

Consulta previa: se obedece, pero no se cumple

www.razonpublica.com 24 de Febrero de 2013

[Natalia Orduz Salinas](#)

La consulta previa no es un formalismo: es la garantía constitucional del derecho a evitar a tiempo las consecuencias de decisiones que afectan seriamente a las minorías étnicas. Por eso duele.

El gobierno se queja

Cada año se produce un despliegue mediático en torno a la consulta previa. Normalmente ocurre en febrero. Salvo raras excepciones, el cubrimiento periodístico deja mucho que desear en el plano profesional y en el plano ético.



La consulta previa es una forma concreta de proteger la supervivencia de los pueblos indígenas en Colombia.

Foto: www.mininterior.gov.co

Los funcionarios públicos también participan en propagar una gran dosis de desinformación, que refuerza prejuicios sobre un tema sensible y hasta pone en duda el ejercicio de un derecho fundamental.

En este texto analizo las noticias recientes alrededor de la consulta previa y planteo una pregunta obligada: ¿por qué en vez de quejarse tanto por la consulta previa, el gobierno no presenta un proyecto de ley para reglamentarla?

En nuestra cultura política se piensa que la primera solución de un problema es expedir una nueva ley. Sin embargo, los dilemas de la consulta previa no se deben a una supuesta falta de legislación, sino a todo lo contrario: reglas hay suficientes, pero no se cumplen ni las más obvias.

Las normas ya existen

Un breve resumen: en 1991, Colombia decidió dar un giro a la forma como veía y entendía a los pueblos indígenas y afrocolombianos. Esa año promulgó la nueva Constitución y ratificó el Convenio 169 de la OIT, mediante la ley 21 de 1991 sobre *derechos* de los pueblos indígenas. Es decir, sí hay ley.

Colombia se despidió, al menos sobre el papel, de la visión decimonónica según la cual había que “*reducir a los salvajes a la civilización*” (ley 89 de 1980) y que justificaba tratarlos como menores de edad. Hoy reconoce y protege, muy a tono con el derecho internacional, la diversidad étnica y cultural, la relación colectiva y ancestral que tienen los pueblos con su territorio y las *distintas* visiones de desarrollo que existen.

Ha ido acrecentándose el interés de la sociedad por garantizar que sobrevivan los pueblos indígenas frente a las constantes amenazas que los acechan: conflicto armado, minería legal e ilegal, colonización, agroindustria, proyectos de infraestructura... y que de hecho tienen a estas comunidades al borde de la extinción: al menos 32 pueblos, de 102 reconocidos, tienen menos de 500 miembros.

No se trata solamente de un problema particular de estos colombianos, sino de toda la sociedad: la apuesta de la Constitución consiste en construir una nación *pluriétnica y multicultural*.

Reglas de juego

La consulta previa es una forma concreta de proteger la supervivencia de estos *pueblos* en Colombia. El deber de hacerla está claramente establecido en la Constitución, en tratados y declaraciones

internacionales, en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también ha sido desarrollado por la Corte Constitucional.

Las reglas más importantes son las siguientes:

- La consulta previa es un derecho *fundamental*, porque de él depende la supervivencia futura de los pueblos. Este es el único mecanismo que permite discutir un proyecto o una medida que podría cambiar para siempre la historia, el territorio, la organización y la cultura de un pueblo;
- A lo largo del proceso deben respetarse las cosmovisiones y costumbres de cada pueblo;
- Debe ser realizada con las autoridades *representativas*, no con cualquier indígena que se deje invitar a una gaseosa;
- Debe ser efectivamente *previa* a cualquier actividad o decisión que los afecte como pueblos (incluida la exploración minera), porque, ¿de qué serviría una consulta cuando ya no hay nada que discutir?;
- Debe ser de *buena fe*, es decir que no hay lugar a engaños, artimañas, entrega de prebendas, fragmentaciones de los consultados y estigmatizaciones;
- Debe ser *libre*. En un contexto de conflicto armado como el nuestro, esto se traduce en que las posiciones adoptadas por los indígenas no les sean luego cobradas a bala cuando regresan a sus territorios, tal como ocurrió con la consulta previa del llenado de la represa de Urrá;
- Debe ser informada;
- Debe lograr el consentimiento cuando una medida o un proyecto puedan causar daños tan grandes a un pueblo que amenacen con extinguirlo;
- Debe haber un proceso de *pre-consulta* para fijar las reglas concretas de cada caso, según el pueblo y la medida consultada.

Lecciones de la experiencia

En Colombia existe un espacio institucional de

diálogo entre los pueblos indígenas y el gobierno nacional: la *Mesa Permanente de Concertación*, que ha permitido fijar las metodologías para consultas previas de medidas legislativas, como la del Decreto Ley de Víctimas, del Plan Nacional de Desarrollo y la semana pasada, de la reforma de las CAR, de la reforma al Código de Minas y de un documento *Conpesindígena*. La Mesa no reemplaza la consulta directa con los pueblos, pero ha resultado muy útil para fijar reglas de juego, metodologías y acuerdos.

Nunca había sesionado tan intensamente la Mesa, como durante el gobierno Santos. Por ejemplo, el balance de la experiencia de la consulta previa del Decreto Ley de Víctimas Indígenas, durante 2011, fue relativamente positivo, tanto para el gobierno como para los pueblos indígenas.

Se pudo demostrar que — si se fijan reglas de juego claras desde el principio y se cumplen de buena fe — es posible sostener un diálogo entre culturas, un procedimiento en todos los departamentos del país y un resultado innovador en reconocimiento de derechos.

