

Mesa temática Día 1. Ponencia:

“Experiencias de las Defensorías del Pueblo en la Defensa del Derecho a la Consulta Previa”

**EL ROL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA EN LA
REIVINDICACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.**

Jorge Armando Otálora Gómez
Defensor del Pueblo – Colombia.

Presentación

Muy buenos días a todas y todos las asistentes y participantes en este encuentro internacional. Antes de empezar, quiero agradecer la invitación a este espacio diseñado para debatir y analizar un tema tan relevante para los países de América Latina como es la consulta previa. Usualmente, las discusiones sobre la consulta se reducen a la presentación de la tensión existente entre el desarrollo económico de las naciones y la defensa de la supervivencia de los pueblos indígenas y otros grupos étnicos. Sin embargo, como intentaré mostrar a través de esta presentación, la reflexión sobre la consulta previa encierra otra serie de conflictos de carácter jurídico, político y social que involucran cuestiones operativas que también merecen especial atención y un alto compromiso por parte de las instituciones de los Estados encargadas de la promoción y protección de los derechos.

En esa dirección, la ponencia que presentaré a continuación tiene como propósito específico compartir con ustedes cuál ha sido el papel que ha jugado la Defensoría del Pueblo en la reivindicación de este derecho en Colombia. Para cumplir con este objetivo, he dividido la ponencia en tres (3) partes: en la primera, haré una breve caracterización del contenido y alcance del derecho a la consulta previa en Colombia, de acuerdo con nuestros estándares normativos y jurisprudenciales. En la segunda parte describiré, en particular, los escenarios concretos en los que la Defensoría del Pueblo de Colombia ha participado activamente en la reivindicación del derecho a la consulta previa. En la tercera parte, quisiera discutir con ustedes algunos dilemas y obstáculos que, a pesar de los desarrollos normativos y jurisprudenciales, subsisten en nuestro sistema jurídico en relación con la implementación de la consulta previa.

Por último, terminaré esta presentación formulando unas consideraciones y reflexiones finales.

1. Sobre el contenido y alcance del derecho a la consulta previa en Colombia.

A diferencia del anterior régimen constitucional de 1886, que era claramente centralista y homogeneizante, nuestra Constitución Política de 1991 reconoce el carácter participativo y pluralista de la Nación así como su diversidad étnica y cultural. Una de las consecuencias de este cambio normativo está en el reconocimiento expreso, que nuestro ordenamiento jurídico hace frente a la existencia de derechos diferenciados de grupo en cabeza de los pueblos indígenas y de las comunidades negras y/o afrodescendientes.

El nuevo paradigma que incorpora la Constitución de 1991 se refleja en el principio de respeto a la integridad y diversidad étnica y cultural, del cual se deriva la protección de la riqueza cultural de la nación, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, la oficialidad de lenguas y dialectos de los grupos étnicos, el respeto a la identidad en materia educativa, la cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas y la protección del patrimonio arqueológico de la nación.

Específicamente, en relación con el derecho a la consulta previa, debemos destacar que la Constitución Política Colombiana no la menciona expresamente. Fue el legislador, por medio de la Ley 99 de 1993, quien se refirió en un primer momento a este mecanismo, al indicar la obligatoriedad de consultar previamente a las comunidades negras e indígenas respecto de la explotación de recursos naturales.

Sin embargo, su reconocimiento como derecho de carácter fundamental, ocurrió expresamente en el año de 1997, cuando la Corte Constitucional en la Sentencia SU-039 de 1997, manifestó que la consulta previa hace parte del “bloque de constitucionalidad”, en la medida que nuestro país es parte del Convenio 169 de la OIT que ingresó al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 21 de 1991. Desde este fallo, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que las disposiciones contenidas en el Convenio son aplicables directamente en el orden interno y que, además, constituyen un instrumento necesario la interpretación y aplicación de los derechos de los grupos étnicos en Colombia. En esa medida, y en virtud de la relación simbólica y espiritual que mantienen las comunidades con sus territorios colectivos, la Corte Constitucional ha expresado que el territorio colectivo es un derecho fundamental de los pueblos indígenas.

Ahora bien, aunque no se encuentra positivizado expresamente en nuestra Constitución, la Corte Constitucional ha indicado que la importancia de este derecho está relacionada con diversos mandatos, principios y valores que tienen jerarquía superior, tales como i) la concepción de la democracia participativa y pluralista, ii) el principio de igualdad, que se concreta, por una parte, en la prohibición de discriminación, y de otra, en la adopción de medidas especiales a favor de grupos vulnerables, ii) el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, y iii) la adopción de diversos compromisos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con los grupos étnicos.

