



**¿EXTENSIÓN DE LA CONSULTA PREVIA O FORTALECIMIENTO DE LA
CONSULTA POPULAR?: ALTERNATIVAS PARA GARANTIZAR LA
AUTODETERMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS FRENTE A
PROYECTOS EXTRACTIVOS EN SUS TERRITORIOS**

PROYECTO DE GRADO

**NURY ANDREA FERNÁNDEZ MONTENEGRO
LINA ISABEL FERNÁNDEZ SÁNCHEZ**

**Asesor de Investigación
Dr. MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA**

**UNIVERSIDAD ICESI
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Maestría en Derecho y Especialización en Derecho Público
Cali – Valle del Cauca
2017**

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad mostrar cómo las comunidades campesinas de Colombia se han resistido frente a proyectos extractivos en sus territorios, haciendo uso de mecanismos de participación ciudadana como la consulta popular, y debatir en torno a sus ventajas y desventajas frente a otra alternativa como la consulta previa, ello a partir del ordenamiento jurídico colombiano y las experiencias comparadas de Perú y Bolivia, a efectos de determinar cuál sería el mecanismo idóneo para este propósito de resistencia social. Para ello, se analizarán los siguientes elementos: rastreo de la consulta popular y previa en Colombia; referencia sobre las experiencias comparadas de Bolivia y Perú; estudio y respuesta a la pregunta de investigación sobre la extensión de la consulta previa a los campesinos o el fortalecimiento de la consulta popular; y finalmente, se plantearán algunas conclusiones sobre el tema.

Palabras clave: consulta popular/ campesinos/ consulta previa/ proyectos extractivos/ autodeterminación de los pueblos

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, la actividad extractiva de recursos naturales no renovables en el territorio colombiano no es un tema reciente, la época de la colonización y los períodos posteriores son muestra de ello. El momento que vive el mundo actual, el apogeo de la preservación del medio ambiente y la diversidad, han suscitado debates nacionales e internacionales en torno a estos tópicos y más aún cuando en Colombia, hay fuertes iniciativas gubernamentales para la promoción y fortalecimiento de las actividades extractivas a lo largo del territorio, como lo es la exploración y explotación de recursos naturales no renovables -cada vez en mayor número-, que generan afectaciones de diversa índole a las regiones mayoritariamente rurales, las cuales se hacen más evidentes, cuando, sumado a ello, se afecta entre otros, a la población campesina que habita en ellas. Precisamente, frente a esta situación y el riesgo que representa para el medio ambiente y la existencia misma de la población, la flora y la fauna; diversas comunidades han utilizado mecanismos de participación, como la consulta popular, para contrarrestar y frenar los efectos de este tipo de actividades en sus territorios y garantizar así, el principio de autodeterminación de los pueblos.

Así, la realidad que afronta el mundo entero, hace necesario un estudio minucioso sobre este tipo de mecanismos, los conflictos que generan, la protección que ofrecen, en particular frente a otro tipo de mecanismos utilizados con el mismo fin, como lo es la consulta previa, prevista en Colombia, únicamente para poblaciones étnicas, a diferencia de otros países latinoamericanos como Perú y Bolivia, en los cuales, su aplicación es extensiva a los campesinos. Ello, con el fin de determinar en la medida de lo posible, su garantismo y las experiencias de otros países, y así, poder establecer los límites, diferencias, ventajas y desventajas de estos mecanismos, pero también, los aspectos a mejorar y los aprendizajes que se han dado.

Esta exploración, permitirá dar respuesta a la pregunta de investigación planteada, tendiente a resolver si en el país, se debería extender la consulta previa a las comunidades campesinas o si, por el contrario, se debería fortalecer la consulta popular. Frente al particular, la coyuntura actual del país, impulsa la discusión sobre estos temas y, por ende, hace que su esencia y estructura no esté definida, lo cual dificulta dar una respuesta definitiva. No obstante, hay una inclinación a favor del fortalecimiento de la consulta popular por diversas razones, como se verá; sin desconocer que existen elementos a favor y en contra tanto de este mecanismo de participación, como del derecho a la consulta previa.

De esta manera, el presente artículo, en un primer momento, dará cuenta de la regulación de la consulta popular y el derecho a la consulta previa en Colombia; seguidamente, se abordarán las experiencias de derecho comparado en el caso

de Perú y Bolivia; en un tercer momento, se dará respuesta a la pregunta de investigación; y se finalizará el texto, con algunas conclusiones sobre el asunto. Los aspectos analizados en el artículo, permitirán evidenciar la complejidad de la materia y la expresión de debates en torno a: la regulación futura de la consulta previa y popular; la relación entre el sujeto -ya sea individual o colectivo- y el Estado; la incidencia del principio democrático, del pluralismo y de la participación en la política económica del Estado; y la materialización de la autodeterminación de los pueblos, entre otros aspectos. Que permiten dar cuenta de la relevancia del tema, y así mismo, la necesidad de re-pensar la importancia y materialización de estos componentes al interior de un Estado.

¿EXTENSIÓN DE LA CONSULTA PREVIA O FORTALECIMIENTO DE LA CONSULTA POPULAR?: ALTERNATIVAS PARA GARANTIZAR LA AUTODETERMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS FRENTE A PROYECTOS EXTRACTIVOS

I. LA CONSULTA POPULAR – VOX POPULI VOX DEI - COMO HERRAMIENTA PARA DETENER LOS PROCESOS EXTRACTIVOS

En la búsqueda de la justicia ambiental, se han forjado iniciativas para la defensa de la naturaleza, de la mano de las luchas de las comunidades por la autodeterminación de los territorios, por medio de acciones de hecho o herramientas normativas¹. Entre dichas herramientas, se encuentra la consulta popular como mecanismo de participación ciudadana, mediante el cual se convoca al pueblo para que decida acerca de algún aspecto de vital importancia.

En palabras de la Corte, ella hace referencia a la *“posibilidad que tiene el gobernante de acudir ante el pueblo para conocer y percibir sus expectativas, y luego tomar una decisión. En otros términos, es la opinión que una determinada autoridad solicita a la ciudadanía sobre un aspecto específico de interés nacional, regional o local, que la obliga a traducirla en acciones concretas^{2”}*, respecto de lo cual, cabe resaltar que la Consulta debe ser convocada por quien tiene interés en que se decida sobre un aspecto en concreto, es decir, no opera de manera automática. Ello, sin desconocer, que la consulta puede tener también iniciativa por parte de la ciudadanía.

Sobre la regulación constitucional y legal, debe precisarse que, antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991, este mecanismo contaba con una normatividad especial aprobada mediante Acto Legislativo 01 de 1986 y desarrollada por la Ley 42 de 1989, a través de la cual se reglamentaban las consultas populares de carácter municipal o local. Ya en vigencia de dicha Constitución, tal mecanismo se consagró como un homenaje a su promotor, el inolado líder Luis Carlos Galán, dado que, fue en 1988 cuando se admitió la consulta popular en la Convención Liberal de Cartagena, a fin de lograr la renovación indispensable de un sistema ya obsoleto, y una estrategia individual en búsqueda de la presidencia.

1

Segura Romero, Jhon Jairo. La Organización comunal y la justicia ambiental: defensa de la autonomía territorial ante el modelo extractivo nacional. El caso del municipio de Piedras, Tolima. Bogotá D.C., 2017, Pág. 18. Magister en Medio Ambiente y Desarrollo. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Económicas, Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo. Instituto de Estudios Ambientales IDEA

2

Corte Constitucional, sentencia C-180 del 14 de Abril de 1994, MP. Dr. Hernando Herrera Vergara

La consulta popular puede ser de carácter nacional o regional. En tratándose de las de carácter nacional, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 104 de la Carta Magna, son las realizadas por *el Presidente de la República*, previo aval del Congreso y respaldo de todos los Ministros con sus firmas, ya que le corresponde consultar al pueblo cuando crea que una decisión próxima a ser tomada es de trascendencia nacional, es decir, afecta a todos los Departamentos del país.

Por su parte, las consultas de carácter regional se encuentran consagradas en el artículo 105 de la Constitución, donde se establece que “Previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el Estatuto General de la Organización Territorial y en los casos que éste determine, *los Gobernadores y Alcaldes*, según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos que sean de competencia del respectivo departamento o municipio”.

La Consulta, como mecanismo de participación popular, dispuesta en los artículos 103 y 105 de la Carta Política y desarrollada en el capítulo V de la Ley 134 de 1994 en sus artículos 50 a 57, modificada y regulada por la Ley Estatutaria 1757 de 2015, ha sido utilizada como mecanismo de participación ciudadana para oponerse a los proyectos mineros adelantados por las entidades territoriales.

En tal sentido, en cuanto al derecho de participación, la Corte Constitucional en sentencia T-135 de 2013 fue enfática en señalar que, en el momento que se ejecuta un megaproyecto, la población campesina o tradicional de la región afectada se encuentra en estado de indefensión frente a los empresarios o los dueños del proyecto, por lo cual, sólo mediante una adecuada participación es posible evitar la violación de sus derechos, haciéndose necesario el establecimiento de bases organizativas con capacidad de incidir en las decisiones, pues las acciones simbólicas no cuentan con la legitimidad propugnada por la organización del Estado Social de Derecho, si la población no es escuchada y sus puntos de vista no son tenidos en cuenta al momento de tomar decisiones. Quizás, esta es una de las razones por las cuales, el legislador ha revestido de obligatoriedad el resultado de las consultas populares, tal como se vislumbra en el texto del artículo 55 de la Ley 134 de 1994, en los siguientes términos: “*Se entenderá que ha habido una decisión obligatoria del pueblo, cuando la pregunta que le ha sido sometida ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral*”. Frente al particular, la Corte ha sido vehemente en precisar que “*La importancia de la consulta popular como derecho fundamental se refleja en su obligatoriedad*” la cual implica que, cuando el pueblo haya adoptado una decisión, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva³.

