

Extrait du El Correo

<http://www.elcorreo.eu.org/Colombia-Proyecto-Entreguista-de-Ley-de-Consulta>

Colombia : Proyecto Entreguista de Ley de Consulta

- Les Cousins - Colombie -

Date de mise en ligne : mercredi 30 novembre 2011

Copyright © El Correo - Tous droits réservés

La última norma general colombiana sobre consulta indígena fue una Directiva Presidencial, la primera del año 2010, que, con excusa de ofrecer « garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales », dejaba prácticamente el procedimiento a disposición de las empresas interesadas en el acceso expedito a recursos naturales de territorios indígenas.

Como no se publicó en prensa oficial ni se hizo de otro modo pública, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, con ocasión de una visita poco posterior a Colombia, se dirigió al entonces Ministro del Interior y de Justicia recabándole información. Se negó primero que la norma existiera para luego alegarse que se trataba de una circular interna dirigida solamente a la Administración. Al cabo de un año y mucho pico, con cambio de Gobierno de por medio, se elabora un « Proyecto de Ley por el cual se reglamenta la Consulta Previa para Grupos Étnicos » que ofrece otra apariencia, pero que no rompe el cordón umbilical con aquel empeño de dar entrada a las empresas interesadas en el procedimiento de consulta que, conforme al derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas, un derecho que obliga a Colombia, debe ser responsabilidad exclusiva del Estado. Y además de paso se ningunea la consulta de medidas de carácter legislativo. En suma, el Estado colombiano sigue empeñado en sustraer *garantía* y, más aún, eficacia al ejercicio del *derecho fundamental a la consulta previa*.

El Proyecto de Ley comienza por ignorar el derecho internacional que le obliga. Por no mencionar, ni siquiera menciona el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169) que, ratificación mediante, está en vigor en Colombia desde el 7 de agosto de 1992, del cual trae causa más inmediata el deber del Estado a la consulta indígena. Tampoco contiene referencia alguna a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que Colombia endosó algún tiempo después de su adopción, en abril de 2009, mediante comunicaciones a diversas instancias de Naciones Unidas (Secretario General, Consejo de Derechos Humanos y Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas), intentando mantener el mismo secretismo que luego se aplicara a la susodicha Directiva Presidencial. Al endosar la Declaración, Colombia aceptó el compromiso de asumir y poner en práctica los derechos en ella registrados (art. 38 : « Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración » ; art. 42 : "Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia »).

En algo tan importante como la identificación de los sujetos del derecho a la consulta el Proyecto no se atiene a las normas internacionales que le obligan. Los identifica ante todo como *grupos étnicos*, lo que efectivamente se atiene al lenguaje de la Constitución estricta de Colombia, pero no a su Constitución extensa integrada por más normas. El valor constitucional del Convenio 169 en concreto, que se desprende ciertamente de la Constitución, está bien determinado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Y el Convenio es posterior a la Constitución, por lo que prevalece. Sus sujetos son los *pueblos indígenas*, lo que no impide desde luego que, según la propia norma constitucional, puedan asimilarse otros sujetos, como el del pueblo afrocolombiano o las correspondientes comunidades. El detalle no es sólo terminológico. Reduciéndose el uso del término *pueblo* para los pueblos indígenas, al que sólo se recurre para supuestos que se tienen por especiales, se está intentando dificultar la conexión de la futura ley con el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas del que trae cause y al que se debe. Sintomáticamente, la referida Directiva Presidencial comenzaba recalcando que se ocupaba de *grupos étnicos* con la evidente intencionalidad de desterrar cualquier otra forma de reconocimiento del sujeto con carácter general.