La importancia y la consecuencia del reconocimiento del carácter fundamental de este derecho radica en que en Colombia, a partir de entonces, las comunidades afrodescendientes y los pueblos indígenas han podido exigir el derecho a la consulta previa acudiendo a la acción de tutela, que es un mecanismo judicial preferente y sumario, empleado para resolver controversias relacionadas con el respeto y garantía de derechos fundamentales.

Ahora bien, a medida que se han ido resolviendo un gran número de estas controversias, la jurisprudencia constitucional ha establecido importantes criterios respecto del alcance y contenido del derecho a la consulta. En concreto, nuestra jurisprudencia constitucional ha precisado que la consulta previa tiene como objetivo alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas sobre las medidas que las afecten directamente, las cuales pueden involucrar normas, políticas, planes y programas. Con este mecanismo se pretende asegurar la diversidad cultural como bien colectivo, toda vez que constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y negras así como para asegurar su subsistencia como grupo social.

Adicionalmente, nuestra jurisprudencia constitucional ha definido que la consulta previa, debe adelantarse bajo criterios de buena fe debe durante el desarrollo de la misma. Esto significa que la buena fe como principio debe guiar la actuación de las partes, como condición imprescindible para su entendimiento y confianza, así como para la eficacia de la consulta. Así mismo, la aplicación de este principio supone ponderar las circunstancias específicas de cada grupo étnico involucrado y la importancia para este del territorio y sus costumbres.

Una dimensión adicional que merece ser destacada frente a este tema, es que este derecho, cuando se relaciona con el uso de los recursos naturales y la protección del ambiente, no sólo protege las comunidades étnicas sino el territorio en el cual se

encuentran asentadas, es decir, también hace parte del interés general del pueblo colombiano. Hecha esta caracterización, ahora les hablaré acerca del trabajo de la Defensoría del Pueblo de Colombia en la promoción y defensa de este derecho.

2. El papel de la Defensoría en la reivindicación del derecho a la consulta previa

En Colombia, la Defensoría del Pueblo ha trabajado en tres (3) escenarios específicos en la promoción y defensa del derecho a la Consulta Previa: el *primero*, está relacionado con la interposición de acciones judiciales dirigidas a obtener la protección de este derecho. Para ilustrar esta dimensión del trabajo de la Defensoría, les hablaré de la sentencia SU-039 de 1997 debido a que se trata la demanda de tutela que generó el primer e histórico pronunciamiento de nuestra Corte Constitucional, respecto de la consulta previa. El *segundo* escenario de trabajo de la Defensoría del Pueblo en Colombia frente al tema de la consulta previa está relacionado, ya no con la elaboración de demandas, sino en la elaboración de conceptos y/o intervenciones ante la Corte Constitucional: de un lado, intervenciones en los procesos de tutela donde se estudian situaciones concretas y, de otro lado, en procesos de constitucionalidad, donde se ha cuestionado la validez de algunas normas por cuanto durante su trámite en el Congreso no respetaron los estándares requeridos para satisfacer este derecho. El *tercer* escenario o campo de acción tiene que ver con las tareas de interlocución y promoción de este derecho entre los actores interesados, esto es, los diferentes órganos del gobierno y las propias comunidades.

Ahora, antes de entrar a revisar los campos de trabajo mencionados, resulta importante recordar el marco de competencias constitucionales de la Defensoría en Colombia que los justifican. Al igual que ocurre en la mayoría de países de América Latina, la Defensoría del Pueblo en Colombia, tiene como función constitucional velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos (art 283). En desarrollo de lo anterior, la Ley 24 de 1992, estableció la organización y funcionamiento de la entidad, y consagró como una de las atribuciones del Defensor del Pueblo la de “velar por los derechos de las minorías étnicas” (art 9, numeral 20).

