias ambientales ha obtenido en este tiempo (1045 en total), seguido por el sector de agroquímicos como se puede ver en el gráfico 2.

Desde la misma Constitución Política de 1991, se señala que se debe garantizar la participación de las comunidades en las decisiones ambientales que puedan afectarles (Art. 79), y en las licencias ambientales existen espacios de incidencia como las consultas previas, tema que será abordado a continuación (República de Colombia, 1991)

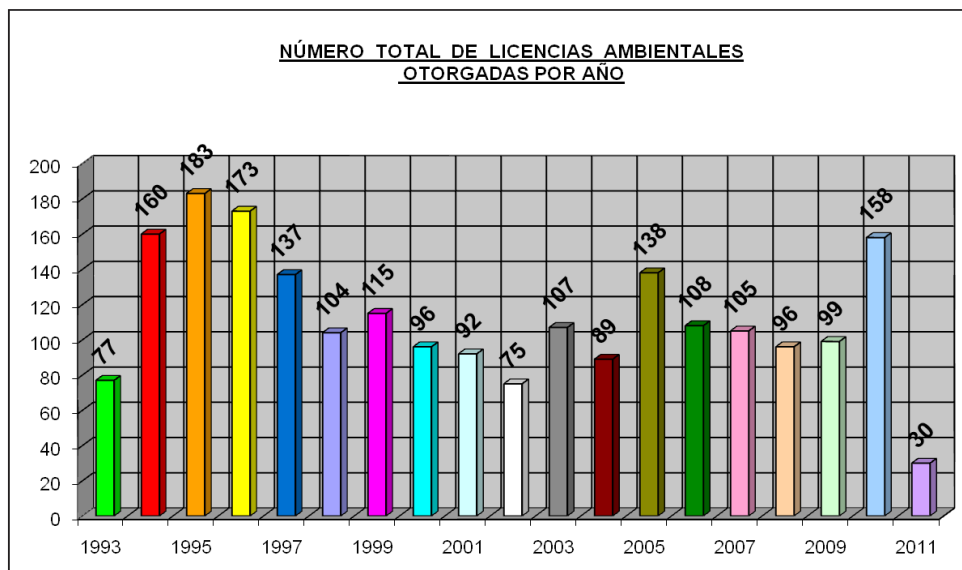


Gráfico 1.

Fuente: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia (2011). Información obtenida mediante Derecho de Petición cuya respuesta está fechada el 9 de febrero de 2011.

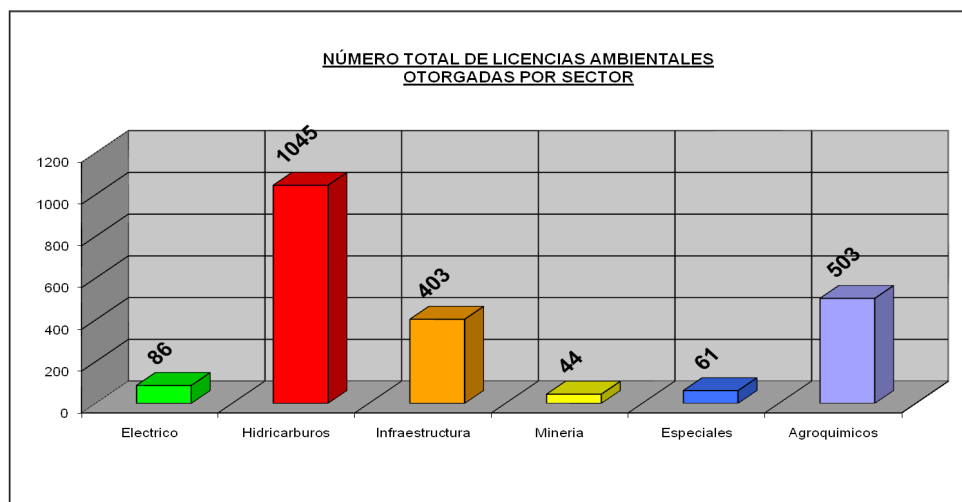


Gráfico 2.