Hay otro hilo de continuidad entre la Directiva Presidencial y el Proyecto de Ley, el del pie que se le ofrece a las empresas para intervenir en el proceso de consulta. En este segundo, el supuesto que recibe mayor consideración y que aparece así como ordinario es aquel en el que existe un interés por su resultado de carácter que se tiene por privado, el de la parte a la que se llama por el Proyecto con cierto eufemismo *los interesados* o *los particulares*. No puede ocultarse que se trata fundamentalmente de las empresas. Aparecen no sólo con capacidad de incoación del procedimiento de consulta, sino también como parte formal de la misma, con facultades decisivas. Se le relaciona incluso por delante del sujeto indígena : « *Los intervinientes en el proceso de consulta previa, exceptuando los procesos que requieren trámites especiales, son : El Ministerio del Interior ; La persona(s) natural o jurídica solicitante ; y Los grupos étnicos directamente afectados* ». Una Dirección General de Consulta Previa del Ministerio del Interior comparece como instancia garante, pero el procedimiento llega a contemplarse en forma de acuerdos directos entre las empresas y las comunidades : « *En caso que la comunidad y el interesado no lleguen a un acuerdo en términos de la metodología que se va a adelantar, el Ministerio del Interior-Dirección General de Consulta Previa deberá tomar una determinación en relación con la metodología, valorando las posiciones de las partes (...)* ». ¿Hay que insistir en que todo esto viola frontalmente el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas y que excluye de forma absoluta, con razones de peso, que la consulta se evacue entre empresa y comunidad ?

En *la comunidad étnica*, en su caso *indígena*, se concreta para el Proyecto el sujeto en los supuestos en existencia de *interesados*, las empresas. Para el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas el sujeto es *el pueblo indígena*. En supuestos que se tienen por menos ordinarios, como el de la consulta de medidas legislativas u otras normativas de carácter general, el propio Proyecto cuenta en cambio con *los pueblos* descendiendo incluso a identificar instancias representativas : « *Las medidas administrativas y legislativas del orden nacional serán consultadas con la Mesa Permanente de Concertación para Pueblos Indígenas y Organizaciones Indígenas, y con la Consultiva de Alto Nivel para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Palenqueras y Raizales, y con la comunidad Rom [gitana], según corresponda, bajo el entendido que en dichas instancias actúan como representantes legítimos de las comunidades a las que representan* ». Hay un exceso en esta identificación. Según el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas no es al Estado, sino a los mismos pueblos, a quien corresponde determinar la representación. Y no puede identificar la misma directamente con unas instancias mixtas de concertación si los pueblos indígenas no lo hacen de forma autónoma. Sólo en la medida en que dichas instancias tengan el apoyo efectivo de los pueblos indígenas la fórmula es válida. No lo es porque lo diga una ley, la cual así se está arrogando el poder de decisión al respecto.

El sujeto de la consulta ha de ser el pueblo o los pueblos directamente afectados, lo que no quita desde luego que, según su organización y representación autónomas, puedan y deban intervenir las comunidades concretas más directamente afectadas. Lo que no cabe en el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas es que el sujeto se reduzca a la comunidad afectada en solitario, la mejor forma de entregar a la parte indígena en manos de las empresas y más aún si el procedimiento les confiere el papel decisivo referido. En sustancia, el actual Proyecto de Ley está articulando furtivamente el mismo designio de la Directiva Presidencial de 2010. Como en general está ocurriendo con la violación constante de los derechos de los pueblos indígenas, el cambio de Gobierno parece que lo que ha traído es un cuidado de las formas como operación propagandística sin replanteamiento de fondo. De lo que no cabe duda es de que las mismas manos que produjeron la Directiva son las productoras del Proyecto.

