

## ¿Porqué quieren acabar con el derecho fundamental a la consulta para el consentimiento previo de los pueblos indígenas y negros?

### - La legalización de otro saqueo –

Camilo González Posso  
Presidente de INDEPAZ  
Bogotá D.C. 10 de abril de 2021

Sigue su curso el PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA "Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones"; es claro que tiene el propósito de acabar con el derecho a la consulta previa libre e informada, consagrado en Convenios, tratados y jurisprudencia nacional e internacional. En lugar de ese derecho fundamental, que es inherente a la pervivencia de los pueblos indígenas y en general étnicos, lo que buscan sus promotores del proyecto es legalizar su banalización completa para permitir inversiones y en particular megaproyectos que siempre han invocado e invocaran como prioridad ante la propiedad privada colectiva de pueblos étnicos, e incluso por encima del derecho a su existencia.

Como parte de la estrategia contra la consulta previa de proyectos, obras y acciones en territorios étnicos, el gobierno de Iván Duque ha adoptado también el decreto 333 mediante el cual le pone obstáculos a las tutelas. Una de las motivaciones es frenar las tutelas por posibles impactos negativos de obras de infraestructura que intervienen territorios étnicos, impactos de megaproyectos minero-energéticos y agroindustriales. Con ese decreto el gobierno aspira congestionar al Consejo de Estado, pretende que le será más fácil torcer o prolongar procesos y al mismo tiempo, al escoger su propio juez, intenta excluir a los jueces, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional del trámite de tutelas que puedan presentarse por acción del gobierno.

### Consulta para el consentimiento y consentimiento absoluto

La esencia de este orangután estatutario, como de otras iniciativas, es reducir la consulta previa a un proceso superficial de información como paso previo a la adopción de las decisiones que los gobiernos y las empresas hayan acordado y tengan programadas en un territorio étnico. Basta leer los artículos relativos al No derecho al veto y al procedimiento y contenido de la protocolización de la consulta para que quede claro que el objetivo es pasar por encima de los derechos de pueblos indígenas, afrocolombianos, negros, raizales y ROM.

El supuesto principio de No Veto (con mayúscula por supuesto), lo que en realidad establece es la potestad unilateral del Estado de intervenir como a bien tenga en territorios de propiedad colectiva étnica aún en caso de no lograrse un acuerdo en la consulta.

2.9. No Veto. El derecho de Consulta Previa siendo un derecho fundamental no tiene el carácter de absoluto. Por tanto, no conlleva un poder de veto sobre las medidas legislativas, con fuerza de ley o administrativas, o los proyectos, obras

o actividades (POA) consultados. La no consecución de un acuerdo o conciliación no impide que se tome la Decisión por parte del Estado de continuar con el trámite de las medidas legislativas, con fuerza de ley o administrativas, o los POA.

La idea de que el derecho a la Consulta Previa no es absoluto no puede ser pretexto para completar el sofisma, diciendo que es discrecional del Estado o de la autoridad gubernamental responsable de garantizarlo. Además, debe armonizarse con lo que establece la norma interna y la jurisprudencia internacional sobre el derecho fundamental al Consentimiento Previo, Libre e Informado, cuando un proyecto o decisión externa a la colectividad amenace sus condiciones de existencia o lesione de manera grave su identidad, cultura, espiritualidad, autonomía y demás derechos territoriales.

La aplicación del derecho al Consentimiento PLI, significa que, sin el acuerdo, concertación, conformidad, aprobación, de la comunidad o pueblo cuya propiedad colectiva puede ser impactada en la forma crítica establecida por las normas aplicables, NO se puede realizar ninguna fase de un proyecto. Si eso no equivale a derecho de veto les toca llamarlo derecho a la oposición absoluta en condiciones especiales.

Esas condiciones especiales están claramente establecidas en jurisprudencia nacional e internacional y en la norma que incorpora el proyecto de ley en el artículo 3.9:

3.9. Consentimiento libre, previo e informado. Se requerirá que las comunidades o pueblos potencialmente afectados otorguen su consentimiento previo, libre e informado, en los casos en que los proyectos de ley, las medidas legislativas o administrativas o los POA supongan alguna de las siguientes situaciones:

- 1) Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de las comunidades.
- 2) Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en el territorio de la comunidad.
- 3) Cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica.

En cuanto a la jurisprudencia que no debe olvidarse como parte de los mandatos de obligatorio cumplimiento por parte de toda autoridad y de perentorio respeto de los particulares. Como ha sido muchas veces repetido, la autoridad debe acatar, además del Convenio 169 de la OIT, sentencias como las siguientes. 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.

Es obligatorio respetar el Derecho al Consentimiento como ordena la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a partir del caso Pueblo Saramaka versus Suriman:

en los planes de inversión a gran escala que impliquen un impacto mayor dentro del territorio es obligación de los Estados garantizar la obtención del “consentimiento libre, informado y previos de los respectivos grupos étnicos según sus costumbres y tradiciones” (Corte IDH, 2008, párrafo 17).

### ¿Protocolización de un engaño?

El proyecto de ley estatutaria que pretende regular la consulta tiene una larga lista de despropósitos y trucos para desconocer derechos a los pueblos étnicos cuando se quiere hacer un proyecto en su territorio; pero una de las trampas maestras es la que, a nombre de la llamada “protocolización de la consulta”, deja todo listo para que a cambio de los impactos y uso del territorio se le concedan pequeñas “compensaciones” a las comunidades y poblaciones afectadas.

Hay que agregar que ya es frecuente que como protocolización de consultas se haga una lista parcial de compensación de daños, especialmente de algunos impactos ambientales. Esta práctica incluye trucos como estos 14:

- No respetar el carácter previo, libre e informado de la consulta en muchos aspectos.
- Desconocer de entrada que en caso de megaproyectos de gran impacto lo que corresponde es respetar el derecho al consentimiento y a decir no por parte de un pueblo o comunidad étnica.
- No entregar a tiempo ni en debida forma, de idioma y contenido completo, los estudios técnicos, mapas, documentos de diseño, de costos e impactos ambientales, sociales, económicos, culturales y de la vida en relación.
- Desconocer el derecho de las comunidades y pueblos a participar desde el inicio en los estudios de impacto ambiental en todos sus componentes y en la elaboración de los protocolos de relacionamiento intercultural.
- Escoger e imponer unilateralmente el territorio y comunidades que pueden ser impactadas directa e indirectamente por el proyecto en cuestión.
- Desconocer la legítima representación de las comunidades o pueblos, que debe ser decidida autonomamente, y propiciar el fraccionamiento, pugnacidad, corrupción con intermediarios y favoritismos.
- Legalizar, como si fueran parte de la consulta, eventos convocados de mala manera, sin tiempos y cronograma aprobado con las comunidades; eventos parciales en cuanto asistencia o sin la adecuada preparación e información.
- Pretender llegar a acuerdos de protocolización sin compartir previamente los estudios de costos o valoración monetaria actuarial de los impactos en todas las fases, desde la gestación, investigaciones previas en terreno, hasta el desmonte y restitución de pasivos ambientales y socioculturales.
- Limitar el pago a la comunidad a “compensación” por algunos daños ambientales; en primer lugar, acostumbra no incluir todos los daños ambientales al medio natural y sociocultural; en segundo lugar, no valoran

adecuadamente los daños en los bienes físicos y menos los daños morales y de la vida en relación. Con este sesgo en realidad no “compensan lo dañado”.

- Desconocer el derecho de los pueblos étnicos a tener una retribución adicional a la compensación por daños, por el uso del territorio en todos sus componentes, durante un tiempo acordado y en las condiciones definidas en el documento de consulta o consentimiento que adquiere la fuerza de un contrato. Este componente del pago lo confunden dolosamente con la compensación por impactos ambientales.
- Presentar como compensación o pago, inversiones en servicios públicos, sociales o de infraestructura que en todo caso son obligación del Estado y tienen o deben tener presupuestos asignados ya sea de transferencias, regalías y otras fuentes públicas.
- Descartar en la fórmula de pago a la comunidad o pueblo en donde se va a realizar un proyecto, un componente de beneficios bajo la forma de participación en utilidades o aprovechamiento programado de bienes de conocimiento y tecnología y trabajo calificado.
- Excluir de los bonos de carbón o incluir como pago a la comunidad por parte de los inversionistas, parte de lo que reciben por pago de bonos de carbón, según se regula en instancias internacionales.
- Establecer, después de todos los trucos, que no le entregan los pagos o compensaciones a la comunidad o pueblo para su manejo autónomo e independiente, sino que se hará mediante proyectos cogestionados o gestionados por agentes externos del gobierno o de las empresas; para este manejo que tiene una sustentación racista se inventan fondos fiduciarios o de otro tipo ante los cuales las comunidades afectadas que protocolizaron la consulta deben presentar a consideración proyectos de inversión. En realidad microproyectos que han sido por lo general paliativos ante el incumplimiento de obligaciones del Estado.

### El Test de proporcionalidad es otra artimaña de despojo

El proyecto de ley estatutaria que aquí comento, facilita todos estos trucos y otros más. El carácter truculento de este proyecto está asociado al supuesto de que el objetivo es hacer obras o aprobar normas que chocan con los derechos de los pueblos para lo cual lo central es establecer el procedimiento de toma de decisiones SIN acuerdo con las comunidades, sin consulta, ni consentimiento. Por eso le dedican tanta letra menuda a lo que llaman el *Test de Proporcionalidad* que sigue a la interrupción del proceso de consulta cuando los representantes de los pueblos étnicos implicados deciden retirarse o hay conflictos de representación.

Ese Test de proporcionalidad deja de lado a la comunidad étnica y pasa a ser parte del procedimiento de toma de decisión del Estado. En la letra queda claro que a la comunidad le imponen la ocupación o intervención de su territorio y ámbito económico, social y cultural; que el horizonte de pago a título de compensación se reduce a “instrumentos o medidas idóneas *para mitigar los impactos* adversos generados por el POA, o por la expedición de la ley o el acto administrativo” (art. 38). El proyecto es expreso en limitar la retribución o pagos a la comunidad a esa mitigación de impactos adversos. Como dice el artículo 38:

Durante el desarrollo del test se identificarán y analizarán las afectaciones que pueden sufrir las comunidades, y se establecerán las medidas de manejo para prevenirlas, corregirlas, mitigarlas o compensarlas, según sea el caso.

No es para reconocer un derecho fundamental sino para entregar territorios de propiedad colectiva étnica a grandes inversionistas

Es probable que este proyecto anti consulta y consentimiento previo no pase en esta legislatura del Congreso de la República, pero sus contenidos esenciales ya están aplicándose en regiones en las cuales se promueven grandes inversiones en territorios de propiedad colectiva étnica. Son inversiones que en esta década pueden superar los 30.000 millones de dólares en Puertos, grandes vías, hidroeléctricas, parques eólicos, explotación de madera y hasta sustracción de Zonas de Reserva Forestal en la Amazonía y el Andén Pacífico.

Con razón muchas empresas se preguntan por la seguridad jurídica de esas macro inversiones en territorios étnicos y la posibilidad de demandas si siguen la orientación de este gobierno, y de todos los gobiernos anteriores, de autorizar consultas tramposas con la promesa de legalizarlas en el camino con leyes o con cualquier decreto anticonstitucional, como el 1320 de 1998 que sigue vigente, aunque la Corte Constitucional lo declaró “inaplicable”.

La preocupación gubernamental es la seguridad inversionista y dar carta libre a las multinacionales y grandes empresas nacionales para pasar por encima de los pueblos étnicos en la Amazonía, Andén Pacífico, La Guajira, Sierra Nevada y otras regiones en las cuales chocan con los derechos fortalecidos con la Constitución de 1991, Tratados, Convenios Internacionales y con amplia jurisprudencia.

Desafortunadamente no es sólo un debate sobre como conciliar el llamado desarrollo, o el seudodesarrollo extractivista, con los derechos territoriales de pueblos étnicos en este Estado definido como pluralista, multiétnico, diverso. En realidad, estamos ante un proceso gigantesco de despojo de territorios colectivos, en beneficio del cual los gobiernos no aceptan concertar con los pueblos indígenas, negros, afrocolombianos y raizales las condiciones de intervención de macro inversiones. Quieren imponer a la brava proyectos, manipulando normas y procedimientos, dejando a las violencias el resto del trabajo contra las pretensiones de comunidades que defienden derechos o quieren negociar en las mejores condiciones posibles.