Fuente: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia (2011). Información obtenida mediante Derecho de Petición cuya respuesta está fechada el 9 de febrero de 2011.

2. Consultas previas en los procesos de licenciamiento ambiental

El Convenio 169 establece la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos susceptibles de afectarlos directamente, tales como la adopción

de medidas legislativas o administrativas (Art. 6), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (Art. 6 y 7) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (Art. 15) (Universidad de los Andes, 2010, p. 19).

Es claro que cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos deben llevarse a cabo procesos de consulta y, además, que según nuestra Constitución Política, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y que en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (República de Colombia, 1991).

En consecuencia, podemos señalar que en materia de asuntos ambientales, se debe realizar la consulta previa cuando puedan ser afectadas estas comunidades en casos de las siguientes autorizaciones:

- La realización de proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables
- Autorización de licencias ambientales para la realización de proyectos, obras o actividades
- Otorgamiento de permisos ambientales para la utilización de recursos naturales
- Adoptar los regímenes especiales de manejo
- Procesos de investigación científica (recursos biológicos: colecta, recolecta, captura, caza, pesca, manipulación de recursos, movilización)
- Acceso a recursos genéticos
- La adopción de los Planes de Manejo y Ordenación de una Cuenca –POMCA–
- Cuando se deseen implementar proyectos de Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación de Bosques (REDD+)
- Cualquier decisión de carácter ambiental que afecte directamente los pueblos o se realicen en territorios indígenas

Lo anterior, en razón a que

... la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación

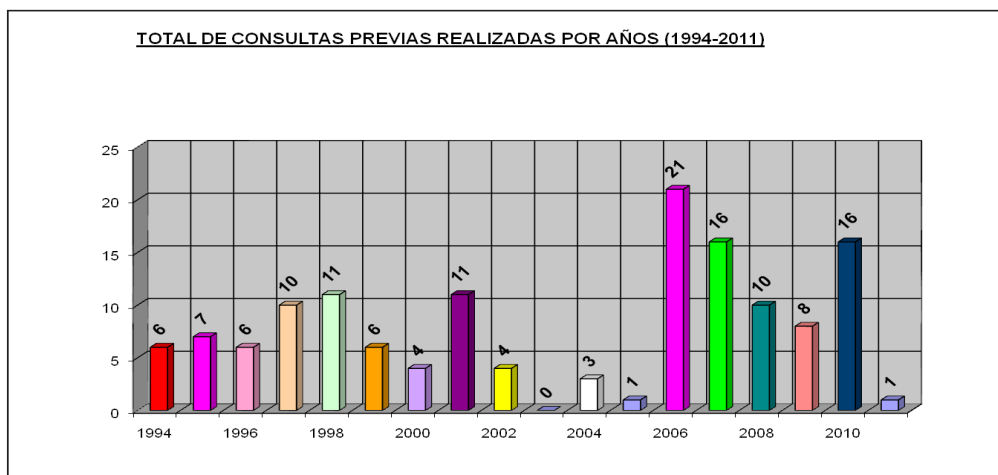


Gráfico 3.

Fuente: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia (2011)
Información obtenida mediante Derecho de Petición cuya respuesta está fechada el 9 de febrero de 2011.

de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación (Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, 1997).

2.1. Consultas previas realizadas en el marco de proyectos

Según información suministrada por le MAVDT, la primera consulta previa se realizó en Colombia con el pueblo indígena Sikuani en 1994 para un proyecto de hidrocarburos de propiedad de ECOPETROL. Hasta febrero del presente año se ha realizado un total de 141 consultas previas: (gráfico 3).

Lo que se busca con la consulta previa en los proyectos ambientales, es que la comunidad tenga el pleno conocimiento del proyecto, que sea enterada sobre la manera como se va a ejecutar y como se puede ver afectada con los mismos. Además, que pueda de manera libre y sin interferencias, valorar las ventajas y desventajas del proyecto y pronunciarse sobre la viabilidad de los mismos. Según la Corte Constitucional 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 ser

acordada o concertada (Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, 1997).

En este mismo sentido se ha pronunciado la OIT mediante la Guía para la Aplicación del Convenio 169 elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático:

Esto significa que, al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos. En fin, el Convenio establece claramente cuándo las consultas son obligatorias (Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009).