De acuerdo con lo anterior, se dispuso la creación de la Delegada para los Indígenas y las Minorías Étnicas. Dentro de sus funciones se destacan: i) la de realizar el seguimiento a los acuerdos celebrados entre los grupos étnicos y el Estado, con el fin de verificar su cumplimiento, ii) mediar en los conflictos internos e intraétnicos de las comunidades y pueblos que así lo requieran, y iii) elaborar informes de

diagnóstico de la situación de derechos humanos y de las políticas públicas correspondientes a los grupos étnicos y formular las recomendaciones correspondientes, mediante los informes y resoluciones defensoriales. Esta dependencia, es la que, en gran medida soporta el trabajo que a continuación describiré:

2.1. La participación de la Defensoría en la sentencia SU-039 de 1997.

Uno de los escenarios de participación de la Defensoría que resulta emblemático y merece ser destacado por su importancia, se refiere a la interposición de la tutela que terminó con la sentencia SU-039 de 1997 de la Corte Constitucional. En este caso, una empresa de explotación de hidrocarburos pretendía adelantar una exploración sísmica en el territorio habitados por personas pertenecientes al pueblo indígena U'wa.

Esta situación llevó a que el Defensor del Pueblo de aquel entonces interpusiera una acción de tutela en representación de varios miembros de este pueblo, para exigir la protección de sus derechos fundamentales con ocasión de las exploraciones sísmicas que se pretendían adelantar. La Defensoría argumentó que la expedición de la licencia ambiental para efectuar tales exploraciones no era procedente en vista de que no se había efectuado el proceso de consulta previa con arreglo a la Constitución, al Convenio 169 de la OIT y a la ley.

La discusión jurídica se centró especialmente sobre los requisitos que deben agotarse en el proceso de consulta previa adelantada con los pueblos indígenas, para expedir una licencia ambiental para la explotación de recursos naturales en sus territorios.

La Corte Constitucional tomó su decisión con base en los argumentos expuestos por la Defensoría y caracterizó el derecho a la consulta previa, por primera vez, como un derecho fundamental y fijó los requisitos que deben tenerse en cuenta en los procesos de consulta, cuyo contenido se vio reflejado luego en el texto del Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa. Los siguientes son los requisitos establecidos en la sentencia:

“a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la

base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”.

La Corte señaló que cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena, y que en todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

Esta acción de tutela culminó de forma exitosa a favor de la comunidad indígena y se erigió como un precedente relevante en cuanto a la caracterización del derecho a la consulta previa como un derecho fundamental y respecto de los requisitos que deben tenerse en cuenta a la hora de adelantar los procesos de consulta previa.

2.2 La intervención de la Defensoría en procesos surtidos ante la Corte Constitucional

El segundo espacio en el cual la Defensoría ha participado en la reivindicación del derecho a la consulta previa, es el referente a la intervención en los procesos surtidos ante la Corte Constitucional.

Sobre el particular, me permito precisar que nuestra Corte Constitucional se ocupa de dos tipos de procesos en particular: (i) acciones públicas de inconstitucionalidad dirigidas, en general, contra las leyes que se adoptan contrariando la Constitución por vicios de fondo y por vicios de trámite, y (ii) sentencias de revisión de fallos de tutela en los que estudia situaciones o casos concretos donde se reclama la protección de derechos fundamentales.

En Colombia, la Corte Constitucional ha proferido 18 sentencias de tutela, y 31 sentencias de inconstitucionalidad relacionadas, específicamente, con el tema de consulta previa.

Sobre el particular, y a modo de ilustración, he escogido los casos más representativos en los cuales la Defensoría ha intervenido. Como verán, en algunos la gestión de la Defensoría ha resultado exitosa, mientras que en otros, su poder de persuasión en la Corte se ha visto limitado:

En primer lugar, me ocuparé de los casos referentes a las acciones de tutela. Un caso que merece ser destacado es el referente a la sentencia **T-769 de 2009**. En esta oportunidad, la Defensoría intervino como coadyuvante, solicitando el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa, la participación y la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y afrodescendientes, con ocasión de las actividades de explotación y exploración minera que se adelantaban en los Departamentos de Antioquia y Chocó.

La entidad argumentó que las comunidades no fueron consultadas, a pesar que el proyecto minero las afectaba directamente. La acción de tutela resultó favorable a los intereses de dichos grupos, por lo cual la Corte Constitucional protegió sus derechos fundamentales y ordenó la suspensión del proyecto en cuestión con miras a rehacer y extender la consulta previa a las comunidades afectadas.

El otro caso importante es el referenciado en la Sentencia **T-601 de 2011**. En esta oportunidad, el resguardo indígena del Municipio de San Lorenzo, interpuso una acción de tutela con el fin de que sean restablecidos los derechos fundamentales a la supervivencia, a la autonomía, a la integridad étnica, social, cultural y económica del cabildo, supuestamente vulnerados en razón del impulso y apoyo dado a las juntas de acción comunal dentro del territorio.