3

Ver sentencias T- 123 del 24 de Febrero de 2009 con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas Hernández y sentencia T- 121 del 27 de Febrero de 2017 con ponencia del Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

Ahora bien, antes de abordar algunos casos de consultas populares presentadas en el país, con el fin de detener proyectos extractivos. Es menester precisar que la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-273 del 25 de Mayo de 2016 con ponencia de la Doctora Gloria Stella Ortiz Delgado, declaró inexecutable el artículo 37 del Código de Minas, dado que no les permitía a los municipios la posibilidad de prohibir adelantar proyectos de minería en su suelo. Decisión proferida después que dicho Tribunal, en oportunidad anterior, hubiera declarado executable⁴ y condicionalmente executable⁵ tal disposición, la cual se constituía en el sustento de las actuaciones adelantadas en torno a dichos proyectos.

Así las cosas, la normatividad vigente, apoyada en los mandatos constitucionales ya citados, es la contenida en el artículo 33 de la Ley 134 de 1994, que regula el uso del suelo en los municipios, en la cual se precisa lo siguiente:

“Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, *se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio*” (cursiva fuera del texto original).

Aunado a ello, vale indicar que la Ley 388 de 1997, la cual rige el ordenamiento territorial en el país, faculta a los municipios para organizar, disponer y auto determinar los usos del suelo, de acuerdo a las necesidades que tengan y el aprovechamiento sustentable que se les dé a los recursos con los que cuentan. En razón a lo anterior y debido a que, los proyectos o actividades de exploración y explotación minera, tienen incidencia tanto en el suelo como en el subsuelo, corresponde a los municipios decidir la vocación del territorio, lo cual incluye la

4

Mediante Sentencia C-891 del 22 de Octubre de 2002 con Ponencia del Dr. Jaime Araujo Rentería y en sentencia C-395 del 30 de Mayo de 2012 siendo Magistrado Ponente el Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

5

Mediante Sentencia C-123 del 5 de Marzo de 2014, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, “(...) en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”

decisión sobre las implicaciones e impactos ambientales que ponen en riesgo la vida, la salud, integridad, calidad ambiental, entre otros⁶.

Bajo tal respaldo normativo y dada la crisis que afrontan las comunidades campesinas y territorios étnicos de todo el país, por la imposición de megaproyectos mineros por parte del gobierno nacional, como parte de la “Locomotora Minero Energética”, a fin de alcanzar el crecimiento económico del país, son diversos los municipios que han querido prohibir el desarrollo de actividades mineras que afecten sus ecosistemas, la calidad de sus aguas e interfieran con su derecho a decidir autónomamente el futuro de sus territorios. Es así como la oposición a proyectos de minería se puso en práctica el 28 de Julio de 2013 en el Municipio de Piedras (Tolima), en donde se realizó una consulta popular denominada “*Dejemos el petróleo y el gas en tierra*” a fin de que los habitantes de esa municipalidad, decidieran si la multinacional sudafricana AngloGold Ashanti (AGA), una de las compañías auríferas más poderosas y grandes en el mundo, podía depositar residuos o cascajo de la mina “La Colosa” en el territorio de ese municipio⁷. Una vez agotados los requisitos de Ley, 2971 personas votaron por el NO bajo la consigna “*No a la mina, sí a la vida*”, mientras que tan solo 24 votaron por el sí (Total de sufragantes 3.007).

A su vez, el Municipio de Tauramena (Casanare) el 15 de diciembre de 2013, adelantó una consulta popular donde se preguntaba a la ciudadanía, si estaba de acuerdo con la realización de actividades de exploración y explotación en la parte alta del municipio. Una vez autorizada la Consulta Popular se convocó a la misma, y efectuada la votación, arrojó 151 votos por el sí y un total de 4.428 personas votaron por el NO.

Luego de algunos años, el 4 de Enero de 2016, el Alcalde de Ibagué presentó propuesta de consulta popular para decidir sobre la realización de proyectos mineros que generaran contaminación del suelo, el agua y la potencial afectación agrícola y turística. Sin embargo, en razón a diversos factores, como la suspensión provisional de la propuesta por parte del Consejo de Estado, la aprobación sujeta al cambio de la pregunta mediante la cual se convoca a la

6

La Constitución establece que los Concejos Municipales son los competentes para “reglamentar los usos del suelo”. La actividad minera tiene lugar no solo en el subsuelo sino también en el suelo y además no hay forma de llegar al subsuelo sin pasar por el suelo. Por ello, es competencia de los municipios decidir sobre las actividades mineras que se hagan en su territorio. tomado de: dejémonos de vainas: las Consultas populares para temas mineros son viables. Diana Rodríguez Franco. Abril de 2015

7

Consultas Populares en Colombia contra industrias Extractivas. Joan Martínez Alier. 10 de Febrero de 2014. Publicado en: <http://censat.org/es/analisis/consultas-populares-en-colombia-contra-industrias-extractivas>

ciudadanía, el estudio por parte del Tribunal Administrativo de Tolima y ahora el retiro de la pregunta por parte del Alcalde de dicha municipalidad -a efectos de aclarar la clase de minería respecto de la cual se pretende consultar-, ha conllevado a que no se tenga certeza cuándo se realizará la Consulta.

Al respecto, cabe señalar que, la decisión de suspensión tomada por el Consejo de Estado, aludida anteriormente, se dio a escasos días de que la Corte Constitucional en sentencia T-445 del 19 de Agosto de 2016 con Ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, en estudio de la acción de amparo invocada por la afectación de la economía y la vocación de Pijao (Quindío) a raíz de la actividad minera, precisara que los entes territoriales sí pueden prohibir las actividades mineras en su territorio, si estas afectan el medioambiente. Declarando que: las consultas populares en temas mineros son constitucionales. De esta manera, esclarece que las consultas populares sobre temas mineros están *“plenamente dentro del ámbito de competencias del municipio, y no está encaminada a contrariar a un principio de rango constitucional”*, toda vez que:

(i) La Carta “prevé expresamente en sus artículos 1, 311 y 313.17 que las entidades territoriales gozan de autonomía y que dentro de la órbita de competencias constitucionales de los municipios se encuentra la facultad de reglamentar el ordenamiento del suelo de su territorio, que incluye determinar si en una determinada zona debería haber actividad agrícola o industrial.

(ii) “El artículo 288 de la Constitución Política señala asimismo que las competencias atribuidas a distintos niveles territoriales deben ser ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad”.

(iii) “La actividad minera debe realizarse con la participación de los distintos niveles de la administración que tengan competencia en materia, como lo son los municipios”. (Subrayado fuera del texto original)

Con dicho precedente, a los triunfos ya referidos, se suma la consulta popular realizada el 26 de Marzo del año en curso, mediante la cual los habitantes de Cajamarca, municipio directamente amenazado por la actividad minera a gran escala, dijeron no a la actividad minera en su región, superando el umbral requerido para que pasara la consulta que era de 5.438 votos, ya que el resultado final de la votación fue de 6.165 votos por el No, equivalente al 97% de los votantes.

Posteriormente, el 04 de Junio de 2017, los habitantes del Municipio de Curumal (Meta), realizaron una consulta popular dirigida a que el pueblo contestara a la pregunta: “¿Está usted de acuerdo con las actividades de exploración sísmica,

perforación exploratoria y producción de hidrocarburos en su territorio?", a la cual 7.475 de los votantes dijeron no a la exploración, mientras que el sí, solo obtuvo 183 votos.

Recientemente, el 09 de Julio del año en curso, en Arbeláez (Cundinamarca) y Pijao (Quindío), se adelantó la consulta popular, en aras de detener proyectos extractivos en sus territorios. En el primero de ellos, los arbelaenzunos decidieron NO aprobar la exploración sísmica, el lavado de materiales de hidrocarburos y la exploración minera a gran escala en su territorio, y en el segundo, 2.673 personas de las 6.073 habilitadas para votar acudieron a las urnas, de las cuales, 2.613 votaron 'no' a la pregunta ¿está de acuerdo con que en el municipio de Pijao se desarrollen proyectos y actividades de minería de metales?⁸.

Las consultas populares más próximas a realizarse son las de **El Paujil (Caquetá)**, la cual busca suspender las actividades sísmicas adelantadas por Emerald Energy y Ecopetrol, y **Marmato (Caldas)**, sobre la actividad minera de la multinacional Gran Colombia Gold en ese municipio, tradicionalmente aurífero.

Como se puede ver, en los casos citados anteriormente se acudió a la Consulta Popular para oponerse de forma masiva a los proyectos extractivos, logrando que, los mecanismos de participación ciudadana, se constituyan en una herramienta para evitar prácticas que, no solo afectan derechos colectivos como el medio ambiente, la salubridad, la autodeterminación y el agua potable, sino también derechos fundamentales como la vida, la salud y las condiciones sociales y económicas de la población donde se adelantan dichos proyectos. Empero, queda un largo camino por recorrer ante la resistencia del Estado y diversos gremios, para que los entes territoriales ostenten la facultad de prohibir la actividad minera, pues, de aceptarlo sería renunciar a supuestos beneficios económicos para el país, desconociendo con ello los daños que a mediano y largo plazo se pueden ocasionar.

II. LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA COMO GARANTÍA PARA LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

Otra de las herramientas normativas utilizadas para contrarrestar el impacto de medidas legislativas y administrativas, entre ellas las ambientales y económicas, para ciertos grupos poblacionales y sus territorios, ha sido la consulta previa.

