

## El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido el contenido y el alcance de la consulta previa que debe hacerse a las comunidades étnicas en aquellos casos en los que se pretendan tomar medidas que las afecten directamente. Así pues, la sentencia T-769 de 2009<sup>1</sup> (estudiada en la presente reseña) marca un hito en el desarrollo de esta figura, al diferenciar los escenarios en los que se presentan medidas generales o específicas y, en este último caso, da un trato distinto al tradicionalmente aceptado por la jurisprudencia constitucional, al emplear una nueva concepción sobre la obligatoriedad de los conceptos emitidos por las comunidades étnicas al finalizar el proceso de la consulta previa.

### I. ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN

Manifiestan los actores que el 14 de abril de 2004 una compañía minera presentó un proyecto de contrato de concesión para la explotación de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles en los departamentos de Antioquia y Chocó. En febrero de 2005, el gobernador de Antioquia suscribió el contrato y en 2006 se iniciaron algunas reuniones con las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas por el proyecto, para dar trámite a la consulta previa requerida en estos escenarios.

Algunos integrantes de estas comunidades indígenas incoan acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos a la vida, a la seguridad personal y a la consulta previa, entre otros. Arguyen que tal concesión genera un gran impacto ambiental en los territorios que han ocupado tradicionalmente; además, que en el trámite de consulta previa no se llevaron a cabo reuniones

\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia y monitora del departamento de derecho constitucional en esa misma Universidad. valeriasilvaf@hotmail.com

1. M. P.: NILSON PINILLA PINILLA.

con todas las comunidades que resultarían perjudicadas con la explotación y que no hubo estuvieron representadas por personas autorizadas para tal fin; por último, que en su momento se hicieron los reclamos pertinentes sobre dichas irregularidades en el proceso, proceso que finalizó sin que se hubieran tenido en cuenta.

En primera instancia, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá denegó la acción de tutela, con el argumento de que en el expediente obraban pruebas suficientes que permitían colegir que sí hubo un proceso de consulta, materializado en las reuniones adelantadas con las comunidades de la región. Dicho fallo fue impugnado, y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia lo confirmó, al concluir que existen otros mecanismos idóneos de defensa para los intereses de estas comunidades y que no existe un perjuicio irremediable que pudiera dar paso a la tutela como mecanismo transitorio de protección.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### A. EL DERECHO DE CONSULTA DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

Dentro de las protecciones que debe brindar el Estado a la identidad e integridad de las comunidades étnicas se encuentra la relacionada con el derecho de propiedad sobre sus territorios, que, además de ser su principal medio de subsistencia, son elemento integrante de su cosmovisión. Teniendo presente la trascendencia de estas tierras, se ha establecido la obligación por parte del Estado de consultar previamente a dichas comunidades cuando se quieran desarrollar exploraciones o explotaciones de recursos naturales en sus suelos. Esto con el fin de analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que pueda causarse.

La consulta previa se entiende como un medio de protección del derecho de participación de las comunidades étnicas del país en las decisiones que afecten su territorio, para conservar su idiosincrasia. Dicha consulta encuentra sus bases en el artículo 330 de la Constitución Política y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que en su artículo 6.<sup>º</sup><sup>12]</sup> establece dos dimensiones del derecho de participación que

2. Artículo 6.<sup>º</sup>: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2.

les asiste: la primera, de carácter general, es la oportunidad de intervenir en los diferentes niveles de adopción de políticas estatales; y la segunda, de carácter específico y pertinente al caso, es la concerniente a la obligación de consultar a las comunidades interesadas, por medio de sus autoridades representativas, en la previsión de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente.

Sobre el deber de consulta, la Corte ha dicho que es parte integrante del derecho de estas comunidades a decidir las prioridades en su proceso de desarrollo “en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”<sup>3</sup>. De esta manera, la consulta previa se ha establecido como un mecanismo de defensa de la integridad y la identidad cultural de estos pueblos. Así mismo, en sentencia C-030 de 2008<sup>4</sup> se fijaron tres aspectos en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previa: 1) su obligatoriedad cuando exista una afectación específica; 2) su realización, de forma que resulte efectiva y conducente, para que las comunidades estén informadas y puedan hacer las valoraciones respectivas libremente; y 3) en caso de incumplimiento de este deber, puede ser objeto de revisión en sede de tutela, con el fin de obtener la no ejecución de las medidas y la realización de la consulta en la forma debida.

#### B. EXPLOTACIÓN Y EXPLORACIÓN DE RECURSOS EN TERRITORIOS DE ESTAS COMUNIDADES

Expresa la Corte Constitucional que los artículos 330 y 329 constitucionales obligan a las autoridades a redefinir la intervención estatal en estas tierras. Por consiguiente, se encuentra el deber de encontrar un punto de equilibrio entre el desarrollo económico del país y la preservación de la integridad de estos sujetos colectivos de derechos fundamentales<sup>5</sup>. De tal suerte que cuando no sea posible llegar a un acuerdo la decisión tomada por el Estado debe: 1) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; 2) fundarse en criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán 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.

3. Artículo 7.º del Convenio 169 de la OIT.

4. En esta sentencia se declara la inconstitucionalidad de ley 1021 de 2006, “Por la cual se expide la ley general forestal”, al constatarse la falta de una consulta previa con las diferentes comunidades étnicas del país que se veían afectadas con su implementación. M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

5. Sobre las comunidades indígenas como sujetos colectivos de derechos fundamentales, ver sentencia T-380 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

de afectación de los intereses de las comunidades; 3) observar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural<sup>6</sup>.

Además, la Corte señala, de manera especial, que el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial debe hacer un estudio para establecer, primero, si existe vulneración alguna de los derechos de las comunidades en su territorio, y, segundo, el impacto ambiental que se produce en dichas zonas. Este estudio es vinculante para el Ministerio del Interior y de Justicia, y según sus resultados se podrá iniciar o no la consulta previa. Así mismo, cuando se trate de proyectos a gran escala, el deber del Estado no termina con la consulta a las comunidades afectadas: se requerirá además la obtención de su consentimiento libre, informado y previo, por el alto grado de afectación que les acarrea.

En el caso estudiado, la corporación encuentra que se vulneró el derecho fundamental de consulta previa a las diferentes comunidades, al apreciarse que no se consultó a la totalidad de los afectados; además, a la población no se le comunicó debidamente sobre el proyecto que se estaba gestionando, lo que restringió el acceso a la información, lo cual, a su vez, limita la oportunidad que tienen las comunidades de definir sus prioridades. Por otra parte, se observa que el estudio del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial aún no se ha terminado, por lo cual se deberán esperar sus resultados y, según estos, se podrá valorar la posibilidad de que el proyecto continúe o no. Por último, encuentra la Corte que no hubo un verdadero consentimiento libre, informado y previo por parte de las comunidades.

### III. NUESTRO CRITERIO

Consideramos acertada la posición de la Corte, ya que cambia el concepto tradicional de la jurisprudencia constitucional sobre la consulta previa y su alcance. Ésta pasa de ser un derecho de participación en las decisiones de desarrollo de proyectos que afecten sus territorios a constituirse en parte esencial de una determinación, vinculante en estos casos, que tomarán estas comunidades frente a las propuestas que les sean presentadas de ahora en adelante.

Sobre el poder decisorio que se les otorga a las comunidades étnicas, la sentencia en estudio se refiere a que debe ser libre, previo e informado, y para tal fin pone de relieve el concepto que debe emitir el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Frente a esto nos surgen algunas inquietudes, pues la Corte no precisa si este juicio debe asimilarse a los estudios que hace este órgano, previo otorgamiento de la licencia ambiental

6. Al respecto, ver sentencia SU-039 de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

para la explotación de recursos en estos casos, como lo regula el decreto 1320 de 1998, o si se entiende que es un examen adicional.

Por otro lado, al ser el concepto del Ministerio instrumento indispensable en la toma de decisiones por parte de las comunidades, no existe claridad acerca de lo que sucedería en la eventualidad de que este llegue a conclusiones divergentes a las de las comunidades étnicas, caso en el cual podría preguntarse si les asiste el derecho a obtener un concepto de autoridad diferente o si el del mencionado ente sería vinculante.

En conclusión, pese a que aún existen varios aspectos que deben ser establecidos sobre este poder decisorio y su proceso de creación, la determinación adoptada por nuestra Corte Constitucional es un gran avance en el estudio de la consulta previa y la protección de los derechos que tienen estos pueblos en los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus tierras. En nuestro criterio, se busca superar aquella premisa según la cual quien llegue a generar un daño debe indemnizar para, en su lugar, establecer reglas que eviten el daño mismo y, además, se deja este juicio de valor en manos de quienes están mejor calificados para determinarlo: las comunidades étnicas que han habitado ancestralmente esos suelos. Es este progreso el que nos permite afirmar que se está reafirmando una valoración efectiva de la territorialidad como dimensión existencial de estos pueblos.