La Defensoría intervino dentro del proceso, indicando que las Juntas de Acción Comunal como instituciones ajenas a la estructura organizativa de las Comunidades Indígenas pueden llegar a generar graves conflictos internos que ponen en riesgo la integridad socioeconómica, cultural y política de los pueblos indígenas. La entidad recomendó que la decisión de fondo que proteja los derechos fundamentales de la comunidad accionante, se haga extensiva a otras comunidades étnicas del país que se encuentran en la misma situación, con el fin de salvaguardar la identidad étnica y cultural ante la injerencia de actores externos que inciden en el desarrollo propio de los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional manifestó que la constitución de juntas de acción comunal dentro de los territorios de los resguardos indígenas, sólo era admisible siempre y cuando sea garantizado el proceso de consulta previa, pues de lo contrario se vería seriamente afectada la existencia de las comunidades indígenas y, por consecuencia, el principio constitucional de diversidad étnica y cultural.

En esa medida, el alto tribunal protegió los derechos fundamentales de la comunidad y ordenó suspender el funcionamiento de las juntas de acción comunal, hasta tanto no se efectuara la consulta previa.

Ahora bien, en lo referente a los procesos de constitucionalidad, me permito señalar los siguientes casos en los cuales la Defensoría intervino durante el proceso surtido ante la Corte.

Uno de ellos tuvo lugar durante el proceso de constitucionalidad de la sentencia **C-891 de 2002**, referente al Código de Minas. En esta oportunidad, los demandantes consideraban que aquél estatuto minero contenía diversas normas relacionadas con la exploración y explotación de recursos en zona minera indígena, por lo cual debía ser consultado con dichas comunidades.

La entidad intervino en el caso apoyando los argumentos de los demandantes. La entidad argumentó que para la expedición del Estatuto Minero no se verificó la consulta previa, lo cual conllevó a que los representantes de las comunidades interesadas no pudieran intervenir, circunstancia que supuso un desconocimiento de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

Por su parte, el tribunal constitucional indicó que el derecho de consulta indígena no es absoluto, “pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito *sine qua non* para radicar el proyecto del ley. A decir verdad, la irreductible exigencia de un tal acuerdo sólo haría nugatoria la iniciativa legislativa del Ejecutivo en la materia vista.”

La Corte precisó que: “por principio general el Gobierno está obligado a propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación en los asuntos que afecten a las comunidades indígenas. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo con estas últimas,

no tiene por qué frenarse el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre en el caso minero.”

Por lo anterior, el tribunal constitucional no encontró ningún reproche constitucional frente al proceso de consulta que se surtió en relación con la expedición de la ley demandada, por cuanto los canales de participación indígena fueron razonables y suficientes, a pesar de no haberse podido llegar a un acuerdo entre los interlocutores. Así las cosas, la Corte manifestó que se respetó cabalmente el principio de participación y el derecho fundamental de consulta que tienen los pueblos indígenas respecto de la explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios.

El otro caso que merece ser tenido en cuenta es el referente a la Sentencia **C-196 de 2012**. En esta oportunidad, la Corte estudió la ley que adoptaba el “Convenio Internacional de Maderas Tropicales, suscrito en Ginebra en el 2006”, cuyo objeto era promover la expansión y diversificación del comercio internacional de maderas tropicales de bosques ordenados de forma sostenible y aprovechados legalmente y promover la ordenación sostenible de los bosques productores de maderas tropicales.

La Defensoría intervino manifestando que, si bien desde el punto de vista técnico, el Convenio resultaba congruente con los postulados ecológicos establecidos en la Constitución Política y las leyes que reglamentan la materia, debía verificarse si se tuvo en cuenta o no el derecho fundamental a la consulta previa del cual son titulares los grupos étnicos, en relación con cualquier decisión de naturaleza legislativa o administrativa que tenga la capacidad de afectarlos directamente.

La Corte Constitucional estimó que, si bien no se requería consulta previa respecto del referido Convenio, esta sí resultaba obligatoria en relación con las medidas legislativas, administrativas, acciones, planes, programas, proyectos u otras tareas emprendidas en el marco de la organización internacional que afecten directamente a una o más comunidades.