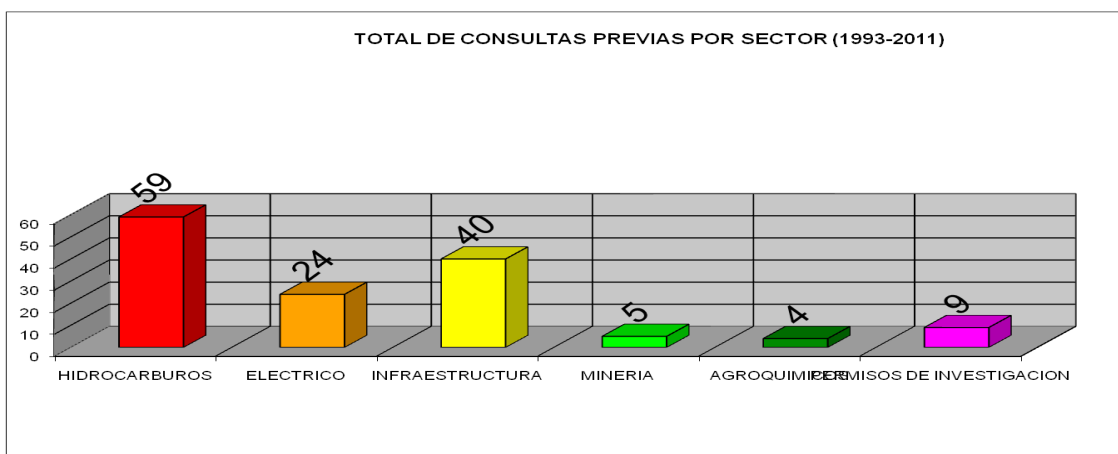


Gráfico 4.

Fuente: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia (2011) Información obtenida mediante Derecho de Petición cuya respuesta está fechada el 9 de febrero de 2011.

Por sectores, en materia de consulta previa se pueden dar los siguientes resultados de consultas previas realizadas:

2.2. Judicialización de los conflictos en relación con la consulta previa

En los casos analizados en el marco del proyecto de investigación y en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se denota un marcado desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. En especial se ha protegido el derecho al debido proceso, a la consulta previa, a la autonomía, a la integridad e identidad cultural y social y el derecho a la participación.

Los procedimientos que se han utilizado no han sido los más adecuados y no se ha tenido presente que la consulta previa debe realizarse teniendo en cuenta la representación y la autoridad de las comunidades, la interculturalidad y la lengua de las comunidades consultadas. Además, se debe tener presente que son sus instituciones tradicionales, de gobierno y formas organizativas las que los representan y que en general la comunidad es la indicada para manifestar los impactos sociales y culturales que un proyecto pueda generar. La Guía para aplicación del Convenio 169 de la OIT señala que al realizar la consulta, el gobierno debe tener en cuenta adelantar estos procesos no con cualquiera que declare representar los pueblos indígenas sino que esta debe emprenderse con organizaciones institucionales genuinamente representativas, que estén habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas⁴.

Evidentemente se presentan conflictos e ingentes reclamos por parte de las comunidades. Han sido muchos los casos que han terminado por resolverse ante los estrados judiciales con un alto número de sentencias de la Corte Cons-

titucional que han terminado por garantizar este derecho fundamental, sentencias entre las cuales podemos destacar:

- Sentencia T-428 de 1992 (Corte Constitucional, 1992). Resguardo indígena de Cristianía (Jardín, Antioquia). Caso Troncal del Café.
- Sentencia T-405 de 1993 (Corte Constitucional, 1993A) Radar y bases militares en Aracuara, pueblos indígenas
- Sentencia SU-039 de 1997 (Corte Constitucional, 1997) Pueblo indígena U'wa. Caso Bloque Samoré
- Sentencia T-652 de 1998 (Corte Constitucional, 1998) Pueblo Indígena Embera Katio, caso Urrá
- Sentencia SU-383 de 2003 (Corte Constitucional, 2003) Consulta previa en el caso de fumigaciones, pueblos indígenas del Amazonas
- Sentencia T-880 de 2006 (Corte Constitucional, 2006) Pueblo Indígena Motilón Bari. Proyecto de perforación exploratoria Álamo I, ECOPETROL.
- Sentencia T-154 de 2009 (Corte Constitucional, 2009B) Caso Ranchería, pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta
- Sentencia T-769 de 2009 (Corte Constitucional, 2009A) Mandé Norte, pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes
- Sentencia T-745 de 2010 (Corte Constitucional, 2010A) Barú, comunidades afrodescendientes.
- Sentencia T-547 de 2010 (Corte Constitucional, 2010B) Puerto Brisa, pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta
- Sentencia T-1045 de 2010 (Corte Constitucional, 2010C). Caso la Toma, Suarez (Cauca)
- Sentencia T-129 de 2011 (Corte Constitucional, 2011) Caso Embera Katio, Chidima-Tolo y Pescadito

⁴ Ver Rodríguez (2009, p. 55-74).

Los casos analizados por la Corte Constitucional y la práctica de los Estados indican que la consulta previa establecida por el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) es un estándar mínimo que debe (Urteaga, 2009, p.138):

- 1) Ser efectiva⁵ y realizada de buena fe.
- 2) Darse antes de que empiecen a desarrollarse proyectos en sus tierras.
- 3) Garantizar por parte de los gobiernos mecanismos procesales para asegurar el contacto regular y la participación activa de las comunidades o pueblos afectados en los procesos de adopción de decisiones.
- 4) Realizarse de acuerdo con las tradiciones y costumbres de los pueblos.
- 5) Tener como finalidad lograr el acuerdo o consentimiento.

A través de esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional resalta y protege el derecho a la participación de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos en las decisiones que los afecten.

Esta especial protección implica un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país. Para alcan-

⁵ La Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado sobre este particular que el derecho a la participación debería ser efectivo y brindarle a las comunidades oportunidad para hacerse escuchar y para influir en las decisiones adoptadas. Para ello debe ser respaldado por mecanismos adecuados de procedimientos instaurados en el ámbito nacional (OIT-CEACR, 2011, p. 2).

zar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave en la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas, en la medida de lo posible (Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009, 2009A).

En consecuencia, el Alto Tribunal ha señalado que

... el Estado debe garantizar a las autoridades de los grupos étnicos y comunidades respectivas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que colectivamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, con el objeto que la participación sea activa y efectiva para las comunidades y se salvaguarde la idiosincrasia de los pueblos nativos, para que las decisiones sean adoptadas previa concertación y acuerdo, en la medida de lo posible (Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009, 2009A).

De igual forma, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho de participación de la consulta previa constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social⁶.

2.3. Procedimiento y decisión en la consulta previa

Sobre el procedimiento de la consulta previa, la Corte Constitucional ha aclarado que esta

... debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios

⁶ Al respecto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional T-188 de 1993 (1993B), T-342 de 1994 (1994) y SU-039 de 1997 (1997).

de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar (Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009, 2009A).

Adicionalmente, ha planteado que

... el Ministerio de Medio Ambiente, deberá realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple algunos de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa (Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009, 2009A).

Desde la etapa de preconsulta hasta la finalización del acuerdo, las comunidades deben ser plenamente informadas sobre el proyecto, el plan de manejo ambiental, las medidas de prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad.

Con relación a la decisión final, debemos destacar que como lo ha señalado la Corte Constitucional y la misma Organización Internacional del Trabajo (OIT), ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afectan a todo el país [...] El artículo 7º (del Convenio 169) exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo.

Sobre este particular la Corte Constitucional ha señalado que

... cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica (Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009, 2009A).

2.4. El interés general frente a intereses particulares

Se ha considerado que este tipo de derechos especiales para los pueblos indígenas ponen en controversia el interés general y los intereses de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. En este sentido la Corte Constitucional⁷ hizo referencia a la protección de los valores culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas y tribales, que aún subsisten en el territorio nacional, considerando que es un asunto de interés general en cuanto comporta el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y la existencia misma del Estado social de derecho, y puntualiza que

⁷ Al respecto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional SU-383 de 2003 (2003) y C-615 de 2009 (2009C).

la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los mismos en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor.

Sobre este particular, el tribunal Constitucional considera que la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 de la Constitución Política de Colombia), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento.

Por lo anterior, debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación y exploración de dichos recursos y la preservación de dicha integridad, que es condición para la subsistencia de los grupos étnicos. En consecuencia, la Corte considera que ha de buscarse una justa medida, para equilibrar el desarrollo económico que necesita el país, que requiere avanzar en la exploración y explotación de los recursos nacionales, mineros en este caso, pero que debe detenerse ante la preservación ambiental, que es la vida de las futuras generaciones, y coordinarse con el inalienable respeto a los valores históricos, culturales y sociales de los grupos étnicos y de la población en general.

Como resultado de lo que se ha podido analizar de los casos estudiados y los cuales han terminado por judicializarse, y, además, de los pronunciamientos de la Corte Constitucional se puede concluir que la consulta previa debe ser vista desde el enfoque basado en derechos

humanos, cimentado en las normas internacionales buscando la promoción y protección de los derechos de estas colectividades (USAID, 2009). Adicionalmente, se debe avanzar en la implementación del consentimiento previo, libre e informado, tema que se abordará a continuación.

3. *El consentimiento previo, libre e informado - CLPI*

El debate actual se centra en el tema del consentimiento previo, libre e informado –CLPI–, que se propone por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del pueblo Saramaka contra Surinam en su sentencia del 28 de noviembre de 2007 en la cual señala que al garantizar la participación efectiva en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes.

Para la Corte Interamericana las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo, y se debe consultar de conformidad con sus propias tradiciones en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. La Corte resalta que el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que se tenga conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio, señala la Corte Interamericana que el Estado tiene la obligación, no solo de consultar sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo –CPLI– de estos, según sus costumbres y tradiciones. En este caso, la decisión de la comunidad es vinculante.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana aplicó el precedente de Saramaka contra Suriman (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007) en su sentencia T-769 de 2009, en el caso del contrato de concesión Mandé Norte y señaló que:

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, informado y previo, 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, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea (Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009, 2009A).

Este pronunciamiento es muy importante y consideramos que es necesario avanzar en el país la implementación de esta figura. Se debe establecer cuando se aplica el CPLI, especialmente si se tiene en cuenta que por el estado de vulneración que viven los pueblos indígenas, como lo ha

señalado la Corte Constitucional a través del Auto 004 de 2009 (Corte Constitucional, 2009D), y dado que se presenta una grave situación por lo cual, a través de sus providencias, protege los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado por la sentencia T-025 de 2004 tanto la consulta previa como el CPLI son fundamentales en la protección de dichas comunidades (Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, 2004).

Finalmente es importante subrayar en este punto que

... los derechos de participación, consulta y consentimiento se fundan en el principio de que los pueblos indígenas tienen igual dignidad a todos los pueblos y culturas, y tienen igual capacidad a todos los pueblos para controlar sus instituciones y determinar libremente sus formas de vida y modelo de desarrollo (Yrigoyen, 2009, p.17).

Conclusiones

En Colombia se han establecido normas que consagran espacios de incidencia en los procedimientos de licencias ambientales, pero esto realmente no garantiza procesos de participación reales y efectivos cuando estas terminan en el papel. Lo anterior acaba por confirmar lo planteado por la Contraloría General de la República (2006, p. 171) en el sentido de evidenciar que existe “una gran debilidad por parte de las autoridades ambientales en la generación de canales y estrategias de interacción proactiva con las comunidades y los diferentes actores sociales, limitándose a generar una información general sin las debidas y oportunas socialización y divulgación”.

En consecuencia, existen grandes retos para consolidar un proceso de licenciamiento am-

biental que permita la protección de nuestro patrimonio natural y posibilite la participación real y efectiva en las decisiones que puedan afectarnos. Para ello se requiere del liderazgo y del fortalecimiento de la autoridad ambiental tanto en lo técnico como en lo jurídico.

Adicionalmente, es necesario tener presente que los pueblos indígenas y demás grupos étnicos deben ser consultados previamente 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. La consulta previa debe ser efectiva y de buena fe y se debe garantizar con ella el alcanzar un acuerdo o consentimiento cuando se logre medir el impacto de los proyectos sobre los pueblos indígenas y sus territorios. Consideramos tarea urgente la de establecer estrategia para prevenir los conflictos, dado que no es viable que estos continúen resolviéndose en los estrados judiciales. Para ello se requiere el cumplimiento de estos requisitos o estándares mínimos dados por el Convenio 169, la Corte Interamericana y la Corte Constitucional.

La consulta previa debe ser realmente PREVIA a las decisiones que se adopten y para ello se requiere de una institucionalidad fuerte, capacitada e independiente que asuma estas tareas y permita avanzar en la solución de los conflictos por los proyectos, y en la consulta previa al consentimiento previo libre e informado.

Finalmente, en conclusión, consideramos y ratificamos nuestras apreciaciones en el sentido que la consulta previa debe mirarse desde la perspectiva basada en los derechos humanos; debe abrir los espacios de debate político para la aplicación plena de la Consulta y el Consentimiento Libre, Previo e Informado CLPI; establecer mecanismos claros y esfuerzos sostenidos para generar condiciones jurídicas y políticas de exigibilidad de la Consulta Previa y el CLPI y que este tema debe formar parte de la agenda

política del gobierno por su gran conflictividad y por la necesidad de garantizar los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Contraloría General de la República de Colombia. (2006). *Estado de los recursos naturales y del ambiente*. 2005-2006. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (1992). *Sentencia T-428 de 1992*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (1993A). *Sentencia T-405 de 1993*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (1993B). *Sentencia T- 188 de 1993*. Colombia.
- Corte constitucional, República de Colombia. (1994). *Sentencia T- 342 de 1994*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (1996). *Sentencia C-433 de 1996*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (1997). *Sentencia SU-039 de 1997*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (1998). *Sentencia T-652 de 1998*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2003). *Sentencia SU-383 de 2003*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2004). *Sentencia T- 025 de 2004*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2006). *Sentencia T-880 de 2006*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2009A). *Sentencia T-769 de 2009*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2009B). *Sentencia T-154 de 2009*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2009C). *Sentencia C- 615 de 2009*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2009D). *Auto 004 de 2009*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2010A). *Sentencia T-745 de 2010*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2010B). *Sentencia T-547 de 2010*. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2010C). *Sentencia T-1045 de 2010*. Colombia.

- Corte Constitucional, República de Colombia. (2011). *Sentencia T-129 de 2011*. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007*. San José de Costa Rica.
- Macías, L. F. (2006). Licencias y permisos ambientales. En: B. Londoño, G. A. Rodríguez & G. I. Herrera (Eds.), *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. (p. 229-252). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia. (2011). *Respuesta de Derecho de petición del 9 de febrero de 2011*. Colombia.
- OIT-CEACR. (2011). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Referencia ILC.100/III/1 A. OIT*
- ONU. (1992). *Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio ambiente y el Desarrollo*. ONU
- República de Colombia. (1991). *Constitución política de Colombia de 1991*. Colombia.
- República de Colombia. (1993). *Ley 99 de 1993*. Colombia
- República de Colombia. (2010). *Decreto 2820 del 2010*. Colombia
- Rodríguez, G. A. (2009). El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. *Revista El Otro Derecho*, (40), *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, 55-74.
- Rodríguez, G. A. (2009). La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización. En M. Restrepo (Ed.), *Retos y perspectivas del derecho administrativo* (pp. 222-245). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. A. & Muñoz, A. L. M. (2009). *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario
- Universidad de los Andes. (2010). *La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Justicia Global y Derechos Humanos. Documento número 2*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional.
- Urteaga, P. (2009). Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso Perú. *Revista El Otro Derecho*, (40), *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, 121-162.
- USAID, ONU. (2009). *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. USAID. Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Colombia.
- Yrigoyen, R. (2009). De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. *Revista El Otro Derecho*, (40), *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, 11-53.