

Dilia Paola Gómez Patiño

• • • • •

ABOGADA Y CATEDRÁTICA DE LA UNIVERSIDAD MILITAR DE NUEVA GRANADA

Pueblos indígenas y desarrollos: el caso colombiano

El presente documento fue presentado en el “Foro Internacional sobre Derechos Humanos en el Contexto de las Actividades Empresariales y el Desarrollo Sostenible”, llevado a cabo los días 6 y 7 de abril de 2016 en la ciudad de Chihuahua, Chihuahua, México.

Su propósito es evidenciar la situación de los pueblos indígenas en Colombia en relación con la consulta previa. En tal sentido, articula información de diferentes autores y en especial describe los avances alcanzados por la Corte Constitucional colombiana.

1. Colombia es un país multirracial

Hoy, 514 años después, el país es reconocido como pluricultural y multilingüe, dada la existencia de 87 etnias indígenas, tres grupos diferenciados de población afrocolombiana y el pueblo *rom* o gitano; se hablan 64 lenguas amerindias, el bandé, lengua de los raizales del Archipiélago de San Andrés,

Providencia y Santa Catalina, el palenquero, lengua criolla de las comunidades de San Basilio de Palenque –primer pueblo libre de América, declarado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés) como obra maestra del patrimonio oral e inmaterial de la humanidad– y el romaní o romanés lengua *rom* (Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE–, 2007).

La nación colombiana es hoy en día producto del más variado mestizaje, donde interactúan la cultura y las tradiciones de los pueblos americanos, europeos y africanos; esta situación de diversidad la hace privilegiada respecto de los demás países del mundo. En ese contexto, se diferencian de la sociedad occidental cuatro sectores étnicos: los pueblos indígenas, las poblaciones afrocolombianas, incluidas las comunidades raizales de San Andrés y Providencia y la comunidad de San Basilio de Palenque, en el departamento de Bolívar y el pueblo *rom* o gitano.

En el país, se hablan 64 lenguas amerindias y una diversidad de dialectos que se agrupan en 13 familias lingüísticas.

2. La protección en Colombia de los pueblos indígenas

En el siglo pasado, a partir de la década de los setenta, las organizaciones indígenas apoyadas por diversos estamentos de la sociedad y por el mismo Estado, propiciaron un proceso de reafirmación cultural y conciencia de su identidad que culminó con el reconocimiento del país como pluriétnico y multilingüe en la nueva Constitución de 1991, la cual tiene cerca de 30 artículos referidos a los grupos étnicos y a sus diversas y particulares culturas (DANE, 2007).

“El Estado colombiano reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (artículo 7). “[...] las lenguas y dialectos de los grupos

étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparte en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias, será bilingüe” (artículo 10). “Las tierras de resguardo... son inalienables, imprescriptibles e inembargables” (artículo 63). “[...] tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural [...]” (artículo 68). “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas” (artículo 286). (Todos de la Constitución Política de Colombia).

Posteriormente, la Ley 60 de 1993 estipuló que los resguardos indígenas se beneficiarán de un porcentaje de los recursos presupuestales del país, en consecuencia, participarán de los ingresos corrientes de la Nación, mediante transferencias proporcionales a su población.

No obstante, a pesar que los derechos de los pueblos indígenas gozan de protección constitucional y legal, éstos afrontan continuamente el reto de procurar su supervivencia y el respeto de sus derechos. Los derechos a la no discriminación; a la libre determinación; a la identidad e integridad cultural; a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales y garantizar su efectiva protección; a la participación y a la consulta; al consentimiento; a sus propios sistemas de justicia y a la reparación, forman parte del grupo que debe ser prioritariamente garantizado.

Esta situación adquiere visos más complejos cuando se plantea en términos de lo que la sociedad occidental entiende como desarrollo, concepto que difiere de la cosmovisión indígena y entra a reñir con sus formas de vida. Con el propósito de conciliar los intereses de ambas partes y de dotar a los pueblos indígenas de la posibilidad real de decidir, nace la consulta previa.

3. Regulación de la consulta previa

Tras años de reivindicaciones, en 1989 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) promulgó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. En éste se consagró el derecho a la participación y a la consulta.