Otro caso que me permito exponer fue el de la sentencia **C-331 de 2012**. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional estudió una demanda contra la “Ley del Plan de Desarrollo 2010-2014”. Los demandantes consideraban que la ley debió ser consultada con las comunidades negras que ejercen la actividad minera, por cuanto la ley reglamentaba dicha actividad y la misma las afectaba directamente.

La Defensoría intervino, manifestando que si bien el proceso de consulta previa se llevo a cabo, debía verificarse si la misma se surtió con sujeción estricta a los parámetros, criterios y requisitos que han sido consolidados por la jurisprudencia constitucional a partir del Convenio 169 de la OIT y de las disposiciones constitucionales que garantizan y protegen la diversidad étnica y cultural, en particular, si se sujetó a los principios de buena fe y de oportunidad.

Por su parte, la Corte Constitucional estimó que la Ley en cuestión no debió someterse a la consulta previa de las comunidades étnicas, por cuanto se trata de una norma de carácter general que afecta a todos los ciudadanos por igual y debe aplicarse en todo el territorio nacional.

El último caso al cual haré referencia fue el que tuvo lugar en la sentencia **C-063 de 2010**. En este caso, el alto tribunal constitucional estudió una demanda contra una ley que establecía unas modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud. A juicio del demandante, la ley consagraba una norma que afectaba a la población indígena desplazada, y por ende debió ser sometida a consulta previa por parte de la comunidad.

La entidad intervino apoyando los argumentos de la demanda, precisando que la directa repercusión de las medidas sobre el sistema de protección social en salud sobre la población indígena desplazada hacía necesaria la realización de la consulta previa

La Corte Constitucional desestimó los argumentos de la demanda, al indicar que la norma acusada no pretendía regular específicamente una situación que afecte directamente a la población indígena, por lo cual no había que efectuarse la consulta previa.

2.3 Acompañamiento de la Defensoría del Pueblo

Como punto de partida me permito indicar que la Defensoría se ha erigido en un interlocutor válido ante las autoridades nacionales y locales para que la consulta previa se adelante con sujeción a la transparencia, al principio de buena fe, y tenga como propósito principal el respeto de los derechos de las comunidades étnicas. Lo anterior se ha reforzado en los últimos años, como quiera que la Corte Constitucional ha establecido como requisito de la consulta, la presencia y acompañamiento de la Defensoría del Pueblo.

Por otro lado, es de resaltar que la entidad ha revisado y conceptuado sobre los diferentes documentos relativos a la reglamentación de la consulta previa, presentados por el gobierno nacional. Especialmente se ha señalado que:

- i) Debe tenerse en cuenta que cada grupo étnico es diferente y que cada uno reviste específicas particularidades culturales, productivas y organizativas, las cuales se deben respetar.
- ii) Se debe incluir los principios fundamentales de los derechos colectivos de los grupos étnicos, y no limitar la reglamentación de la consulta previa a los grupos étnicos que el gobierno tiene inscritos en sus bases de datos, o sólo a los que tienen territorio titulado.
- iii) Se debe tener en cuenta las formas propias de representación de los grupos étnicos al interior de sus comunidades, y no solamente las instancias de representación de dichos grupos reconocidas por el gobierno nacional.
- iv) Debe reglamentarse el derecho a la consulta previa y no sólo regular los procedimientos de los diferentes procesos institucionales para la apertura de la consulta.

Ahora bien, en lo que se refiere a la divulgación y promoción de los derechos de los grupos étnicos, vale la pena destacar el “Protocolo para la Atención Especializada a Grupos Étnicos”, documento que fue elaborado por la entidad en el año 2011 y constituye una guía para impulsar el fortalecimiento de la atención especial y diferencial a los miembros de los grupos étnicos y, además, contribuir a la salvaguarda de los derechos colectivos, fundamentales e integrales de esta población, mediante trámites expeditos, eficaces y eficientes orientados a la superación de las causas que los ponen en riesgo o los vulneran .

Así mismo, la Defensoría estableció el “Observatorio de Justicia Constitucional (OJC)” como un programa institucional diseñado para divulgar el alcance de los derechos constitucionales y el contenido de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto se refiere a los grupos étnicos, el Observatorio ha elaborado un recuento juicioso y detallado sobre los principales pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con sus derechos, incluyendo el de la consulta previa.