8

El conteo final le dio una fuerte victoria a las personas en contra de la minería con 3.764 votos a favor del 'no' y 31 a favor del 'sí'. Tomado de: <http://www.eltiempo.com/colombia/gana-el-no-en-consulta-popular-minera-de-pijao-quindio-107212>. consultado el 09 de Julio de 2017.

El Estado colombiano mediante la Constitución Política de 1991, reconoce y protege, en su artículo 7°, la diversidad étnica y cultural existente en la Nación. Actualmente, el país, posee una gran riqueza de pueblos étnicos con características identitarias muy propias, entre los que se hallan, los pueblos indígenas, las comunidades negras afrocolombianas, palenqueras y raizales, y los pueblos ROM o gitanos⁹.

En virtud de tal reconocimiento, el Estado, mediante la Ley 21 de 1991 y bajo la figura del bloque de constitucionalidad¹⁰, con fundamento en los artículos 93¹¹ y 94¹² constitucionales, incluyó como norma imperante en el ordenamiento jurídico nacional, el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual pretende registrar, entre otros aspectos, las aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico, dentro del marco de los Estados en que viven, como manifestación del principio internacional de la libre autodeterminación de los pueblos. Dadas las pretensiones del Convenio, en su artículo 6° se consagra la llamada “Consulta Previa”, según la cual, el gobierno tiene la obligación de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, frente a medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículos 6 y 7 Convenio 169 OIT); proyectos y explotación de recursos naturales en sus tierras (artículo 15 del Convenio); y frente a la elaboración, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo¹³. La consulta, deberá efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias de la

9

Corte Constitucional. Ver Sentencias T-576 de 2014, [T-800/14](#) y [T-969/14](#), C-615 de 2009, C-915 de 2010 y C-187 de 2011, entre otras. En la Sentencia C-1051 de 2012, se afirmó: *“Inicialmente, la Corte ha explicado que el derecho a la consulta previa se extiende en favor de los diferentes grupos étnicos, cualquiera sea su origen y condición, entendiendo que el concepto comprende, para el caso colombiano, a las comunidades y pueblos indígenas y tribales, negros o afrodescendientes y raizales”*.

10

Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

11

Artículo 93. *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. [...]”

12

Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

13

comunidad de que se trate, con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (artículo 6 Convenio 169 OIT).

En el ordenamiento jurídico colombiano, el derecho a la consulta previa, como muestra de la “expresión democrática en un contexto plural”¹⁴, está reconocido principalmente, en el artículo 330 de la Constitución Política, en la Ley 21 de 1991, en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en el artículo 46 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y otras normas expedidas por el Gobierno Nacional, cuyo sustento está en el Convenio 169 de la OIT, y en el derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas¹⁵.

Sumado a ello, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que la consulta previa es un derecho fundamental autónomo y complejo (por los distintos ámbitos jurídicos de protección que posee), de titularidad grupal a favor de los pueblos indígenas y tribales, relacionado estrechamente con sus derechos a la participación y a la libre determinación¹⁶. Su importancia, radica en la especial protección que otorga a la identidad de tales pueblos y al reconocimiento de sus tierras y territorio como un elemento definitorio de la misma¹⁷.

Actualmente, la consulta previa, se erige como el mecanismo idóneo para la protección de los derechos de los pueblos étnicos del país y, por ende, su omisión constituye una vulneración de la Carta Política. Existen múltiples casos en los cuales las comunidades, han reclamado su aplicación en defensa de su integridad grupal y de sus territorios, lo cual ha permitido el amplio desarrollo jurisprudencial existente hoy en día, específicamente de la Corte Constitucional, como garante de los derechos constitucionales. Aunque los numerosos casos, también dan cuenta de su reiterado desconocimiento.

César Rodríguez Garavito, Meghan Morris (dirs.), Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá. Justicia Global 2. La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Editorial: Universidad de los Andes. Noviembre de 2010. Bogotá D.C., Colombia. P. 57

14

Comisión Colombiana de Juristas. Boletín No. 2: Serie sobre el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes. Derecho Fundamental a la Consulta Previa. Documento de trabajo basado en la demanda presentada contra el Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007) ante la Corte Constitucional, por la Comisión Colombiana de Juristas y otras organizaciones sociales. Septiembre 16 de 2008.

15

Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

16

Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

17

Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Efectuando una mirada hacia el pasado, las primeras decisiones proferidas por la Corte, en relación con la consulta previa, “establecieron su procedencia frente a medidas susceptibles de afectar los territorios de los pueblos indígenas y los recursos naturales ubicados en ellos”. Tal como lo evidencian las sentencias T-428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y el primer fallo de unificación en la materia, SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). En situaciones posteriores, el Tribunal analizó la procedencia de la consulta frente a grandes proyectos de infraestructura, como represas (T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz), concesiones de explotación minera (T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla), y construcción de puertos (T-547 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otros.

Aunado a lo anterior, de conformidad con las sentencias T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Corporación ha establecido la procedencia de la consulta en hechos “como la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades originarias; la entrega de concesión en general y de explotación minera, en particular”¹⁸; la expedición de licencias ambientales para la explotación de recursos, y los proyectos de infraestructura o planes y programas de desarrollo que afecten a las comunidades étnicas. Posteriormente, se extendió el deber de consulta para el examen de constitucionalidad de los actos legislativos o reformativos de la Constitución¹⁹. Al igual, que para leyes aprobatorias de tratados internacionales en los casos en que se les afecte directamente.

Continuando con el desarrollo jurisprudencial, si bien en algunos momentos la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido garantista en favor de las comunidades étnicas, de manera general (la posición mayoritaria) sí lo ha sido. Así, la sentencia **T- 380 de 1993** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), reconoce el carácter de fundamental, entre otros, al derecho a la integridad étnica, cultural y social y la subsistencia de la comunidad indígena [que hoy debe entenderse también, para comunidades negras, raizales, palenqueras y gitanas] como sujeto colectivo al deducirse del derecho a la vida, abriendo consecuentemente la puerta para su reclamación, vía acción de tutela.

Cinco años después, se expide la sentencia **SU-039 de 1997**, con la cual, el derecho de participación -dado con la consulta-, es fundamental, pues es el mecanismo que preserva el derecho fundamental de la integridad de la comunidad y asegura así, su subsistencia. Igualmente, la Corte establece que, la institución

18

Corte Constitucional. Sentencia T-766 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

19

Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de la consulta comporta relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre los pueblos étnicos y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) conocimiento pleno de la comunidad sobre la decisión de que se trate; b) Que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la afectación o menoscabo de dicha decisión, a los elementos que constituyen su identidad; c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, con la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas de la decisión sobre la comunidad, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierne a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad de la misma. En últimas, 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. Así, resulta inadmisibles, tener como consulta la mera información o notificación del proyecto a la comunidad.

Igualmente, el Tribunal manifiesta que, la decisión de la autoridad debe ser concertada o acordada; de no ser posible el acuerdo, debe ser objetiva, razonable y proporcional a la finalidad perseguida, y en todo caso, debe mitigar o corregir los efectos producidos sobre las comunidades.

Luego, en la sentencia **SU-383 de 2003** (M.P. Álvaro Tafur Galvis), se reconoce a la acción de tutela como mecanismo de protección del derecho a la consulta, cuyos titulares son, tanto los integrantes del grupo, como las Organizaciones que los agrupan. Cabe resaltar que, el derecho a la consulta previa, afirma la Corte, no comporta un derecho de veto, aunque sí es una oportunidad para que el Estado, considere y valore las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas, hacia el acuerdo entre las partes. Por ello, en la Sentencia C-461 de 2008, la Corte explicó que la consulta “no es un proceso adversarial en el que las autoridades se contraponen a los grupos étnicos”²⁰.

De la misma manera, en el país, tal como algunas decisiones lo confirman, se prevé la necesidad de contar con una etapa preliminar o de pre-consulta, de acuerdo con los preceptos de la buena fe, el respeto de las autoridades de cada comunidad y las particularidades culturales de ellas, con el fin de establecer el procedimiento que se va a seguir en el caso (**T-737 de 2005**). Además, de que, las comunidades estén informadas y puedan hacer parte de la discusión, en el caso de medidas legislativas (**C-175 de 2009**), y previamente puedan tener mayor información sobre un proyecto de explotación de recursos, donde se le exige al Estado la realización de estudios previos de impacto ambiental (**T-769 de 2009**) que deben ser dados a conocer a tales comunidades.

De acuerdo con los lineamientos trazados en la jurisprudencia constitucional, junto a los aspectos ya mencionados, la consulta previa en Colombia tiene las siguientes características:

No es un procedimiento formal y meramente informativo, sino participativo.

Debe ser previa y oportuna (aunque no hay término para su realización), es decir, debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de las comunidades étnicas no tendría utilidad alguna, en la medida en que, no podrían influir en el proceso decisorio (C-915 de 2010). Precisamente, el carácter previo de la consulta, y el hecho de constituir una especie de prerrequisito para la validez de la medida legal o administrativa de que se trate, resultan siendo elementos de mayor garantía para los pueblos indígenas, tribales y ROM en comparación con la consulta popular, ya que, condicionan el actuar de las entidades del Estado y de la empresa interesada en la extracción, a la socialización, diálogo y retroalimentación con estos pueblos. Es por esta razón que, en caso de no realizarse, es susceptible de ser exigida por medio de la acción de tutela, dado su carácter fundamental y de necesario ejercicio previo. No obstante, el carácter previo, también se considera la necesidad de un proceso o etapa post-consultiva en términos de corto, mediano y largo plazo.