Una manifestación del derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones estatales que los puedan afectar es el derecho que tienen a ser consultados en situaciones como las siguientes:

a) Antes de que el Estado adopte o aplique leyes o medidas administrativas que los puedan afectar directamente (Convenio 169, artículo 6.1; Declaración Universal de Derechos Humanos –DU–, artículo 19), tales como las que están destinadas a:

- combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad;
- proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en su educación;
- crear programas y servicios de educación y formación profesional;

b) antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (DU, artículo 32.2);

c) antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan (Convenio 169, artículo 15.2);

d) antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (DU, artículo 30).

Las normas internacionales han sido claras al establecer los lineamientos sobre cómo se deben realizar los procesos de consulta a los pueblos indígenas. Es así como se ha determinado que las consultas deben ser previas (antes de aprobar la ley, la medida administrativa, el plan de desarrollo o el proyecto de exploración o explotación), libres (sin presiones o condicionamientos) e informadas (sobre las consecuencias del proyecto, plan, ley o medida); se deben hacer mediante procedimientos culturalmente adecuados, es decir de conformidad con sus propias tradiciones y a través de sus instituciones representativas. Asimismo, la consulta debe hacerse de buena fe y con el objetivo de obtener el consentimiento libre, previo e informado por parte de las comunidades indígenas.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre el deber de los Estados de consultar y ha manifestado que para garantizar la participación efectiva de los miembros del pueblo en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar activamente con la comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Adicionalmente ha señalado que este deber requiere que el Estado:

[1] acepte y brinde información, e implica una [2] comunicación constante entre las partes. [3] Las consultas deben realizarse de buena fe, [4] a través de procedimientos culturalmente adecuados y [5] deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo [6] de conformidad con sus propias tradiciones, [7] 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 éste fuera el caso. 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 los miembros del pueblo Saramaka [8] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, [9] la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

Derecho al consentimiento

Los estándares internacionales vigentes sobre los derechos de los pueblos indígenas permiten identificar las circunstancias en las que la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas es obligatoria de manera que constituye un verdadero derecho de los pueblos indígenas:

- cuando se trate del traslado de las tierras que ocupan y de la reubicación (Convenio 169, artículo 16.2 y DU, artículo 10);
- en el caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas (DU, artículo 29);
- cuando se trate de la ejecución de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que generen un impacto mayor en el territorio de un pueblo indígena (Caso Saramaka, párr. 135).

El Convenio 169 es un tratado de derechos humanos. Los derechos de consulta, participación y consentimiento implican tres principios fundamentales a su vez, igualdad, dignidad y autodeterminación, de conformidad con los tratados, convenios e instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.

Por ello aunque no existen fórmulas para todos los países, debiéndose ser flexible según las circunstancias (artículo 34), se han establecido algunas características que guían la consulta:

1) La consulta debe realizarse con carácter previo; 2) la consulta no se agota con la mera información; 3) la consulta debe ser de buena fe dentro de un proceso que genere confianza entre las partes; 4) la consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5) la consulta debe ser sistemática y transparente, y 6) el alcance de la consulta busca el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de las decisiones.

Se observa cómo éste es un proceso plagado de tensiones por los intereses encontrados entre las empresas y el Estado, por un lado, y los pueblos indígenas por el otro, debido a la implementación de un proyecto (que generalmente implica la extracción de recursos naturales o la construcción de infraestructura), lo cual genera grandes riquezas a sus promotores e impactos medioambientales y en la vida de los pueblos indígenas que habitan los territorios donde se pretende realizarlos.

4. El caso colombiano

Tres situaciones caracterizan el ámbito colombiano:

- En primer lugar, se asumió la consulta como un derecho fundamental de las comunidades por la vía jurisprudencial.
- En segundo lugar, mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional se logró desarrollar el contenido del derecho a la consulta, lo que se difunde internacionalmente.
- En tercer lugar, las incongruencias entre los avances judiciales y las actuaciones del Poder Ejecutivo.

Categorías creadas por la Corte Constitucional Colombiana

a) Conceptualización del sujeto colectivo de derechos

Un aspecto fundamental ha sido la conceptualización del sujeto colectivo de derechos, un hito histórico, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún no ha incorporado en su jurisprudencia.

Al respecto, se cita la Sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993 (Magistrado ponente: doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual se dijo:

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CP artículos 1 y 7). [...] Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP artículo 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.

b) Otras categorías jurídicas fueron creadas por la Corte Constitucional en la sentencia T 769 del 2009 al señalar qué es la consulta:

La consulta es una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad ten-

ga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares [...] Corte Constitucional, T 769 de 2009.

Por otra parte, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corte Constitucional definió por primera vez las principales características y objetivos del derecho a la consulta previa:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. 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.

Otro elemento central ha sido lo que la Corte Constitucional ha denominado afectación directa. La Corte Constitucional (SU-383/03) ha hecho mención a lo que ella misma ha denominado “el ámbito temático de la consulta previa” y ha precisado que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a las comunidades étnicas. Lo anterior quiere

decir que la consulta previa no se circunscribe al caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (artículo 330 CP) ni al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas (artículo 329 CP), porque la ratificación del Convenio 169 de OIT por parte de nuestro país, mediante la Ley 21 de 1991, amplió su espectro a toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas (CCC, C-196/12). Para aclarar, según el Tribunal Constitucional, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios (CCC, C-030/08) y “la idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias” (CCC, T-745/10).

5. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia

De acuerdo con el Informe sobre la situación de derechos humanos del Alto Comisionado de Naciones Unidas presentado el 31 de marzo de 2016, la Oficina observó que las violaciones contra defensores ocurren principalmente bajo cuatro modalidades.

La primera modalidad son los conflictos de tierras, en especial en territorios indígenas y afrocolombianos. Los asesinatos de cuatro líderes indígenas Emberrá-Chamí (Caldas y Risaralda). en 2015 y las amenazas constantes contra consejos comunitarios del Pacífico, ocurrieron en el contexto de la oposición a explotaciones mineras legales e ilegales. Las amenazas contra el pueblo indígena Nasa (Cauca) se incrementaron como consecuencia de sus reivindicaciones territoriales, 19 de los 36 asesinatos fueron asociados a este tipo de conflictos.

También indica el Informe que:

A pesar de los esfuerzos estatales, 25 años después del reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y afrocolombianos a la pro-

riedad colectiva, a la participación efectiva y a la autonomía, estos derechos no logran vigencia efectiva. Ello obedece a la carencia de presupuestos adecuados e instituciones ágiles, fuertes, de alcance nacional y especializado en perspectiva intercultural. A pesar de que las vidas, territorios y culturas indígenas y afrodescendientes han sido desproporcionalmente afectadas por el conflicto, las partes en la mesa de La Habana aún tienen pendiente dialogar con ellos a fin de asegurar el éxito del proceso de paz.

Seis años después de que la Corte Constitucional ordenó la creación de una Ruta de Protección Étnica, medida administrativa para prevenir afectaciones territoriales colectivas, no se ha logrado su implementación efectiva. Sólo aproximadamente el 20% de las solicitudes presentadas por indígenas y afrocolombianos víctimas de desplazamiento forzado, conflicto armado y megaproyectos habrían sido atendidas por entidades estatales, pero sin lograr medidas efectivas de protección.

Otra problemática, menos visible pero no menos importante es la que afrontan las mujeres indígenas. Ellas siempre han tenido influencia e impacto en la vida comunitaria y en el proceso de desarrollo de su comunidad; asimismo, en la cosmovisión indígena se reconocen su rol dentro del hogar y la comunidad y su importancia en la reproducción de la vida familiar, natural, agrícola, cultural y espiritual. Sin embargo, entre otros problemas, padecen la violencia doméstica y familiar.

Asimismo, el abandono de los puestos de autoridad y liderazgo por los hombres indígenas, en razón de la migración forzada, ha hecho que las responsabilidades y las luchas queden exclusivamente en manos de mujeres, que asumen todas las obligaciones sin tener derecho a ejercer todos los derechos. Estos son asuntos obligados de trabajo del Estado con ellas y para ellas, sus comunidades y los pueblos en general.

Por ello, deben tener un lugar en el mundo indígena y no indígena, en el que se les reconozcan su presencia, voz y protagonismo, así como sus derechos y aportes específicos; sin embargo, el sistema patriarcal implantado desde la época colonial las invisibiliza tanto a ellas como a sus contribuciones, negando su participación y derechos tanto en la sociedad occidental como en sus comunidades. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2016).

Los pueblos indígenas colombianos viven situaciones difíciles a tal punto que se ha declarado oficialmente a 39 pueblos en vía de extinción (Auto 004-2009). La lista se amplió recientemente a 67.

6. Retos

La situación de “subdesarrollo”, que sufren los pueblos indígenas es consecuencia de las sucesivas olas de colonización que han sufrido. Tras acontecer la conquista, ocupación y “domesticación” de los pueblos indígenas y sus recursos, los indígenas han tenido que vivir bajo marcos políticos e instituciones que han estado desde su inicio controladas por la sociedad mayoritaria.

La integración de las reivindicaciones indígenas en la agenda global en favor del desarrollo durante los noventa fue muy importante ya que generó una nueva conciencia sobre el valor y papel de las culturas indígenas. Hoy hay una nueva valorización de las culturas indígenas que atenúa una larga historia de superioridad occidental, invisibilización indígena y asimilación etnocida.

Gracias a estas capacidades, en la base de las posturas sostenidas por los pueblos indígenas está presente una visión del desarrollo del país desde sus derechos como colectividades, desarrollo que debe impulsar el Estado mediante políticas públicas y toda clase de decisiones que deben ser implementadas a partir de un principio democrático de participación. Ésta, para los pueblos originarios, se traduce en un ejercicio de autonomía en términos de decidir su propio futuro mediante un plan de vida comunal (Arregi, 2011).

A partir de las reflexiones propiciadas por el acervo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana se evidencia la necesidad de evaluar integralmente los proyectos que estén por iniciarse, se encuentren en marcha o ya se hayan ejecutado sin consulta previa. El objetivo es identificar no sólo los daños ambientales y los que se podrían ocasionar en el futuro, sino también la alteración de las formas

de vida y la subsistencia de los pueblos afectados derivados de los proyectos, los que se deben suspender para evitar que sus consecuencias sean irreparables. Para afrontar los perjuicios se requerirán planes de reparación integral que tomen en cuenta los aspectos culturales para la mitigación, reparación, compensación, prevención y sanción que sean necesarias, en consulta con las comunidades afectadas.

Otra postura es la que sostiene que, antes de dar las licencias ambientales, los pueblos indígenas participen con sus conocimientos ancestrales y sus cosmovisiones, para que hagan saber anticipadamente si las medidas propuestas son o no viables.

Propuestas para fortalecer la perspectiva de derechos en la consulta previa, libre e informada

- Un desarrollo humano sostenible que respete los derechos de los pueblos indígenas. Abordar el debate en torno al “desarrollo” y el derecho al “desarrollo propio” de los pueblos indígenas.
- Garantizar la participación de las mujeres indígenas y el respeto de sus derechos.
- Fortalecer el papel de los pueblos indígenas como sujetos de derechos específicos.
- Partir del plan de vida del pueblo indígena respectivo como marco para el diálogo y la concertación.
- Incluir la perspectiva de género y generación; diferenciar sectores vulnerables en los pueblos y sus comunidades.

- Fortalecer el papel del Estado como garante de derechos.
- Desarrollar procedimientos respetuosos de los derechos y las libertades fundamentales de los pueblos en los procesos de consulta previa, libre e informada.
- Convertir el proceso de consulta en un verdadero diálogo intercultural en condiciones de igualdad y equidad: Que el Estado asuma la discusión y concertación en torno a las diferentes opciones para el desarrollo planteadas desde la cosmovisión de los pueblos indígenas y la visión contemplada en lo que el Consejo de Estado identifica como el “interés general de la nación” propio de sociedades occidentales, mediante la implementación de la consulta previa, libre e informada a medidas legislativas y administrativas del orden sectorial, es decir, en la política para el desarrollo minero, agrícola, forestal, pesquero, de infraestructura, entre otras. Así mismo, es objeto de consulta la fumigación de cultivos de uso ilícito.
- Fortalecer la responsabilidad social y el pacto social empresarial.
- Necesidad de que los pueblos indígenas participen en las negociaciones con las FARC-EP y el ELN.
- Derechos Humanos.
- Medioambiente.
- Lucha contra la corrupción.

Bibliografía

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. 2016.

ARREGI ORUE, Joseba Iñaki, *Cuarto mundo: la acción exterior de los pueblos indígenas como instrumento de cambio y reconocimiento internacional 1992-2007*. Málaga, Eumed, 2011.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Colombia una nación multicultural. Su diversidad étnica*. Bogotá, DANE, 2007.

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado. Santiago de Chile, Copygraph Ediciones e Impresiones, 2014.

GALVIS, María Clara, *Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Washington, D. C., Due Process Law Foundation, 2011.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. San José, Costa Rica, IIDH, 2016.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas*. Nueva York / Ginebra, ONU, 2009.

ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA, *Agenda nacional de paz de los pueblos indígenas*. Bogotá, ONIC, 2015.

STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México, Unesco, 2007.