En cuanto a la consulta de las medidas legislativas, ya es de lo más significativo que se le preste tan poca atención. En lo poco que se le regula es de esa forma impropia de identificar la representación indígena. Se le fija un plazo de evacuación tan breve como el de un mes, lo que tiene el efecto bien grave de que no se prevé tiempo alguno de consulta entre representantes y bases indígenas. Hay algo más. De este género de consulta también se ocupa de parte del Estado la susodicha Dirección General de Consulta Previa, esta instancia político-administrativa y no el propio Congreso. El resultado de la consulta legislativa se maneja por el Gobierno para darle la última mano a los proyectos legislativos sin obligación ni siquiera de transmitir la documentación del proceso, con lo que el Congreso queda completamente desconectado del insumo indígena pudiendo tranquilamente adoptar sus

decisiones legislativas conforme a sus competencias dudosamente constitucionales, las que le corresponden en exclusiva según la Constitución estricta, pero no tan exclusivamente según la Constitución extensa donde se comprende, cuando menos, el Convenio 169. Frente a todo esto resulta lógico que, según se desprende del derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas, debería ser el Congreso, y no el Gobierno, quien se encargase directamente de la consulta indígena para las medidas legislativas.

Entre los aspectos importantes queda el clave del valor otorgado al resultado de la consulta, en lo que el Proyecto de Ley se muestra transparente : « *La Consulta Previa es un escenario dirigido a recoger opiniones, criterios, visiones y propuestas por parte de las comunidades étnicas y de los interesados en realizar una obra, proyecto o actividad, medidas administrativas, para determinar los impactos que estos generen y establecer las medidas de manejo pendientes* ». Aparecen ahora las comunidades por delante de los interesados, pero sin que se eleve con ello su posición en término de derechos, los indígenas, frente a intereses, los empresariales. Unas y otros, comunidades e interesados, emiten por igual tan sólo *opiniones, criterios, visiones y propuestas*. Para el Convenio 169 la consulta debe tener como objetivo el consentimiento especificando algún caso en el que éste es necesario. Para la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, además de añadirse más casos de necesidad del consentimiento, el Estado incurre en responsabilidad siempre que no se le respete. Y la misma cualifica al consentimiento como *libre, previo e informado*. El Proyecto de Ley se desentiende de la libertad, de la información e incluso del consentimiento, dejando todo esto de hecho en manos de las empresas. Alguna otra cosa dice el Proyecto sobre alcance y no alcance de los eventuales acuerdos, pero su valor ya queda así irremediamente degradado con carácter general y, muy en especial, en el supuesto de consulta de medidas legislativas.

La consulta indígena, como está dicho, obliga a Colombia desde el 7 de agosto de 1992, fecha desde la que se han producido cantidad de leyes y otras medidas, comprendidas concesiones o validaciones de acceso empresarial a recursos en territorios indígenas, sin la debida consulta. Es un largo tiempo desde que el Estado no defiende eficazmente a los pueblos indígenas del acoso y la invasión de sus territorios por empresas con medios incluso de desplazamiento y hasta de mortandad por mano de agentes vicarios. Incluso ha contribuido el Estado a esta situación. La Corte Constitucional ha declarado la nulidad de alguna ley o de alguna concesión por la carencia de consulta, pero se ha guardado de proceder a la declaración al respecto de *estado de cosas inconstitucional* que en otros asuntos le ha servido para generalizar el remedio a todos los casos iguales. Conviene también señalar que el Proyecto de Ley incurre para esto también en la complicidad del más rotundo de los desentendimientos. Puede que tenga la coartada de que se encuentra en fase de consulta el proyecto de devolución de tierras indígenas, pero tampoco en este otro proceso está mostrando disponibilidad alguna para alcanzar a las que se encuentran en manos de empresas.

El Proyecto de Ley de Consulta, con todo su disimulado empecinamiento en no garantizarla, creo que sólo puede entenderse, lo que no quiere decir en absoluto justificarse, en el contexto de continuidad de una política anteriormente diseñada, la que se manifestara en la Directiva Presidencial de 2010, pero que proviene de las décadas de matanzas y desplazamientos tras la promulgación de la Constitución y la ratificación del Convenio. No parece que quepa enmendarlo. Por sí y en dicho contexto resulta inservible. El problema sigue siendo de fondo. Salvo opinión más fundada.

► [Proyecto de Ley de Consulta](#)

► [Directiva Presidencial sobre consulta](#)

[Bartolomé Clavero](#). Sevilla, 28 Noviembre, 2011

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla