

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROPUESTA DE REFORMA AL DECRETO 622/77 PARA LA REGLAMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA



**ORGANIZACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA COLOMBIANA -
OPIAC**

AGENCIA DE COOPERACIÓN TÉCNICA ALEMANA - GTZ

PROGRAMA PROINDÍGENA - ECUADOR

Diciembre de 2008

TABLA DE CONTENIDO

1. PRESENTACIÓN.....	3
2. INTRODUCCIÓN	5
3. DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA	6
3. 1. CASOS EN QUE DEBE OPERAR LA CONSULTA PREVIA	9
3.2. FUNDAMENTO LEGAL PARA LA REGLAMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA	11
3.3. LA CONSULTA PREVIA Y SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS	15
3.4. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA CONSULTA	16
4. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL CONTENIDO MATERIAL DE LA PROPUESTA DE DECRETO 622/77.	18

1. PRESENTACIÓN

El presente trabajo parte del análisis de los resultados obtenidos en el proceso de socialización de resultados de la Consulta Previa para la revisión y ajuste del Decreto 622 de 1977 (por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo V, Título II, Parte XIII, Libro II del Decreto-Ley 2811¹ de 1974 sobre "Sistema de Parques Nacionales"; la Ley 23² de 1973 y la Ley 2³ de 1959).

El proceso de acompañamiento social se llevó a cabo durante el segundo semestre del 2008 con el auspicio del Programa PROINDÍGENA de la Agencia de Cooperación Técnica Alemana - GTZ, con sede en Quito Ecuador y en coordinación con GTZ Colombia, con el objetivo principal de coordinar con el Comité Ejecutivo y Equipo técnico de la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana - OPIAC, la socialización de resultados de la Consulta Previa realizada en el marco de la Mesa Regional Amazónica, para la modificación del decreto 622 de 1977, con Autoridades tradicionales y miembros de la comunidad ubicados específicamente en zonas de los territorios traslapados.

En el diseño de la propuesta se estableció como una actividad central la sistematización de la experiencia, como una estrategia para determinar los hallazgos, fortalezas y debilidades vividas en el proceso, retroalimentar las acciones y posibilitar el diseño de un modelo que permita acompañar procesos similares con otros pueblos indígenas, a partir de los ajustes necesarios.

En su desarrollo se contó con la participación de la OPIAC, la Mesa Regional de la Amazonía Colombiana y su Secretaría Operativa, Resguardos Indígenas – Cabildos, Organizaciones filiales de la OPIAC, establecidas en los departamentos de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare y Putumayo. La metodología se fundamentó en el desarrollo de talleres y en el acompañamiento a los encuentros de socialización entendidos éstos como "un espacio de participación de la comunidad indígena de la Amazonía Colombiana para la reflexión y discusión sobre la implementación de políticas que afectan la vida de nuestros pueblos"; en estos espacios de socialización primó el diálogo de saberes como técnica fundamental para comprender la cosmovisión de los pueblos indígenas.

¹ Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

² Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones.

³ Por la cual se dictan normas sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables.

El presente documento es uno de los resultados que arroja la sistematización de la experiencia en mención, el cual parte de la necesidad de presentar propuestas concretas a partir del sentir de las autoridades y comunidades indígenas, con el respaldo jurídico necesario para determinar la necesidad que la Consulta Previa pueda ser definida en Colombia como un Derecho Fundamental.

2. INTRODUCCIÓN

La situación de las comunidades indígenas en Colombia ya es conocida. Se ha logrado el reconocimiento de algunos de sus derechos en la Constitución, pero en realidad su desarrollo está por determinarse, pues se requiere no sólo el reconocimiento de los derechos sino establecer las condiciones que permitan su real aplicación.

Así las cosas, la diversidad étnica y cultural ha sido reconocida en nuestro Estado como principio constitucional y como fundamento de la nacionalidad colombiana⁴, postulados que se erigen como comprensión de los principios al interés general, a la igualdad y a la consulta.

Comprende este reconocimiento constitucional una especial protección del Estado hacia los grupos étnicos. Protección que, entre otras, se traduce en el deber de adelantar consultas cuando una decisión administrativa o legislativa afecte su *modus vivendi*. No en vano la Constitución Política de 1991 en el Art. 1º identifica al Estado colombiano como Estado social de derecho; planteamiento (la consulta previa), que se circunscribe a lo social y cultural expresión de compromiso que reafirma el valor de la persona humana pero no tanto como persona individualmente considerada sino como persona que se desarrolla en un entorno comunitario. Establece, además, la autonomía de sus entidades territoriales (Comunidades indígenas)⁵, participación democrática y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana. Consagra de igual manera como fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios (7º, 8º y 10), derechos (13, 58, 63) y deberes regulados, en ella, y establece como finalidad del Estado colombiano facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten⁶. Garantiza asimismo el derecho a la participación democrática. Principios constitucionales que engendran el derecho fundamental a la consulta previa, reglamentado en el parágrafo del artículo 330 y en el artículo 329 de nuestro ordenamiento superior.

Se afirma entonces que el estado liberal de derecho se ocupó de la persona en si misma, porque implicaba la superación del estado absolutista donde ella no era valorada, y a su

⁴ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 7º: “ El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación. Artículo 70º: “(...) La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconocerá la igualdad y dignidad de todos los que conviven en el país (...)”.

⁵ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 286º: “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”.

⁶ Constitución Política de Colombia de 1991 Artículo 2º.

vez la superación del estado liberal es el estado social donde se respeta la individualidad pero apreciada dentro de un entorno social, cultural, que hace que se amplíen y que se superen los espacios existentes y se abran nuevos frentes ante la persona misma.

De otro lado el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, sobre pueblos indígenas y Tribales en países independientes, refiere en sendos artículos a la obligación de los estados de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para garantizar su subsistencia como grupos humanos. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia de unificación sostuvo que las estructuras y las formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado. (Acción instaurada por la Organización de Pueblos indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República y otros).

Se resalta igualmente el propósito del Plan de Desarrollo 2006-2010 “Estado Comunitario Desarrollo para todos”, plan que incluye dentro del componente Grupos Étnicos y relaciones interculturales algunos retos en relación con los pueblos indígenas, entre ellos, fortalecer su participación en instancias territoriales de decisión, clarificación y legalización de la propiedad de la tierra, adquisición, ampliación y saneamiento de resguardos. Adicionalmente, enfrentar problemas relacionados con el ejercicio de la autonomía en sus territorios y el alto grado de vulnerabilidad y riesgo de desaparición de algunas comunidades, debido a bajas condiciones de calidad de vida, enfermedades, desnutrición, hechos de violencia generados por grupos armados, así como orientar políticas que reconozcan sus particularidades.

El documento Plan de Desarrollo 2006-2010 Incluye entre sus estrategias específicas formular de manera participativa una política integral para los pueblos indígenas, la cual incluirá aspectos relacionados con territorialidad, identidad, autonomía, gobierno y planes de vida, entre otros. Prevé de igual manera, en materia de territorialidad, acciones prioritarias tales como: Implementar mecanismos que permitan la solución concertada de los problemas de jurisdicción sobre territorios indígenas con las instancias pertinentes, en casos como el traslape con parques y reservas naturales.

3. DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional⁷ han hecho referencia específica al Derecho que tienen las comunidades indígenas a la consulta previa, como mecanismo

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 039. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Febrero 3 1997.

para efectivizar el derecho de la comunidad en la adopción de decisiones que puedan afectarlos. En esta oportunidad la Corporación estableció los alcances de la consulta previa así:

La consulta debe efectuarse conforme a relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes, ii) las comunidades deben tener conocimiento pleno sobre los proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, iii) las comunidades deben tener participación real y efectiva en la consulta a través de sus representantes, iv) la decisión de la autoridad gubernamental debe estar desprovista de autoritarismo y arbitrariedad, v) se debe realizar una consulta sobre el proceso mismo de la consulta previa.

Ahora bien, frente a la definición de Consulta Previa la Corte Constitucional en la precitada sentencia unificada⁸ reconoce que es un derecho fundamental “individual y colectivo” de los grupos étnicos, y que es por un lado la “cristalización” del derecho fundamental a la participación y, por otro, un medio para proteger la diversidad étnica y cultural de estos grupos étnicos⁹:

(...) Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades. (...).

⁸ Ibíd. Sentencia SU 039.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 169. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Febrero 14 de 2001

Igualmente, la Corte en diferentes pronunciamientos ha reiterado que es un derecho que no puede ser suspendido ni siquiera en los estados de excepción, que es un derecho de carácter fundamental, de obligatorio cumplimiento y esencial para el mantenimiento de la cohesión social de las comunidades indígenas y afrodescendientes¹⁰.

Para el Ministerio del Interior y de Justicia¹¹ la consulta previa es un “derecho fundamental individual y colectivo de los grupos étnicos que les garantiza la participación y el acceso a la información sobre los programas y proyectos que se piensan realizar en su territorio, con el objetivo de lograr identificar los impactos positivos y negativos que puedan ocasionarle a la comunidad.

También se ha definido como “un proceso que busca proteger la integridad de un pueblo como unidad social (...) Es también un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades representativas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas directamente en la participación y el acceso a la información sobre un programa o proyecto que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo”¹²

De lo anterior, es importante resaltar para este concepto que la consulta previa es ante todo un **derecho fundamental**¹³ y como tal merece protección especial por parte del Estado Colombiano, quien en virtud, de la Carta fundamental de 1991, como se ha señalado, adquirió el deber de garantizar su protección, y una forma de hacerlo es mediante el establecimiento de procedimientos y reglas claras para su materialización o aplicación. Lo anterior, dada la connotación de procedimiento previo.

El procedimiento para realizar la consulta previa artículos 12 y s.s. del Decreto 1320 de 1998, en concordancia con las disposiciones previstas en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales que sobre el tema obligan a Colombia, en las leyes 160 de

¹⁰ Ver entre otras, las siguientes: Corte Constitucional. Sentencias SU -383 de 2003, Sentencia T-382 de 2006

¹¹ <http://www.mij.gov.co/pagina5.asp?cat=120>. Consultada el 28 de febrero de 2008. Hora 03:22 pm.

¹² ANGARITA FIGUEREDO, Luis Hernando y Saavedra Galindo, Ana María. (Compiladores) *La consulta previa a pueblos indígenas y tribales, compendio de legislación, jurisprudencia y documentos de estudio*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia. 2008, p 670.

¹³ (...) que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”, Sentencia SU-039 precitada

1994, 191¹⁴ y 199¹⁵ de 1995 y algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los principios que deben regir la consulta¹⁶, se ha reglamentado únicamente el procedimiento para realizar la consulta cuando se trate de explotación de recursos naturales dentro de su territorio o, el caso más reciente, cuando se trate de medidas, procesos o trámite legislativo de leyes que puedan afectar directamente a los grupos étnicos¹⁷, sin que aún se reglamente el caso para actos administrativos, como en efecto lo será desde el punto de vista administrativo la declaratoria de un área del Sistema de Parques Nacionales Naturales. Será necesaria una reglamentación especial para una situación especial..

La Honorable Corte Constitucional se pronunció sobre el alcance del artículo 6° del Convenio OIT en cuanto al deber de consulta y sostuvo que “de allí se desprende un *“... un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio”*¹⁸.

Ahora bien, deben las respectivas instancias legislativas o administrativas, al momento de tomar decisiones o de adelantar procesos en que se encuentre involucradas las étnicas determinar de manera precisa las comunidades a que pertenecen los individuos que requieren de la protección, de la intervención o del acompañamiento, porque entre más arraigado se encuentre el elemento cultural, mayor será la autonomía que tienen las comunidades en la toma de las decisiones que puedan afectarlos, decisiones que, a su vez, no pueden quebrantar los derechos individuales fundamentales, en cuanto éstos conforman el mínimo obligatorio de convivencia.

3. 1. CASOS EN QUE DEBE OPERAR LA CONSULTA PREVIA

Como se ha precisado en el párrafo anterior la consulta previa debe operar para¹⁹:

¹⁴Ley 191 de 1995 Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera

¹⁵ Ley 199 de 1995 Por la cual se cambia la denominación del Ministerio de Gobierno y se fijan los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno Nacional modificará su estructura orgánica y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Buena fe, transparencia, legitimación, contradicción, entendimiento intercultural y bilingüismo, oportunidad, proporcionalidad, pluralismo jurídico y debido proceso. Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-039 de 1997, precitada

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Enero 23 de 2008

¹⁸CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-169. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Febrero 14 de 2001.

¹⁹ ANGARITA FIGUEREDO, Luis Hernando y Saavedra Galindo, Ana María. (Compiladores) op.cit., pp. 673-674

1. Medidas administrativas y legislativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (Así lo prevé el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT)
2. Antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales u otros recursos naturales, que se encuentren en las tierras de dichos pueblos (Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT).
3. Cuando sea necesario trasladar a las comunidades indígenas de sus tierras tradicionales a otro lugar (Artículo 16 y 17 del Convenio 169 de la OIT).
4. Antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a dichos pueblos (Artículos 27 y 28 del Convenio 169 de la OIT).
5. Cuando se trate de decisiones sobre la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas y afrodescendientes (Artículo 330 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y Sentencia C- 169 de 2001, precitada).
6. A su vez, la Ley 70 de 1.993 prevé la realización de consultas a las comunidades negras en tres hipótesis: a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la "unidad de gestión de proyectos" que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Establece igualmente en su artículo 44, que "como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley"²⁰.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-169, precitada

3.2. FUNDAMENTO LEGAL PARA LA REGLAMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

En reiterados pronunciamientos la Corte Constitucional²¹ ha sido consistente en afirmar y precisar que la consulta previa es un derecho fundamental de los grupos étnicos. Pronunciamientos que tienen validez para el estudio de las comunidades indígenas. El anterior pronunciamiento es desarrollo del artículo 330 de la Constitución Nacional de Colombia, que a tenor literal reza “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades” y entre otros de los artículos 1º, 2º, 3º, 7º, 8º, 10 y 40 de nuestra Carta Magna.

Igualmente, La Ley 21 de 1991 mediante la cual se aprueba en Colombia el Convenio 169 de la OIT, pacto que hace parte del bloque de constitucionalidad de acuerdo con lo establecido por los artículos 93 y 94 constitucionales.

Es en el Tratado 169 donde se encuentra una mayor y mejor regulación del derecho a la consulta previa (Artículos, 6, 7 y 15, 16, 17, 27 y 28).

Debemos destacar el explícito contenido del artículo 6º del mencionado convenio, porque en él se dan unas orientaciones que deben adoptar los gobiernos cuando pretendan dictar medidas legislativas y/ o administrativas que puedan afectarlos, relaciona, así mismo, que los regímenes deberán establecer los procedimientos mediante los cuales se le garantice a las comunidades la participación en igualdad de oportunidades que al resto de la población. Articulado que describe que la consulta deberá efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En el artículo mencionado en ningún aparte se lee que en caso de no existir acuerdo la decisión la tomará el gobierno. Por el contrario, el preámbulo del mencionado convenio hace alusión a los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, circunstancia que lleva a formular nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores, e implica la superación del estado absolutista donde la persona no era valorada individualmente y mucho menos como colectivo. Convenio que pretende garantizar una participación real y efectiva de la comunidades indígenas en las decisiones

²¹ Sentencia T-428 de 1992, Sentencia SU-039 de 1997, Sentencia T-652 de 1998 , Sentencia C-169 de 2001, Sentencia C-891 de 2002, Sentencia SU-383 de 2003, Sentencia T-880 de 2006, Sentencia C-208 de 2007, C-227 de 2008, Sentencia C-030 de 2008

de Estado, que se respete a la persona individual pero apreciada dentro de un entorno socio-cultural que hace que se amplíen y que se superen los espacios existentes y se abran nuevos frentes en la colectividades, buscando que las comunidades asuman el control de sus propias instituciones y formas de vida, de su desarrollo económico, que se mantenga y fortalezca su identidad, lenguas y religiones, dentro del marco de los estados en que viven.

El Mecanismo que nos ocupa _ La Consulta Previa_ se encuentra consagrada en los artículos 76, 22, 38 y 58 de la Ley 99 de 1993 para comunidades negras.

En el Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con comunidades indígenas y negras solamente se refiere a la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.

El Decreto 1220 del 21 de abril de 2005, que establece las competencias en materia de licencia ambiental.

Los referentes legislativos citados nos permiten deducir que el derecho a la consulta previa es un derecho constitucional con rango o carácter de fundamental. Los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución. Son aquellos inherentes al ser humano, pertenecen a toda persona en razón a su dignidad Humana

CARL SCHMITT entiende en primer lugar, que los derechos fundamentales son esencialmente derechos del individuo y en segundo lugar que los derechos fundamentales son en su esencia derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo²²

Como pautas para su determinación la Corte Constitucional fija unos criterios y requisitos de distinción que permiten identificar un derecho de naturaleza fundamental.

1. Los señalados expresamente en la constitución en el titulo II capitulo primero.
2. Los derechos no fundamentales pero que adquieren esa categoría por conexidad.
3. Los consagrados en los tratados y convenios internacionales que ratifique el estado.
4. Los que tengan un carácter inherente a la persona humana.

De esta forma y por el carácter especial de este derecho, cualquier reglamentación que al respecto se haga, técnicamente no debe ser por vía de un decreto reglamentario²³ porque

²² ALEX ROBERT. "Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios." En Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho No 28. Bogotá, 2003. Pág. 25-26

²³ Los decretos reglamentarios tienen origen en la previsión Constitucional del numeral 11 del artículo 189 constitucional. Se les considera como instrumento indispensable para la cumplida ejecución de las leyes, se

parcializa su protección, pues precisamente su carácter de derecho fundamental da una protección especial y obliga a procedimientos, recursos y medios legales para su protección. Lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 152 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que establece: “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección” y el artículo 153 de la misma carta fundamental “La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla”.

Y aunque la Honorable Corte Constitucional ha precisado que:

“Las leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. No fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales. De sostenerse la tesis contraria, se vaciaría la competencia del legislador ordinario. La misma Carta autoriza al Congreso para expedir, por la vía ordinaria, códigos en todos los ramos de la legislación. El Código Penal regula facetas de varios derechos fundamentales cuando trata de las medidas de detención preventiva, penas y medidas de seguridad imponibles, etc. Los Códigos de Procedimiento sientan las normas que garantizan el debido proceso. El Código Civil se ocupa de la personalidad jurídica y de la capacidad de las personas. En resumen, mal puede sostenerse que toda regulación de estos temas haga forzoso el procedimiento previsto para las leyes estatutarias.

Las leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. No fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales²⁴.

Sobre las leyes estatutarias y los criterios básicos que definen si una norma debe ser sometida al trámite de Ley estatutaria, la Corte se pronunció en los siguientes términos:

(...) Más recientemente en la sentencia C-646 de 2001, la Corte sistematizó los criterios básicos que definen si una norma debió ser sometida al trámite de ley

expiden bajo la firma del presidente de la República y de los ministros y jefes de departamentos administrativos del ramo, son acusables ante el Consejo de Estado.

²⁴ CORTE CONTITUCIONAL-Sentencia C-013. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 21 de enero de 1993.

estatutaria. De conformidad con la jurisprudencia mencionada una ley debe ser tramitada como ley estatutaria cuando (i) el asunto trata de un derecho fundamental y no de un derecho constitucional de otra naturaleza, (ii) cuando por medio de la norma está regulándose y complementándose un derecho fundamental, (iii) cuando dicha regulación toca los elementos conceptuales y estructurales mínimos de los derechos fundamentales, y (iv) cuando la normatividad tiene una pretensión de regular integralmente el derecho fundamental (...)²⁵

La reglamentación del derecho a la consulta previa merece, de acuerdo con el desarrollo y avance en el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas a nivel nacional e internacional, una reglamentación especial que unifique criterios y sea realmente una política del Estado Colombiano, que trascienda del objetivo misional de cada entidad o ministerio, ya que con la propuesta de reglamentación del Ministerio de Ambiente puede caerse en una práctica de rompimiento de unidad de materia, al considerar que cada entidad o Ministerio puede proponer y reglamentar el procedimiento o la forma en que debe realizarse la consulta previa de acuerdo con la naturaleza, asunto o materia que según sus funciones requiera. Tomemos el siguiente ejemplo: El Ministerio de Ambiente a través de Parques Naturales Nacionales, unidad administrativa que impulsa la propuesta, puede establecer dos etapas para agotar el procedimiento de la Consulta, y posteriormente el Ministerio de Agricultura o del Interior podrían normalizar una, dos, tres o cuatro etapas de acuerdo a sus necesidades, y así dejarían las posibilidades para que en uno u otro evento se ofrezcan diferentes garantías de protección de este derecho.

En virtud de las disposiciones constitucionales anteriores y demostrado el rango o carácter de derecho fundamental de la Consulta previa, su inclusión en el texto de la propuesta de reglamentación del Decreto 622 de 1977 puede tener aspectos inconstitucionales, pues esta regulando un asunto de competencia exclusiva del legislador, o una materia especial que sólo puede regularse mediante Leyes Estatutarias²⁶.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL-Sentencia C-491. M.P. JAIME CÓRDOBA TRIBIÑO. 27 de junio de 2007.

²⁶ Definición de Ley Estatutaria: Son aquellas que principalmente están instituidas para la regulación y protección de los derechos. Estas leyes cuentan con las siguientes características: tienen trámite especial pues deben aprobarse por mayoría absoluta en las cámaras; son de exclusiva expedición por el Congreso y durante una misma legislatura; son revisadas por la Corte Constitucional, organismo que ejerce sobre estas leyes un control previo de constitucionalidad.

El concepto expuesto anteriormente deja claro la carencia de las garantías suficientes para la protección de un derecho fundamental, derecho que no debe dejarse al arbitrio o las necesidades locales, nacionales, circunstancias apremiantes de tiempo o a presiones de la cooperación internacional.

Se propone que el Estado Colombiano representado en el gobierno articule propuestas y reglamente, en concertación con los grupos étnicos, la aplicación de este derecho, jerarquizado como derecho fundamental.

3.3. LA CONSULTA PREVIA Y SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS

Por regla general un derecho fundamental tiene relación con otros derechos también fundamentales. Es el caso de la consulta previa. Si hacemos referencia a las comunidades indígenas o negras podemos afirmar: Este derecho es inherente al derecho a la propiedad.

Así las cosas, con base en conceptos jurídicos²⁷, es urgente y necesario puntualizar si las comunidades indígenas tienen derecho de propiedad sobre los territorios que hacen parte de las Áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Puntualizar lo anterior es importante porque los pueblos indígenas, de tiempo atrás, reclaman este derecho. Entienden que no debe ser un proceso, que es un derecho.

En las etapas de discusión, socialización y propuesta de reforma del Decreto 622 de 1977, es indispensable ser juiciosos para que este decreto permita, de forma contundente, a las comunidades ejercer plenamente los derechos que por ley le corresponde; entre ellos el derecho fundamental a la propiedad y, como consecuencia, el derecho al uso, aprovechamiento y administración de los recursos naturales. Se propone entonces, convertir esta oportunidad en un logro dirigido a salvaguardar la integridad, los derechos, la cultura y el medio ambiente de los pueblos indígenas y en general de los grupos étnicos del país. De esta manera se da cumplimiento al desarrollo normativo del artículo 4 numeral 1 y 2 de la Ley 21 de 1991, que a tenor reza:

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

²⁷ De manera muy especial la consultoría de LABORDE, Esteban. *Los territorios indígenas traslapados con áreas del sistema de parques nacionales naturales en la amazonia colombiana: situación actual y perspectivas*.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

Asimismo, vale la pena resaltar el derecho a la posesión que es el medio para adquirir el derecho a la propiedad de los territorios que de forma tradicional han ocupado los grupos étnicos del país, y que resultaría vulnerado con la visión de la propuesta de Decreto, porque además de lesiva aspira a que la propiedad de estos territorios sea para el Estado a través del Sistema de Parques Nacionales Naturales, más no para quienes tienen la vocación del derecho.

Según Víctor Rodríguez Rescia²⁸ el derecho a la consulta previa a pueblos indígenas puede verse desde dos ámbitos: como un derecho procesal que presupone un requisito de Procedibilidad previa a realizar cualquier acto que pueda incidir en el territorio indígena o que les pueda afectar su identidad cultural y étnica o como un derecho substantivo por medio del cual los pueblos indígenas puedan tener acceso a la participación informada de su desarrollo y a las interferencias que podrían afectarlas negativa o positivamente.

De esta forma, como lo señala el autor en comentario, el derecho a la consulta previa se convierte en una suerte de marco habilitador para la realización y protección de todos los otros derechos humanos y colectivos de las personas y los pueblos indígenas en su dimensión colectiva, entre ellos se pueden señalar el derecho a la autonomía, al autogobierno, a la identidad étnica y cultural.

3.4. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA CONSULTA

Tal como está consagrada en la actualidad la consulta previa, no obstante las reclamaciones y solicitudes de los diferentes grupos étnicos del país, se mira como un proceso y no realmente como un derecho que necesita de una materialización, de la cual depende la vida misma de los grupos étnicos del país.

Coincidiendo con lo afirmado por Hinestroza²⁹, se requiere de un avance legislativo que haga vinculantes las decisiones que se adopten en ejercicio de este derecho, de tal forma que los grupos étnicos puedan “participar con autonomía en las decisiones que los

²⁸ RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor. Experto en Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Derecho Indígena, citado por ANGARITA FIGUEROA, Luis Hernando y Saavedra Galindo, Ana María. (Compiladores) La consulta previa a pueblos indígenas y tribales, compendio de legislación, jurisprudencia y documentos de estudio. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia. 2008

²⁹ HINESTROZA CUESTA, Lisneider. Declaración de áreas protegidas en territorios colectivos de comunidades negras. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

afectan, e incidir en ellas³⁰ y, en consecuencia, sean los que realmente deciden si se afecta un territorio o los recursos que son de su propiedad. No tiene razón de ser que sea la autoridad mediante un acto administrativo; o que el resultado de la consulta obligue realmente a estas autoridades. Como se encuentra formulada la propuesta de reforma del Decreto 622 de 1977 generaría dificultades, si la comunidad no esta de acuerdo, respecto de la apropiación social del área, así mismo, dificultades para definir el plan de manejo.

De esta forma, si se pretende reglamentar la Consulta previa dándole el carácter de derecho fundamental, como lo ha reiterado la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ya reseñados, como medida especial en términos del artículo 14 de la Ley 21 de 1991 no puede ir en contravía de los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas del país y grupos étnicos en general. Así lo han reclamado en diferentes reuniones de organizaciones indígenas³¹. Por lo anterior, no parece estar lejos el momento legislativo en que el pensamiento y planteamiento de estas comunidades tengan peso en las decisiones que adopte el Estado a través de diferentes entidades.

Más aún, la propiedad en los territorios de comunidades indígenas es colectiva pero es propiedad privada³² y en tal sentido el Estado so pretexto de los intereses nacionales no puede tratar de decidir de forma autónoma qué hacer dentro de una “cosa ajena”. La comunidad indígena a través de su sistema de organización debe conservar su derecho a ser gobernada por sus propias autoridades, respetando su autonomía en todos los aspectos (jurídico, político, social, económico), esto incluye el derecho a decidir, a ordenar, administrar y manejar su territorio. El gobierno, como lo establece la propuesta de decreto, en el artículo 11º, no puede tomar la decisión final porque además de estar en un territorio que no es de su propiedad vulneraría entre otros derechos el derecho a la autonomía y al autogobierno.

³⁰ Intervención de Jairo Rubén Quiñones, Red de Consejos Comunitarios del Pacífico Sur (RECOMPAS). Seminario “PUEBLOS, BOSQUES Y TERRITORIOS EN LA REGIÓN DEL PACÍFICO”, Universidad de los Andes (Auditorio Alberto Lleras), miércoles 25 de octubre de 2006.

³¹ Acta 002 “Encuentro de socialización con autoridades tradicionales y comunidades indígenas Parque Puinawai-Departamento de Guanía”, Acta No 003 “ Encuentro de socialización, modificación Decreto 622 de 1997 Parques Churumbelos, la Apaya, Mocoa Putumayo”, Acta No 004 “ Encuentro de socialización , modificación Decreto 622 de 1997, Parque IndiWasi, Acta No 05 “Encuentro de socialización , modificación Decreto 622 de 1997, Parque Chiribiquete, Aracura- Caquetá.

³² Se tiene en cuenta lo planteado por LABORDE, Esteban. Op, Cit.

4. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL CONTENIDO MATERIAL DE LA PROPUESTA DE DECRETO 622.

Precisado que técnicamente vía decreto reglamentario no es el método recomendado para expedir el procedimiento y recursos para la protección de un derecho fundamental como el derecho a la consulta previa, así se trate de áreas que interesan a la nación. Es necesario que en la propuesta se reflexione sobre:

1. El objeto del Sistema de Parques Nacional Naturales en el país, también debería tener por objeto la conservación de los valores culturales y costumbres de los grupos étnicos que habitan al interior de los parques, como una forma de conservar la biodiversidad.
2. Se continúa desconociendo de forma expresa que los parques naturales del país son habitados por gente. Lo anterior se evidencia en el artículo 4 numeral 3 de la propuesta de Decreto donde se establece que *"las poblaciones locales viven en las zonas de influencia de las áreas del sistema"* y no que habitan permanentemente las Áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.
3. No se puede afectar, vulnerar y desconocer bajo la consigna o finalidad de interés público o social los derechos a la propiedad y posesión de las comunidades indígenas. Este puede ser el resultado si se aprueba lo propuesto en artículo 6º y 10 del Decreto, pues en el caso de comunidades negras, una vez se titule como área del sistema de parques nacionales naturales se pierde el derecho a adquirir la propiedad por la incompatibilidad establecida por la Ley 70 de 1993, artículo 6º.
4. En la Propuesta se menciona como objetivos de gestión: contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de la población en general y en particular de los grupos étnicos que viven en las zonas de influencia de las áreas del sistema. Al respecto cabe preguntarse de qué manera se garantizará que los derechos de propiedad de las comunidades indígenas no se verán afectados y que se aplicará en estricto rigor lo enunciado en el artículo 4ª³³, toda vez que, en el caso de de llegarse a alguna afectación sobre la propiedad de la tierra de los pueblos indígenas su calidad de vida por obvias razones se vería minimizada³⁴. De otro lado, como lo establece en

³³ Artículo 4ª Propuesta de Reforma Decreto 622: "Además de los objetivos de conservación, existen otras funciones propias de las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales (...) Los principales objetivos de gestión que orientan la declaración y administración de los distintos tipos de áreas del sistema son:3 Contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de la población en general y en particular de los pueblos étnicos (...)"

³⁴ No debemos olvidar que la esencia de la propiedad esta en sus tres atributos: A) Poder *usar* la cosa, Servirse de ella: Sembrar un campo, habitar una casa, B) Poder *gozar* de la cosa, o sea percibir los frutos y

el marco constitucional, los territorios indígenas son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Surge entonces la inquietud de cómo se pretende cumplir este objetivo de gestión?

5. Los resguardos indígenas son más que una figura de ordenamiento territorial. El artículo 8º de la propuesta de Decreto en mención lo asimila a una figura de ordenamiento. Los Resguardos Indígenas son una institución legal sociopolítica de origen colonial español, con título de propiedad colectiva o comunitaria, se rigen por un estatuto especial autónomo, con pautas y tradiciones culturales propias, conformados por una o más comunidades indígenas, poseen un territorio para su manejo, y son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Sobre la consulta previa:

1. Si se trata de consultar realmente a las comunidades indígenas e involucrarlas desde que se concibe la idea de declaratoria de un área del Sistema de Parques Nacionales Naturales, debería incluirse en el artículo 8º para la elaboración de los estudios no sólo a las instituciones (Incoder y Unidad de Parques) sino también a las comunidades indígenas a través de sus autoridades.
2. Cómo articular el derecho que tienen las comunidades indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo y el derecho a zonificar su territorio (artículos 7 y 15 de la Ley 21 de 1991), si finalmente el Estado a través de la Unidad de Parques es quién decide qué sucederá en un territorio donde la propiedad es privada.
3. Las etapas propuestas en los artículos 10º y 11º, además de desconocer la forma de organización (Se considera que las decisiones no se someten a discusiones internas), no son suficientes, vale decir, se debe establecer claramente una etapa de difusión o espacio para que las autoridades que representan a las comunidades puedan regresar a éstas y socializar al interior de sus comunidades: consultar con ancianos, cabildos y equipos de apoyo, de acuerdo con su forma de organización y autogobierno, con lo cual además de respetar el derecho al autogobierno se fortalecen tradiciones como la oralidad, propia de las comunidades indígenas y su sistema de organización .

utilidades que suministra, ya directa o indirectamente: arrendar una finca, recoger una sementera, C) poder disponer de la cosa, ya sea materialmente, transformándola en otra o destruyéndola, ya jurídicamente, haciendo tradición del mismo derecho de propiedad a otra persona o constituyendo sobre la cosa otros derechos reales.

En los términos que esta previsto el desarrollo de la etapa de dialogo intercultural, no se evidencian espacios que permitan a las partes discutir las diferencias existentes; al respecto ver artículo 11 numeral 2º literales A, B, C, D,E, F.

4. Para la etapa de socialización se debería enviar la información antes de que la misma se lleve acabo, se propone ser en la etapa de la convocatoria. Lo anterior debe precisarse e incluirse en el texto de la propuesta.
5. Se debe incluir en el artículo 11 de la propuesta de Decreto todos los principios que vía jurisprudencia ha establecido la Corte y que deben regir la consulta previa, así: buena fe, transparencia, legitimación, contradicción, entendimiento intercultural y bilingüismo, oportunidad, proporcionalidad, pluralismo jurídico y debido proceso.
6. Se debe precisar en el artículo 11º, en la etapa de socialización, literal f, cuál es el tiempo o cuál es el término de la reflexión, además si el espacio autónomo de reflexión y decisión es para que las autoridades que representan a las comunidades indígenas manifiesten, de una vez, su voluntad o consentimiento sobre el área a declarar.
7. El proceso o término que se propone de agotamiento de la consulta debe ampliarse, pues sólo se plantea en dos talleres.
8. En la etapa de diálogo intercultural se toma la decisión haya o no acuerdo con las comunidades indígenas. En caso de no existir acuerdo, la propuesta de reforma transcribe lo manifestado por la Corte Constitucional en cuanto a estar desprovista de arbitrariedad. Pero no define, no establece cuáles son los criterios objetivos, ni bajo cuales parámetros establece la proporcionalidad y la razonabilidad.

Bernal, sostiene que una decisión es razonable si: 1. Presenta punto de equilibrio entre las exigencias propuestas que necesariamente deben tenerse en cuenta en el caso concreto.2- Ella es admisible por la comunidad, entendida como un auditorio ideal. Estos dos criterios se implican recíprocamente, porque una decisión será tanto más compartida cuando mejor sea el equilibrio de las exigencias contrapuestas en el caso concreto³⁵.

De acuerdo con ATIENZA, este objetivo se puede alcanzar mediante la búsqueda del mayor número de argumentos generalmente compartidos para poder fundamentar una ponderación adecuada de las exigencias jurídicas que se contrapongan en el caso³⁶.

³⁵ BERNAL PULIDO. Carlos. “El derechos de los derechos” . Bogotá. Universidad Externado de Colombia.2005.pag 69

³⁶ ATIENZA.”Para una razonable definición de “Razonable”. Cit.,p.109

Coincidimos con Bernal en que una decisión razonable es una decisión no arbitraria, es decir fundada en una razón jurídica legítima.

Sobre la razonabilidad la Corte Constitucional Colombiana se pronunció en los siguientes términos:

“La razonabilidad de una medida alude a que su finalidad sea “constitucionalmente legítima o admisible”³⁷

En cuanto al principio de la proporcionalidad en las actuaciones de la administración, sostiene la Corte Constitucional que no solo se exige que exista una relación adecuada entre los medios y las finalidades perseguidas por el Estado, sino que además prohíbe cualquier tipo de exceso³⁸; así por ejemplo no pueden ser gravosas en exceso las exigencias que la administración impone para el ejercicio de los derechos de los individuos. De este modo, el principio de proporcionalidad restringe la órbita de la discrecionalidad administrativa. Destierra de ella la arbitrariedad y el exceso y la somete al respeto de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución³⁹.

6. Si las áreas del Sistema de parques son inalienables, imprescriptibles e inembargables por mandato constitucional, artículo 63, las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardos indígenas gozan de similares características por disposición expresa del citado artículo. Y aunque técnicamente desde el punto de vista jurídico no se alterarían estas características, si se limitarían los derechos que se derivan de la propiedad, entre ellos, el derecho al uso, dominio y administración de las tierras que son de su propiedad y de las cuales se predica la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.
7. La administración de las áreas protegidas que se declaren en territorios ocupados por grupos de indígenas deberá ser compartida entre la autoridad indígena, de acuerdo con el sistema de derecho propio de las comunidades indígenas y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-530 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-475 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz-

³⁹ Ibid; Bernal Pulido Carlos p.8

Recomendaciones

A partir del análisis anterior, la Organización de Pueblos Indígenas de Colombia – OPIAC, en un espacio autónomo y con la orientación de los diferentes consultores contratados, han precisado los vacíos que tiene la propuesta de reforma al Decreto 622 de 1977, para poder canalizar sus inquietudes desde el punto de vista jurídico y con este ejercicio se ha elaborado una nueva propuesta de reforma al decreto 622/77, la cual se pretende gestionar desde el Congreso de la República para que sea reconocida como decreto Ley en el año 2009.

En el corto plazo, se recomienda unificar criterios con otros grupos étnicos del país para presentar una propuesta de Proyecto de Ley orientado a que el Gobierno Colombiano asuma como una **política de Estado la protección y reglamentación de la Consulta Previa como Derecho Fundamental**.

El anterior concepto se emite en consonancia con el artículo 25 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984) (No tiene carácter vinculante)

Elaborado en el marco del contrato GTZ Programa Proindígena – Ecuador.
PN: 06.2037.7 – 001. Coordinadora Susanne Welz, Contratista, Doralice Ortiz O. Asesora Jurídica, Ana Milena Rivas R. Abogada Consultora en Temas Indígenas y ambientales.