Debe ser concertada. Las autoridades deben dar valor a la palabra de los pueblos involucrados, pero de no llegarse al acuerdo, la autoridad conserva el derecho a decidir. Más recientemente, en las decisiones T-769 de 2009, T-1045A de 2010 y T-129 de 2011, y a partir de lo dispuesto en la parte final del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, *“la Corte ha enfatizado que el objetivo central del procedimiento de consulta es el de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas [...] como fruto de la reflexión franca y transparente a que se ha hecho referencia”*²¹. Sin embargo, el consentimiento de las comunidades consultadas resulta indispensable *“cuando la medida represente una afectación intensa del derecho al territorio colectivo”*²², esto es, en casos excepcionales (C-641 de 2012) como, ante el traslado o desplazamiento de las comunidades; almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y cuando represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo su existencia.

21

Corte Constitucional, Sentencia C- 371 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

22

Corte Constitucional, Sentencia T-766 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

En todo caso, no hay derecho de veto para las comunidades²³, lo que representa una desventaja para las mismas. Empero, en el año 2017, la Corte destaca la prevalencia de “la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*”, cuando resulte probado que, después de analizar “las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas”, todas son dañinas y “que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos”²⁴.

Con posterioridad al acuerdo de consulta previa, el Estado y el Ejecutor del proyecto, obra o actividad, tienen la obligación de dar cumplimiento a todas las medidas de mitigación, compensación e indemnización concertadas en el acuerdo de consulta previa por los daños causados. Pues, el Acuerdo de Consulta previa (ACP) es un “pacto plurilateral *vinculante*” que, de ser incumplido, es susceptible de ser reclamado vía acción de tutela, al ser parte del derecho fundamental²⁵.

Las comunidades deben contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. De ser posible, con el apoyo de organismos internacionales²⁶.

Procede frente a cualquier decisión susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas. Los criterios para definir la afectación, son: alteración del estatus de una comunidad étnica, o sea que, la decisión le impone restricciones o gravámenes, o le confiere beneficios; introducción de regulaciones específicas dirigidas a las comunidades étnicas minoritarias; implementación de medidas redactadas en términos generales, pero cuyo contenido repercute de manera directa en dichas comunidades; regulación de aspectos sobre su relación con el territorio; y regulación de otras materias reguladas en el Convenio 169 de la OIT²⁷.

La construcción jurisprudencial antes presentada, evidencia otra de las desventajas de la consulta previa, cual es, la ausencia de normas que establezcan

23

Corte Constitucional, Sentencia C- 371 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

24

Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos (siguiendo los lineamientos de la Sentencia T-129 de 2011).

25

Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.

26

Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.

27

Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

la forma en que han de realizarse las consultas y si se quiere, las circunstancias en las cuales procedería, pues ni el Convenio 169 ni las normas nacionales lo establecieron.

Aunado a lo manifestado, la principal dificultad de la consulta previa es la distancia entre la práctica real de la misma y la teoría. Lo cual, ha intentado mitigar la Corte Constitucional, mediante sus pronunciamientos, siendo cada vez más garantista. Lo que pone en evidencia el hecho de que, todavía es un tema abierto a discusión en ciertos aspectos.

III. EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO

La consulta previa a las comunidades culturalmente diferenciadas, no solo se constituye como un derecho, sino además puede considerarse un principio de derecho internacional²⁸. No obstante, en nuestro país este se reconoce únicamente a las comunidades étnicas, es decir, a pueblos indígenas, afrodescendientes, raizales y ROM, lo cual implica, una desprotección evidente a las comunidades campesinas ante la intervención empresarial y estatal sobre sus territorios²⁹, pues, si se acude al estudio de regulación normativa extranjera, encontramos que, en países como Bolivia y Perú, este derecho se extiende a los campesinos. Por lo anterior, es menester proceder a estudiar cómo es su aplicación en el derecho comparado - Bolivia y Perú -, sobre la base del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, las tensiones presentadas y los obstáculos de su práctica.

Bolivia y Perú, al igual que Colombia, ratificaron el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que consagra, entre otros, el derecho a la consulta previa. Dicho Convenio contempla una concepción de pueblos indígenas más amplia e inclusiva, ya que en la práctica incluye, además de los pueblos indígenas y tribales, a las comunidades afrodescendientes y a las minorías rurales y campesinas³⁰.

28

En el sentido que se constituye en el fundamento para facilitar no solo la participación de las diversas comunidades en las decisiones que los afectan garantizando con ello su autodeterminación, sino que es un instrumento que propende por facilitar las relaciones entre los pueblos y realizar la cooperación internacional, conforme las obligaciones adquiridas por cada Estado.

29

Quesada, C. E. (2013). Derecho a la Consulta Previa para comunidades campesinas. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia

30

Resumen ejecutivo del informe: El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas - La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, elaborado por Due Process of Law

Precisado lo anterior, cabe indicar que el Convenio 169 de la OIT, es uno de los instrumentos jurídicos internacionales más actualizados sobre la consulta previa, pues ha contribuido a lograr un avance sustancial en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, entre los cuales se destacan: el reconocimiento de su carácter de pueblos; a su derecho de asumir el control de sus propias instituciones; del respeto a sus formas de vida y de su desarrollo económico; de los derechos sobre sus tierras y territorios.

Así las cosas, a continuación, se presenta el escenario de estos dos países suramericanos, en los cuales se ha consagrado la Consulta previa para los pueblos indígenas dentro de los cuales se incluyen las comunidades campesinas, a efectos de contrastarlos, en la medida de lo posible, con la regulación interna de Colombia, y estudiar los pro y contras que podrían conllevar su posible extensión a los campesinos.

A. CONSULTA PREVIA EN BOLIVIA

La Constitución Boliviana, de manera transversal, reconoce los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, desde su primer artículo, al definir el modelo de Estado como “(...) *Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país*”

Bolivia, cuenta con una representativa población indígena, en razón a ello, tanto el Convenio 169 de la OIT, como la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ratificada mediante Ley 3760 del 7 de Noviembre de 2007, como fuente de interpretación de las obligaciones estatales, son de obligatorio cumplimiento para el Estado, pues han sido ratificados con rango de Ley.

El derecho a la consulta previa frente a proyectos extractivos, tras un arduo proceso político de reforma³¹, se encuentra consagrado en el artículo 352 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en los siguientes términos:

“La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada,

Foundation - DPLF a solicitud de OXFAM.

31

Esta Constitución Política es el décimo séptimo texto constitucional en la Historia de la república Boliviana, y fue aprobada en un referéndum que contó con el 90.24% de participación popular, lo cual permite aseverar que la misma cuenta con un gran respaldo social, y en otros términos, goza de legitimidad en medio de los asociados.

convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la Ley. En las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios”.

En concordancia, con dicha norma cabe traer a colación el artículo 30 constitucional, el cual establece que:

“II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución *las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:*

(...)

15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, *se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan*”. (Subrayado fuera del texto original)

Como se puede notar, el Estado Plurinacional de Bolivia desde su ordenamiento superior blinda de garantías a los pueblos indígenas originarios y campesinos, esto no solo, en aras de garantizar la participación en la gestión ambiental (Art. 343), sino especialmente con el objetivo de reconocer la integralidad de dichos pueblos, el cual incluye el derecho a la tierra, el uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables y la participación en los beneficios que se generan como consecuencia de la explotación de los recursos no renovables en sus territorios, la facultad de aplicar sus normas propias y demás, de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza (art. 403 I).

En desarrollo de dichos preceptos constitucionales, la consulta previa en Bolivia cuenta con un amplio desarrollo legal, entre el cual se encuentra la Ley 3058 de 2005 o “Ley de Hidrocarburos”, mediante la cual se establece que la consulta deberá ser previa, obligatoria y oportuna. No obstante, uno de los aspectos poco favorecedores a la comunidad es que, en caso de tener un resultado negativo, no se requiere agotar conciliación para obtener aprobación o consentimiento previo, libre e informado acerca de la explotación de los recursos naturales del pueblo indígena, tal como fue plasmado en el artículo 116 de la ley en mención, dado que tal exigencia fue declarada inconstitucional por el Tribunal Boliviano mediante pronunciamiento del 02 de Julio de 2006, lo cual de entrada desconoce lo

establecido en los artículos 6º y 7º del Convenio, dado que en ellos se indica que la finalidad de la consulta es “llegar al consentimiento o acuerdo”, no que la misma se trate de un simple requisito.

Dicha Ley fue reglamentada mediante Decreto Supremo No. 29033 de 16 de Febrero de 2007 por medio del cual se expide el “Reglamento de Consulta y participación para actividades hidrocarburíferas”, atendiendo la recomendación presentada por el Consejo de Administración de la OIT en su 274a sesión en Marzo de 1999, con motivo de una reclamación formal presentada por la Central Obrera Boliviana - COB y los pueblos indígenas de Bolivia, dirigida a “que aplique plenamente el Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y que se considere establecer consultas en cada caso concreto, en especial cuando aquéllas afectan a extensiones de tierras indígenas, así como estudios de impacto ambiental, cultural, social y espiritual conjuntamente con los pueblos concernidos, antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas”. En razón a ello, se establece que la Consulta previa debe adelantarse considerando los usos y costumbres de los Pueblos indígenas, respetando la decisión adoptada luego del proceso.

Existen también, en el ordenamiento interno boliviano otras normas específicas relativas al derecho a la consulta, principalmente en los ámbitos hidrocarburífero y electoral. Entre ellas cabe resaltar la Ley 26 de 2010 o Ley del Régimen Electoral, la cual establece que la democracia intercultural boliviana se fundamenta en la articulación transformadora de la democracia directa y participativa por medio de la consulta previa (artículo 2). El Capítulo IV titulado “Proceso de Consulta Previa” contiene tres artículos, referidos al alcance de la consulta, como mecanismo constitucional aplicable con anterioridad a la toma de decisiones respecto a la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la explotación de recursos naturales (artículo 39). La novena disposición transitoria de la Ley establece que el Ejecutivo, en coordinación con los pueblos indígenas, deberá reglamentar el proceso de consulta previa. A la fecha, la aplicación de estas disposiciones ha sido limitada, por la ausencia de normas que permitan su implementación.

A grandes rasgos, lo anterior conforma el marco legal y reglamentario referido a la exploración y explotación de minería de Bolivia, al cual se suma el desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional de dicho país, quien en sus pronunciamientos ha indicado que:

“El derecho al territorio inherente a las naciones y pueblos indígenas conlleva a otros derechos de carácter colectivo, que están ligados a éste por su propia naturaleza jurídica, es decir, este derecho implica la obligación del propio Estado a respetar tales territorios al grado de que si existe la necesidad de explotación de un recurso natural no renovable o la realización de un proyecto, o megaproyecto, de necesidad general, como la construcción de una hidroeléctrica o una

carretera, dentro de territorios pertenecientes a un determinado pueblo indígena, o a varios pueblos originarios, el Estado está obligado a efectuar una consulta de carácter previo a la realización del proyecto, y naturalmente, al comienzo de las obras dentro del territorio indígena, el no hacerlo de esa manera genera una vulneración a los derechos de los pueblos indígenas al derecho de la consulta”

En tal sentido,

“(…) en la Constitución boliviana no sólo se reconoce a pueblos indígenas, sino que se les da el estatus de naciones indígenas - tal y como lo reconoce el art. 2 de la CPE- garantizando su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, y se reconoce su derecho a la autonomía, al autogobierno y al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, por lo tanto es necesario crear las condiciones mediante las cuales se pueden materializar los derechos formalmente reconocidos por el texto constitucional, para lograr el objetivo descrito previamente de una construcción colectiva del Estado Plurinacional, en el marco de la igualdad entre el Estado y las naciones indígenas originario campesinas. Dentro de ese contexto, es evidente la necesidad de la existencia de un marco regulatorio adecuado sobre la consulta previa con la participación de los pueblos indígenas.

De ahí que en el caso boliviano, la Constitución Política del Estado hace hincapié en que la consulta además de ser previa, obligatoria, libre e informada y de buena fe, debe ser concertada, pues precisamente, los procedimientos, los sujetos que intervendrán y el contenido mismo de la consulta, deben ser pactados con carácter previo entre el Estado y los pueblos indígenas³²”.

De este modo, el Tribunal ha definido la consulta con una doble connotación: como “un deber del Estado, tanto en el nivel central, como en las entidades territoriales autónomas, que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas³³” y como “un derecho fundamental de

32

Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 del 18 de junio de 2012, Magistrada Relatora: Dra. Mirtha Camacho Quiroga. Consultada en la página web <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/>

33

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 0300/2012 de 18 de junio de 2012, punto III.4

carácter colectivo inherente a los pueblos y naciones indígenas que está directamente vinculado con el derecho de los miembros de estos pueblos a la tierra, el territorio y los recursos naturales no renovables, sin que se pueda perder de contexto que también están involucrados los derechos a la integridad física y a la vida de los miembros de los pueblos indígenas³⁴

Ahora bien, en lo relativo a la aplicación práctica del derecho a la consulta previa en Bolivia, no solo conforme a su Constitución, sino en el marco del Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado Boliviano el 11 de Julio de 1991 mediante la Ley 1257 (en vigencia de la Constitución de 1967)³⁵, de acuerdo a los informes y literatura disponible, se tiene que en ese país, “se han realizado consultas previas desde 2007 en el sector gasífero; entre junio 2007 y febrero 2012 se concluyeron 27 procesos. Todos los casos se cerraron con acuerdos concertados entre las comunidades afectadas y el correspondiente ministerio estatal³⁶”. No obstante, según lo manifestado por el Centro de Documentación e Información de Bolivia, desde 2007 hasta 2014 se realizaron en el país alrededor de 49 consultas previas en materia de hidrocarburos, sin que se tomará en cuenta la evaluación ambiental, lo que implica que los pueblos indígenas no conozcan cómo les afectará la exploración en sus territorios y que se registren conflictos en 18 territorios indígenas y 11 áreas protegidas³⁷.

Aun cuando no hay registros de consultas previas en cuanto a proyectos mineros, en términos generales, la consulta previa si bien ha presentado avances significativos también algunos obstáculos, dentro de los cuales, se citan de

34

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 0300/2012 de 18 de junio de 2012, punto III.5.2

35

Al respecto el Tribunal Constitucional Boliviano, en sentencia de constitucionalidad 0045/2006 de Junio 02 de 2006, Magistrada Relatora Dra. Silvia Salame Farjat, manifestó que: “en virtud de la cláusula abierta contenida en el artículo 35 Constitucional, era posible concluir lo siguiente: el convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante Ley 1257, de 11 de julio de 1991, forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano, porque además de ser un Convenio sobre derechos humanos, su objeto es promover en los países del mundo la efectiva aplicación y respeto de los derechos fundamentales de las personas, asumiendo políticas tendientes a evitar la discriminación a los pueblos indígenas y tribales, para que puedan gozar en forma efectiva de los derechos humanos consagrados para toda la humanidad”

36

Perrault, citado en:

37

Centro de Documentación e Información Bolivia. CEDIB: en siete años hubo unas 49 consultas previas sobre hidrocarburos. Publicado el 18 de Agosto de 2015 en http://www.cedib.org/post_type_titulares/cedib-en-siete-anos-hubo-unas-49-consultas-previas-sobre-hidrocarburos-los-tiempos-17-08-15/

manera frecuente los siguientes: en su mayoría la actividad minera se realiza sin licencias ambientales, la omisión en realizar estudios de impacto ambiental y social en la realización de proyectos extractivos, la expedición de Legislación (Ley de Minería y Metalurgia, ley de Madre Tierra y ley de Pueblos en situación de aislamiento) se ha adelantado sin previa consulta a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, en la Ley de Minería se excluye la explotación minera de la consulta. Lo anterior, se constituye en un retroceso ya que se desconocen las obligaciones internacionales adquiridas respecto a los pueblos indígenas.

Aunado a ello, un obstáculo a resaltar, es el desconocimiento del procedimiento establecido para la realización de la consulta, pues, aun cuando la Ley de Hidrocarburos dispone que debe realizarse tanto previo a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, como antes de la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental, en la práctica, en la mayoría de los casos se adelanta solo en el segundo de los momentos mencionados. De este modo, a pesar de contar con una legislación positiva, su falta de aplicación limita la capacidad de incidencia de los pueblos indígenas en el proyecto, y la reduce principalmente a aspectos ambientales y compensatorios.

Conforme a lo anterior, se considera que en lo normativo, Bolivia, a pesar ser el país más garantista en lo que refiere a la Consulta, adopte un procedimiento legal para la aplicación y el ejercicio del derecho a la consulta previa, esto en aras de llenar los vacíos existentes y poner fin a la dispersión procedimental existente dado que se generan contradicciones entre una y otra; ello si se tiene en cuenta que a pesar que la actual Constitución incorpora a lo largo de todo el texto los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, especialmente el referido a la Consulta previa obligatoria, en la aplicación existe contradicción entre lo consagrado en el texto constitucional y la Ley de Hidrocarburos frente a lo dispuesto en la Ley de Régimen Electoral, en la cual se indica que los resultados obtenidos de la Consulta deben ser tenidos en cuenta, mas no son vinculantes, generando con ello inseguridad jurídica y desconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas.

B. PERÚ Y LA CONSULTA PREVIA PARA CAMPESINOS

El artículo 2° de la Constitución Política del Perú, promulgada en 1993, reconoce en sus numerales 17 y 19, la participación, junto a la identidad étnica y cultural, como derechos fundamentales de la persona, y en virtud de este último numeral, el Estado Peruano se compromete a reconocer y proteger “la pluralidad étnica y cultural de la Nación” y con ello, la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y las Nativas.

En este caso, el artículo 89 de la citada norma superior, consagra la existencia legal y la personería jurídica que ostentan las Comunidades Campesinas y las Nativas. Así, se las proclama como autónomas en su organización, trabajo comunal y en el uso y disposición de sus tierras (las cuales son imprescriptibles, salvo si se dejan en el abandono³⁸), así como en lo económico y administrativo, dentro del marco legal establecido. Por su parte, el artículo 149 constitucional, otorga funciones jurisdiccionales a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, dentro de su ámbito territorial, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

El Código Civil del Perú (Decreto Legislativo No. 295 de 1984), define a dichas comunidades, como organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales, que están reguladas por legislación especial (art. 134). Siendo esta norma especial, la Ley No. 24656 o Ley General de Comunidades Campesinas (LGCC) de 1987, la cual precisa que, están formadas por “familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua [...]” (art. 2).

Perú, es uno de los países con mayor diversidad étnica y cultural en América Latina, pues “cuenta con una de las poblaciones indígenas más numerosas de Sudamérica”. De acuerdo con el censo nacional, “un estimado del 40 por ciento sostiene descender de pueblos originarios andinos o amazónicos, y el 15.6 por ciento expresa que habla una lengua materna indígena”³⁹. Sin embargo, como en otros países latinoamericanos, son poblaciones vulnerables, y a quienes se les ha negado el reconocimiento de derechos políticos, económicos y sociales.

En virtud de lo anterior, Perú aprobó mediante Resolución Legislativa No. 26253 del 2 de diciembre de 1993, el Convenio No. 169 de la OIT, el cual fue ratificado en 1994 y en vigor en el Estado Peruano, desde febrero de 1995. Convenio que, acorde con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, tiene rango constitucional e informa la interpretación de toda la pirámide jurídica nacional⁴⁰.

38

Según la Ley General de Comunidades Campesinas, artículo 7°, también son inembargables e inalienables. Pero susceptibles de expropiación por el Estado.

39

Sanborn, Cynthia A. & Paredes Álvaro. Informe CONSULTA PREVIA: PERÚ. AMERICAS QUARTERLY. La versión original de este informe fue escrita en inglés. Sin fecha. P 2. Disponible en: <http://www.as-coa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf>

40

Guevara, Gil Armando. El Derecho oficial frente a la gestión indígena y campesina del agua en el Perú. Con la colaboración de: Su Wand R. Fong, Patricia Urteaga Crovetto, Iván Vera Dávila, Lourdes Loayza, y Gustavo Zambrano. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Disponible en: <http://www.cepal.org/drni/proyectos/walir/doc/walir7.pdf>

A pesar de tal ratificación, la entrada en vigencia del Convenio 169, fue solo hasta el año 2011, cuando se promulgó la Ley No. 29785 o Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (LCP), que también incluye, mediante su asimilación, a comunidades campesinas, como se verá. Norma que fue producto del conflicto social iniciado en el 2008, año en el cual se expidieron dos decretos que amenazaban los modos de vida indígena sin consulta previa, finalmente derogados; pero que terminó en el 2009, con la muerte de 33 personas, “200 heridos y 83 personas bajo arresto”, en el conocido “Baguazo”⁴¹.

Así, en el caso de Perú, la “consulta previa a los pueblos indígenas fue lanzada como una propuesta del nuevo gobierno para reafirmar una cultura de diálogo intercultural, que permitiera reducir la conflictividad creciente en el país”⁴². Sumado a lo anterior, la LCP fue reglamentada mediante el Decreto Supremo No. 001-2012-MC. La importancia de estas normas en el país, radica en que posicionan a Perú, como el primer país en Latinoamérica que regula la consulta previa a través de una ley nacional, lo cual le diferencia del caso colombiano, el cual carece de la misma. Normas sobre las cuales se hará referencia seguidamente.

¿Qué se consulta? Según el artículo 2° de la LCP, se debe hacer la consulta previa, frente a “las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente” los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También, respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. Igualmente, según el artículo 6° Título II del Decreto Supremo No.. 001-2012-MC, cuando se vaya a facultar el inicio de exploración o explotación de recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas. Cuando excepcionalmente, estos grupos, deban ser trasladados de las tierras que ocupan, se aplicará el artículo 16 del Convenio; y en caso de almacenamiento o disposición final de materiales peligrosos, en sus tierras, o se trate de medidas administrativas que autoricen dichas actividades – en contraposición a Colombia, donde sí se requiere el consentimiento del pueblo étnicos que se trate-, procede con el consentimiento de las autoridades titulares, previa entrega de información a dichas comunidades.

Tal afectación directa, se entiende que existe, cuando “contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos” (literal b del art. 3 Título I del Decreto Supremo No. 001-2012-MC), tales como la identidad cultural; la participación de los pueblos

41

Banco Mundial. 2016. La consulta previa en el Perú: aprendizajes y desafíos. Washington, D.C.: Banco Mundial. Licencia: Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO. P 29. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/164661472713448678/pdf/108118-SPANISH-WP-PUBLIC-SPANISH-ABSTRACT-EMAILED.pdf>

42

Ibidem.

indígenas; la consulta; la tierra y el territorio en su ámbito geográfico y que usan tradicionalmente, (literal f del art. 3 Título I del Decreto Supremo No. 001-2012-MC).

¿A quién se consulta? A los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos puedan verse afectados de forma directa (art. 5° LCP), a través de sus instituciones y organizaciones representativas (art. 6° LCP), pero en caso de que estas no existan, no debe ser un impedimento para realizar la consulta previa (Numeral 10.3 del art. 10 Título II Decreto Supremo No. 001-2012-MC). Al mismo tiempo, el artículo 7° de la LCP, amplía y extiende el espectro de protección para campesinos, así: “Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios”. Ello, producto de la visión “campesinista”, del indígena, instaurada en este país, desde la reforma agraria de 1969 promovida por el Gobierno de Juan Velasco Alvarado (1968-1975). Lo cual, “llevó a sustituir de manera oficial el nombre de las “comunidades indígenas” (reconocidas por primera vez en la Constitución de 1920) por el de “comunidades campesinas”⁴³, una noción adoptada durante décadas por las mismas comunidades y que predominó entre la población originaria hasta inicios de la década pasada, para posteriormente, ser identificados como grupos diferenciados y “con particularidades culturales derivadas de las poblaciones que habitaron el territorio antes de la colonización europea”⁴⁴, principalmente a partir de la expedición de la LCP.

Cabe añadir que, estos grupos, serán identificados, por la entidad promotora de la medida (art. 10 LCP), según criterios objetivos -descendencia, vínculos espirituales e históricos con el territorio, costumbres e instituciones propias y patrones culturales diferenciados-; y subjetivos -identificarse como indígena u originario-, definidos en el artículo 7° de la LCP y según lo señalado en el Convenio 169.

¿Quién la implementa? Está a cargo únicamente del Estado (art. 2 LCP). Específicamente, en cabeza de la entidad competente para emitir la medida legislativa o administrativa relacionada directamente con los derechos de los pueblos indígenas u originarios (art. 17 LCP).

¿En qué consiste el proceso de consulta previa? De conformidad con el artículo 8° de la LCP, se deben cumplir mínimamente las siguientes etapas, las cuales serán

43

Banco Mundial. 2016. La consulta previa en el Perú: aprendizajes y desafíos. Washington, D.C.: Banco Mundial. Licencia: Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO. P 38. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/164661472713448678/pdf/108118-SPANISH-WP-PUBLIC-SPANISH-ABSTRACT-EMAILED.pdf>

44

Ibidem.

resumidas en apoyo del Informe del Banco Mundial junto al Ministerio de Cultura del Perú, del año 2016⁴⁵:

a. Identificación de la medida. Las entidades promotoras identifican aquellas medidas administrativas o legislativas que, de ser aprobadas, pueden afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas o campesinos. Si es así, debe hacerse la consulta previa. Esta etapa no tiene un plazo definido.

b. Identificación de pueblos a ser consultados. Tarea asignada a la entidad promotora de la medida. Debe efectuarse de acuerdo a los criterios establecidos por la LCP ya mencionados y lo señalado en el Convenio 169. No tiene plazo definido.

c. Publicidad de la medida. Es la difusión de la medida a ser consultada y del Plan de Consulta, a cargo de la entidad promotora. Documentos que deben ser publicados en su página web. Aquí, tal entidad puede hacer reuniones preparatorias con las organizaciones de los pueblos indígenas o campesinos, a fin de informar la propuesta de plan de consulta (art. 15 Título III Decreto Supremo N°001-2012-MC), el cual debe contener, entre otros, aspectos como las “obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta”; los “plazos y el tiempo para consultar”; la metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas; mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso (art. 16 Título III Decreto Supremo N°001-2012-MC). Supone el arranque formal del proceso de consulta y, por tanto, los plazos comienzan a correr.

d. Información. La entidad promotora debe transmitir la información relevante a la medida a las organizaciones indígenas, asegurándose de que tengan información suficiente para emitir una opinión informada. La información debe ser culturalmente adaptada y tiene que propiciar que los pueblos indígenas conozcan los motivos, implicancias, afectaciones e impactos de la medida a consultar. Debe realizarse por un período de entre 30 y 60 días.

e. Evaluación interna. Los pueblos indígenas evalúan los alcances, incidencias, afectaciones e impactos que la medida administrativa o legislativa pueda ocasionar sobre sus derechos colectivos. El proceso terminará con la entrega de un documento de resultados de la evaluación, en un plazo no mayor de 30 días, si la comunidad está de acuerdo con la medida se termina el proceso de consulta, sino se inicia la etapa de diálogo. En caso de la no entrega del documento, se pasará a la de decisión. La entidad promotora puede prestar apoyo logístico y el Viceministerio de Interculturalidad, asesoramiento técnico a las organizaciones indígenas.

45

Ibidem.

f. Diálogo. Se concreta el diálogo intercultural entre la entidad promotora y los pueblos indígenas. Buscando el consentimiento y/o acuerdos sobre los aspectos de la medida que susciten diferencias. El diálogo culmina con un Acta de Consulta, que incluye los acuerdos (totales o parciales), desacuerdos y sus razones y deberá ser firmada. Los acuerdos a los que se llegue en esta etapa son de cumplimiento obligatorio para las partes, exigibles judicial y administrativamente. La duración de esta fase es de 30 días.

g. Decisión final respecto de la medida consultada. A cargo de la entidad promotora. La decisión debe respetar los acuerdos dados durante el proceso de diálogo. Si no hubiera acuerdo, debe decidir de manera motivada, garantizando el respeto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esta fase termina con la elaboración, por parte de la entidad promotora, de un informe final, que es enviado a las organizaciones indígenas consultadas y publicado en su portal web. No hay plazo señalado para el desarrollo de esta fase. Sin embargo, entre la etapa de publicidad, y la de diálogo, debe haber máximo 120 días.

¿Cuándo se consulta? Ni la LCP ni su reglamento, regulan algo al respecto.

Finalidad de la consulta. Alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios sobre la medida (art. 3 LCP).

Obligatoriedad del resultado de la consulta. De acuerdo con el artículo 15 de la LCP y el numeral 23.2 del artículo 23 Título III del Reglamento, el acuerdo es obligatorio para ambas partes. Sin embargo, no constituye derecho de veto de las comunidades indígenas o campesinas sobre la medida, pues como se adujo, la decisión final recae en la entidad promotora del Estado, haya acuerdo o no.

Una vez señalados los aspectos teóricos más relevantes de la consulta previa en Perú, es importante destacar otros elementos y consecuencias derivados de la aplicación de este mecanismo, pues, a pesar de haber sido regulado internamente, ello no ha impedido el surgimiento de debates e inconvenientes sobre la aplicación de este mecanismo de participación. Como: si debería o no haber derecho de veto en favor de las comunidades consultadas, o si la consulta previa es o no una forma de alejar la inversión privada de la economía del país (temor del Estado y particulares), en especial en lo atinente a la minería, puesto que, la exportación de minerales, constituye el núcleo de la economía nacional del Perú. Inclusive, los principales desacuerdos y conflictos sociales, tienen raíz en la preocupación del impacto que tiene la minería sobre el territorio. Asimismo, hay una importante colisión entre “proteger los distintos legados culturales y derechos de los pueblos originarios vulnerables” y “otros poderosos intereses económicos y políticos”⁴⁶. Lo cual, supone importantes retos para el Estado Peruano, susceptibles de discusión.

De la misma manera, dicha aplicación, ha dejado importantes aprendizajes, como el hecho de reconocer la importancia de la identidad cultural de las comunidades campesinas e indígenas y de sus derechos, y de generar un acercamiento por parte del Estado hacia las mismas. Además, la consulta previa puede ser un mecanismo de inclusión social e incluso, una forma de atraer la inversión privada, pues significa que el Estado tiene regulación en torno al tema social. Igualmente, el proceso de las consultas ha permitido lograr la consolidación de información sobre estas comunidades en bases de datos, con las cuales antes no se contaba y ha permitido, entre otros aspectos, reconocer la necesidad de capacitación y organización, tanto en las comunidades como en las autoridades estatales, frente a temas de la consulta previa realmente técnicos, la necesidad de educación e información adecuadas, el pluralismo cultural y la garantía de los derechos colectivos de estas poblaciones como muestra de buena fe a nivel internacional, entre otros elementos.

IV. ¿EXTENSIÓN DE LA CONSULTA PREVIA O FORTALECIMIENTO DE LA CONSULTA POPULAR?

Partiendo de los antecedentes históricos de Colombia, cuando se hace referencia a las comunidades campesinas y a los pueblos indígenas, de ningún modo se puede hacer indistintamente, en la medida que, las primeras se caracterizan por sus raíces mestizas, habitan en el campo y se proveen de las cosechas producidas en sus tierras; mientras que los segundos se destacan por descender de pueblos originarios indígenas o población india con rasgos culturales, históricos, económicos y antropológicos diferentes del mestizo; a lo cual se suma, la concepción de sujetos colectivos que el Constituyente de 1991 le proporcionó a los pueblos indígenas, cuyos derechos son protegidos de manera conjunta y que en razón al cumplimiento de las características de un pueblo étnico, según lo consagrado en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, además de otras garantías se les reconoce el derecho a la consulta previa, frente a decisiones de carácter legal y administrativas susceptibles de afectarles directamente, tales como las referidas a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios; lo cual marca la diferencia con las comunidades campesinas, ya que sus derechos son protegidos como sujetos individuales en razón a que no son reconocidos como comunidad o sujetos colectivos. Todo lo cual, dificulta en principio, para el caso colombiano, la extensión de la consulta previa -prevista para poblaciones étnicas, entre ellas los indígenas-, a comunidades campesinas.

Lo anterior, difiere a lo instituido en Perú y Bolivia, dado que son países en los cuales las poblaciones indígenas y campesinas se conciben jurídicamente como una unidad. En el caso de Perú, si bien la visión campesinista del indígena -como

Sanborn, Cynthia A. & Paredes Álvaro. Informe CONSULTA PREVIA: PERÚ. AMERICAS QUARTERLY. La versión original de este informe fue escrita en inglés. Sin fecha. P 2. Disponible en: <http://www.as-coa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf>

descendiente de los pobladores de estas tierras anteriores a la colonización europea-, referida en el apartado de la consulta previa en este país, ha ido superándose, trazando diferencias entre el campesino y el nativo; el ordenamiento jurídico peruano, incluso desde su Constitución, trata uniformemente a estos dos grupos poblacionales, reconociéndose a ambos existencia legal y personería jurídica, así como autonomía para su organización, uso y disposición de sus tierras.

Por su parte, en Bolivia aun cuando estos dos grupos en su definición y forma de organización son diferentes⁴⁷, en el ordenamiento jurídico son considerados como una unidad denominada “*pueblos indígenas originarios campesinos*” según lo consagrado en el artículo 30.I de la Constitución Boliviana que señala: “Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”, ello como resultado de una organización económica, social, jurídica y política que articula a todas las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y la población intercultural del campo y la ciudad, siendo deber del Estado Plurinacional el fortalecimiento de la integración de dichos cuerpos colectivos con los pueblos indígenas del mundo (Art. 265.II CPE).

Así las cosas, teniendo en cuenta lo planteado hasta aquí, al realizar el estudio de la posible extensión de la consulta previa que cobija a los pueblos étnicos, tribales y ROM conforme lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, ratificado mediante la Ley 21 de 1991 en el país, a las comunidades campesinas del país, implicaría: cambiar la concepción socio-cultural e histórica que se ha tenido tanto del campesino como de la población indígena al ver la necesidad, bajo esta visión, de concebirlos como sujetos colectivos con rasgos comunes identitarios que los definen como tales; habría que acudir a una reforma constitucional y legal que reconozca a los campesinos como sujetos colectivos al igual que los pueblos étnicos, tribales y ROM, lo que conllevaría a analizar los diversos impactos económicos y sociales que dichas reformas tienen para el país; se generarían conflictos entre las tradiciones, usos y costumbres de dichos grupos precisamente por las diferencias entre uno y otro; existiría un posible rechazo por parte de los empresarios e inversionistas privados y de miembros del Estado frente a la ampliación de la consulta previa para campesinos, pues supone la ampliación de la población que podría ser consultada, tal como ocurrió en Perú; habría la necesidad de crear un instrumento que permita la identificación y registro de los campesinos a quienes se les protegería con la consulta previa.

47

Aun cuando a partir de la Revolución de 1952 y la consecuente Reforma Agraria los campesinos emergieron como un sector homogéneo, en la actualidad se hace referencia a tres tipos de productores: campesino tradicional, productor especializado y productor agroindustrial.

Aunado a ello, otro aspecto a tener en cuenta es el referido a la financiación del trámite de la consulta popular y de la consulta previa. En el caso de esta última, en Colombia, a diferencia de lo que sucede en Perú y Bolivia, los costos son asumidos por las empresas interesadas en la exploración y explotación de recursos naturales de determinado territorio, lo cual abre la posibilidad del otorgamiento de beneficios en dinero o en especie a las autoridades del grupo objeto de la consulta, a efectos de que los resultados de la misma, fuesen favorables a los intereses de la empresa, violando con ello, la libre decisión del pueblo étnico, tribal o ROM de que se trate. Por su parte, en la consulta popular, la financiación depende de quién es la iniciativa, es decir, por parte de las autoridades de la entidad territorial o de la población campesina para el caso en concreto, sin lugar a la intervención de terceros con intereses de por medio, más allá del tema político, lo que constituye una garantía de confianza hacia la libre autodeterminación de la comunidad campesina.

La falta de regulación normativa en Colombia en torno al Derecho fundamental a la Consulta Previa, si bien ha permitido un amplísimo desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional (sin desconocer el papel garantista que ha cumplido en aras de salvaguardar los derechos de los pueblos referidos, a diferencia de lo que sucede en Perú y Bolivia), trae como consecuencia la inseguridad jurídica, en relación a las garantías que tienen las comunidades frente a las decisiones susceptibles de afectarles directamente, y que en la práctica quede a criterio del juez, resolver el caso conforme se presenta.

Lo anterior, se diferencia de los ordenamientos jurídicos de Bolivia y Perú, pues existen normas de carácter legal y reglamentario que regulan el tema, lo cual genera un marco de acción para los operadores jurídicos y las entidades estatales al momento de decidir o estudiar un caso de estas características. Ello, sería lo ideal en Colombia, no obstante, existe el riesgo que, con la expedición posterior de normas, la pretensión no sea garantizar el derecho a la consulta previa, sino limitar su ejercicio, en pro de favorecer intereses particulares y evitar la disminución de la inversión extranjera en el país.

Respecto a lo anterior, cabe resaltar que, la consulta popular, cuenta con regulación legal, y también con un reciente desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en los casos de su competencia. Lo cual permite mayor garantismo en comparación con el proporcionado por la consulta previa.

De otra parte, en lo concerniente a la obligatoriedad de estos instrumentos participativos, se tiene que, la decisión final que arroja la consulta previa carece de vinculatoriedad - tal como ocurre en Perú y posiblemente en Bolivia⁴⁸ como se indicó anteriormente-, con la salvedad realizada por la Corte Constitucional,

48

Dada la contradicción existente entre lo consagrado en la Constitución y la legislación vigente en torno a la obligatoriedad de los resultados de la consulta

donde, en casos excepcionales el consentimiento de las comunidades consultadas resulta indispensable esto es, en tratándose del traslado o desplazamiento de las comunidades; almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas, tribales o ROM; y cuando represente un alto impacto social, cultural y ambiental en estas comunidades, que conlleve a poner en riesgo su existencia. Diferenciándose de ello, la Consulta Popular, la cual, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 55 de la Ley 134 de 1994 está revestida de obligatoriedad, aspecto confirmado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su sección Cuarta, siendo ello una prerrogativa, con la que cuentan las comunidades campesinas participantes de la Consulta popular, lo cual supone una desventaja para la consulta previa con que cuentan los pueblos indígenas, afrodescendientes y ROM, al ser ésta una característica de vital importancia para su efectividad y el cumplimiento del fin pretendido con dicho mecanismo de participación. No obstante, recientemente dicha obligatoriedad ha sido desconocida por miembros del Gobierno Nacional y empresarios (nacionales y extranjeros) dedicados a la actividad extractiva, quienes únicamente resaltan los beneficios económicos que la minería otorga para el país, anteponen intereses particulares y de relaciones económicas internacionales sobre la autodeterminación de las comunidades, el derecho a un ambiente sano, el derecho a la participación y la vida e integridad, no solo de los habitantes de los territorios afectados con los proyectos extractivos, sino también de la comunidad en general.

Una de las desventajas que puede suscitar el resultado desfavorable a los intereses extractivos producto de la consulta popular, es que puede generar efectos adversos para la economía del país, debido a las posibles demandas que pueden sobrevenir por parte de las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales, en razón a la detención de proyectos extractivos en el territorio concedidos legalmente por el Estado, esto si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-035 de 2016 (fallo con el cual se proscribió la minería en páramos), no limita los efectos de las decisiones que amparan el medio ambiente, a futuro únicamente, pues son susceptibles de ser aplicadas incluso a proyectos mineros en curso⁴⁹, al prevalecer “un bien jurídico de mayor importancia constitucional”⁵⁰ como lo es el medio ambiente. En contraposición, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en fallo del 7 de diciembre de 2016⁵¹, afirmó que los efectos de dicho mecanismo son a futuro, es decir, no afectarían las licencias,

49

Rodríguez Garavito, César. Claridades de Cajamarca. Marzo 31, 2017. Publicado en: El Espectador. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/claridades-de-cajamarca/>.

50

Corte Constitucional. Sentencia C-035 del 8 de febrero de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

51

Ver Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta del Consejo de Estado en pronunciamiento del 14 de Febrero de 2017 con ponencia de la Dra. Rocio Araujo Oñate. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02396-01(AC)

contratos o trámites adelantados antes de celebrarse la consulta popular. De esta manera, lo anterior evidencia que, este, es un asunto todavía no resuelto ni claro y de actual debate, que dada la inseguridad que genera podría conllevar a que se adelanten medidas por parte de extranjeros contra el Estado.

Conforme lo manifestado anteriormente, se observa que, si bien el tema no está libre de debates, los aspectos analizados permiten apuntar hacia el fortalecimiento de la consulta popular, pues existen elementos históricos, económicos, políticos y culturales que impedirían la extensión de la consulta previa a campesinos, aunado al trato jurídico diferenciado otorgado a campesinos e indígenas. En el caso de los primeros, carecen de reconocimiento constitucional; mientras que los segundos, sí poseen reconocimiento constitucional y legal diferenciado. Además, las diferencias en mención y el rechazo al trato similar, podrían generar mayor conflicto social e institucional del que existe.

Igualmente, el hecho de que haya regulación legal de la consulta popular facilita la aplicación de la misma y permite mayor seguridad jurídica, aunado a ello, la vinculatoriedad del resultado, la cual, si bien ha sido cuestionada, en caso de aceptarse, es la mejor muestra de la materialización de la autodeterminación de un pueblo para decidir, según sus particularidades, el modo de vida que desea tener, más cuando la actividad extractiva de recursos naturales no renovables en sus territorios, supone el deterioro ambiental y el de las fuentes hídricas existentes -recurso vital para la existencia de las poblaciones dependientes de ellas-, e inclusive puede ocasionar su desplazamiento y cambios en las formas de vida, tanto cultural como económica.

Conforme lo anterior, sería conveniente el fortalecimiento de la consulta popular, para que las comunidades campesinas expresen su decisión en relación a los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios, y no la extensión de la consulta previa de acuerdo a los lineamientos del Convenio 169 de la OIT.

CONCLUSIONES

- Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país; de ahí radica la importancia que para dicho Estado tiene garantizar la autodeterminación de sus pueblos originarios campesinos, en lo que respecta a procesos de extracción en sus territorios, lo cual se exterioriza entre otros, a través de la Consulta Previa, mecanismo que además de ser consagrado por el Constituyente cuenta con una amplia normatividad y desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional. No obstante, es menester la expedición de una ley que recopile toda la normatividad vigente al respecto y en especial, y esté dirigida a aclarar la contradicción existente en la normatividad existente sobre la vinculatoriedad de los resultados de la Consulta Previa, a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica.

- La consulta previa a los pueblos nativos y campesinos peruanos surgió como propuesta gubernamental tendiente a promover una cultura de diálogo intercultural, entre estas poblaciones y el Estado, que permitiera solucionar la conflictividad creciente en el país, en razón a la imposición estatal de medidas de explotación de recursos naturales en los territorios habitados por estas poblaciones. Fruto del reconocimiento y de la regulación interna de la consulta, el Estado peruano, se caracteriza por ser el primer país en Latinoamérica que regula la consulta previa a través de normas nacionales. Sin embargo, la práctica no ha impedido el surgimiento de debates e inconvenientes sobre la aplicación de este mecanismo de participación. Aunque también ha evidenciado importantes aprendizajes para la población e institucionalidad peruanos, los cuales favorecen la implementación de estos mecanismos en países pluridiversos.
- A diferencia de la noción jurídica unificadora entre indígenas y campesinos en los Estados de Bolivia y Perú, producto de su historia, en Colombia desde tiempos pretéritos se ha presentado una marcada distinción entre los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, en razón a ello, las garantías concedidas a unos y otros, tienen en cuenta a los primeros como una unidad conformada bajo unos usos, tradiciones y costumbres específicos, que conllevaron al Constituyente de 1991 a darles la connotación de sujetos colectivos; lo cual no ocurre con las comunidades campesinas, las cuales han sido concebidas como poblaciones mestizas -al igual que el resto de la población colombiana-, con la particularidad de residir en el sector rural y explotar familiarmente el campo, pero sin tener el carácter de colectividad. Todo lo cual se ve reflejado a la hora de hacer uso de la Consulta Previa, ya que esta solo es aplicable en las decisiones que afecten a los pueblos indígenas.
- En Colombia, la extensión del Convenio 169 de la OIT para las comunidades campesinas, es un camino que se puede intentar, pero al final no tiene sentido hacerlo, dado que la Corte Constitucional en sus pronunciamientos terminó por fortalecer más la consulta popular que el desarrollo de la previa, esto teniendo en cuenta que, en últimas su fin no solo es la protección al medio ambiente sino garantizar la autodeterminación de los pueblos. Además, su carácter vinculante le brinda mayores garantías a las organizaciones campesinas, lo que no sucede con la consulta previa que cobija a los pueblos indígenas, tribales y ROM, y mediante la cual en aras de garantizar la “autodeterminación” de estos sobre sus territorios, lo que en realidad termina es imponiendo el proyecto.
- Si bien ninguno de los instrumentos aquí estudiados, poseen una estructura teórica completa y perfecta, se destaca que ambos apuntan a fines similares, esto es, respetar el sentir de las personas a vivir sanamente en

su territorio y según sus tradiciones, usos y costumbres, de acuerdo a ello, cada uno tiene sus fortalezas y desventajas, aunque son útiles para las diversas comunidades. Sin embargo, en aras de garantizar la autonomía y autodeterminación de las comunidades campesinas frente a los proyectos extractivos, se observa que la consulta popular sería más proteccionista, principalmente por su carácter obligatorio, pues la decisión tomada por la población, tendría que ser respetada y sería vinculante para el Estado Colombiano. A pesar de ello, dado que a la consulta popular ha sido aplicada recientemente, subsiste el temor y riesgo de que, sea regulada posteriormente, limitando su materialización y garantismo, precisamente por el choque evidente con intereses económicos y políticos. Aunado a ello, la discusión sobre la obligatoriedad del resultado persiste, dependiendo de la postura que se sostenga, lo cual dificulta sostener tajantemente que la consulta popular es el camino más adecuado de resistencia y autodeterminación de los campesinos en Colombia frente a actividades extractivas de recursos naturales no renovables.

- Aunque, es posible inclinarse, como se recalcó, por la consulta popular en razón a la obligatoriedad de la misma en Colombia. Lo cierto es que, el Estado debe re-pensar la aplicación del principio democrático y la participación popular en sus políticas públicas, entre ellas, la económica, pues su ejercicio puede ocasionar consecuencias nefastas para el territorio y la población que allí habita, como con la extracción de recursos naturales. Además, porque, a mediano y largo plazo, pueden afectar la existencia de todos los habitantes del país, ello permitirá, evitar o menguar el conflicto social, en cualquier caso, lo cual, a su vez, conserva y atrae la inversión privada; y generar seguridad jurídica y confianza en la institucionalidad del Estado, al salvaguardar la soberanía popular, la autonomía y la autodeterminación; entre otros. Así, la garantía de estos principios/derechos, en un Estado, evidenciará mejores relaciones entre este y los miembros (individuales o colectivos) que lo conforman.