De esa experiencia de consulta previa fue posible extraer algunas [lecciones](#) importantes^[1]:

- Primera, la necesidad de prevenir la asimetría. Casi por definición, las minorías étnicas están en desventaja frente al gobierno y las empresas en términos de recursos económicos, humanos (asesores y técnicos), de información y otros. Una consulta que se aproveche de la asimetría no puede ser de buena fe. Por tal razón juegan un papel fundamental las organizaciones indígenas que tienen capacidad de informar, defender y cohesionar a los pueblos, los asesores externos y especialmente, el Ministerio Público.
- Es importante, además, garantizar que la información sobre la medida y sobre el proceso de consulta circule entre las organizaciones representativas y las

comunidades. Hay que evitar que el manejo fragmentado de la información se use para desunir y vencer a los indígenas o afros. La comunicación transparente es un antídoto contra representantes de mala fe y es clave para no centralizar la toma de decisiones, sin contar con los verdaderos *sujetos de derecho* de los territorios.

- Finalmente, las consultas deben utilizar adecuadamente el tiempo y hacerse con responsabilidad y profesionalismo por parte del gobierno. Esto incluye no comenzar a última hora y que haya continuidad durante el proceso. Además, implica que las diferentes entidades del gobierno estén coordinadas entre sí, que los acuerdos se cumplan, que los procesos no retrocedan, que los funcionarios estén capacitados para esta labor y que sean culturalmente sensibles.

El gobierno no es serio

Es aquí donde nacen los principales obstáculos de la consulta que impiden su avance y tras los cuales es ya costumbre acusar a las minorías étnicas de frenar el desarrollo del país. Por ejemplo:

- Frente a la consulta del censo agropecuario, el gobierno tuvo posiciones enfrentadas entre el DANE y el Ministerio del Interior, y entre dependencias de este último. Se hizo una pre-consulta, pero luego se abandonó el proceso.
- La consulta a la reforma al Código de Minas debió iniciarse tan pronto como la Corte Constitucional dio la orden, en mayo de 2011. Pero apenas en octubre de 2012 el gobierno radicó el articulado ante la Mesa. En ese momento decidió dar prioridad a la consulta previa de la ley de tierras. La metodología se fijó apenas la semana pasada. El gobierno todavía no ha dado a conocer la evaluación sobre el cumplimiento de los compromisos pactados en la consulta previa del Plan

Nacional de Desarrollo sobre minería.

- Mientras Juan Camilo Restrepo, ministro de Agricultura, hace declaraciones públicas a diestra y siniestra en contra de la consulta previa, por ser según él un proceso laberíntico y costoso, no cumplió con la regla de juego fijada en la Mesa Permanente de Concertación en junio de 2011 que consistía en entregar el proyecto definitivo de la Ley de Tierras el primero de julio de ese año. Lo presentó y luego lo retiró repetidas veces, lo cual provocó un enfrentamiento con el entonces ministro del Interior, Vargas Lleras. Tras muchas demoras, la consulta por fin pudo iniciarse a finales de 2012.
- En cuanto a ley de Víctimas, el gobierno Santos radicó el proyecto de ley ante el congreso sin haberse realizado *ninguna* consulta previa. Pero los indígenas y los afros tenían mucho que decir: han sido los grupos proporcionalmente más golpeados por el conflicto armado. Además, si se adoptan medidas inadecuadas de reparación para minorías étnicas, los remedios pueden acabar siendo peores que la enfermedad, como en el caso de Urrá, donde las indemnizaciones monetarias *individuales* que ordenó la Corte están erosionando esta cultura indígena.
- La metodología de la consulta de las CAR también fue acordada en la Mesa Permanente de Concertación en junio de 2011, pero apenas la semana pasada el gobierno decidió ponerla en práctica.
- En la Sierra Nevada de Santa Marta el gobierno repetidamente ha firmado acuerdos con el Consejo Territorial de los cuatro Cabildos Gobernadores de los pueblos Arhuaco, Kogui, Kankuamo y Wiwa, en su carácter de autoridades públicas, pero sencillamente no los ha respetado ahora, frente a la actual arremetida minera y ecoturística.

- En Tumaco se ha sembrado palma de aceite en territorios de las comunidades, se han usado químicos y se han realizado fumigaciones aéreas sin consulta previa^[2].

Aplicar las normas vigentes

Una ley de consulta previa no puede reemplazar las normas constitucionales, tampoco la ley 21 de 1991, ni la jurisprudencia de la Corte. Tampoco puede precisar todos los detalles de procedimiento porque la ejecución de la consulta requiere de cierta flexibilidad para adaptarse a las circunstancias de cada proceso. Por eso es muy dudosa la conveniencia de una nueva ley.

Una propuesta alternativa es elaborar un compendio o protocolo sobre la base de las reglas que ya existen. En todo caso, ley o compendio solo van a servir si por fin el gobierno, las empresas, los medios y los ciudadanos aborden la consulta previa desde una perspectiva mejor informada, para que sus apreciaciones sean más constructivas y más respetuosas de las distintas visiones del desarrollo.

**** Abogada e investigadora sobre derechos humanos y biodiversidad.***

[1] Orduz, Natalia y César Rodríguez. 2012. *La consulta previa, dilemas y soluciones*. Bogotá: Dejusticia.

^[2] Ver: Medidas cautelares del juez de restitución de tierras de Pasto, Rad. 2012-00029 de octubre de 2012.