3. Debates y dilemas que subsisten en torno a la consulta previa

En el país existen tres debates, donde las autoridades no han encontrado del todo una solución clara, al menos por el momento:

1. Especialmente, quiero aprovechar este escenario para someter a su consideración algunas limitaciones conceptuales que han impedido hasta el momento, en nuestro país, tener claridad sobre las metodologías que deben implementarse cuando se está en presencia de consulta previa a comunidades afrodescendientes. Al respecto, me permito indicar que el Gobierno expidió la Resolución 121 de 2012, con el objeto de convocar a los representantes legales de los consejos comunitarios de comunidades negras que cuentan con un territorio adjudicado, para que, en asambleas departamentales, eligieran los delegados que los representarían en los procesos de consulta destinados a definir el nuevo mecanismo de participación de esas comunidades.

No obstante lo anterior, han surgido inconvenientes toda vez que la convocatoria se dirige exclusivamente a los consejos comunitarios con título colectivo, lo cual supone una discriminación respecto de la población afrocolombiana que se encuentra en situación de desplazamiento y reside en zonas urbanas, y también respecto de aquella que aún no cuenta con un título colectivo.

En esa medida, resulta altamente problemático que justamente la Resolución que pretende definir el mecanismo mediante el cual se realizaría la consulta previa de los proyectos de ley, medidas administrativas y demás actos que afectarían a la población afrocolombiana, no tuviera en cuenta las realidades demográficas y generacionales de la totalidad de dicho colectivo racial.

Esta situación evidencia la diversidad y heterogeneidad que existe respecto de las comunidades afrocolombianas, circunstancia que obliga a las instituciones del Estado a efectuar un enfoque diferencial.

2.- Otro de los interrogantes que subsiste en relación con la consulta previa es si la misma constituye un poder de “veto” para las comunidades. Por un lado, la Corte Constitucional ha indicado que la consulta previa no implica un poder de veto, sino que la misma consiste en un proceso de diálogo y concertación en el que, si no se llega a un acuerdo, el Estado puede decidir cómo proceder, sin incurrir en arbitrariedades, sino de manera razonable y proporcional.

Por otro lado, algunas instancias internacionales han considerado que la consulta sí constituye un poder de veto. En el informe sobre la situación de derechos humanos

en el país durante el año 2012, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que, en el caso de los grupos que están en riesgo de extinción, la consulta previa es un mecanismo de veto, para garantizar su supervivencia.

Lo anterior demuestra que no existe uniformidad respecto del alcance de la consulta previa, circunstancia que puede dificultar y entorpecer su realización, y por consiguiente, los derechos de las comunidades étnicas.

3.- Por último, vale destacar que la práctica ha demostrado que en muchas ocasiones las comunidades desvían el sentido y objetivo preciso de la consulta. Esto se ha traducido en que la Consulta ha sido utilizada por algunas comunidades como el escenario para reivindicar derechos sociales y económicos que el Estado no ha otorgado a dichas comunidades.

En esa medida, la consulta ha sido concebida como la oportunidad ideal para canalizar exigencias y reclamos frente a la construcción y adecuación de acueductos, carreteras, escuelas, etc, circunstancia que desborda la discusión del proyecto o medida sometida a consulta, y que termina involucrando a las empresas privadas en temas que no les corresponden suplantando las verdaderas obligaciones a las que los Estados se encuentran sometidos.

4. Consideraciones finales

Para finalizar esta ponencia, me permito formular al auditorio algunas recomendaciones respecto de la consulta previa.

1.- Considero en primer lugar que la consulta previa debe contener una reglamentación clara. Si bien existe un debate en torno a si la misma debe someterse a una reglamentación detallada, o por el contrario, sujetarse a ciertos estándares generales, lo cierto es que el Estado Colombiano debe cumplir con la orden dispuesta por la Corte Constitucional en sentencia T-129 de 2011, en cuanto a la regulación y materialización de este derecho fundamental.

2.- Dicha regulación deberá sujetarse a los estándares internacionales así como a los criterios fijados por la Corte Constitucional, de forma tal que la misma se convierta en un instrumento de garantía y eficacia para la consulta previa, y no en un obstáculo para su realización. La Defensoría tiene un fuerte compromiso en velar que ello ocurra.

3. El establecimiento de reglas no debe impedir que se fijen procedimientos generales con miras a ponderar intereses contrapuestos revisando las particularidades de cada caso concreto.

4.- Por último, la Defensoría del Pueblo considera que podría plantearse y optimizarse la existencia de una etapa previa a la consulta propiamente dicha, donde las partes de común acuerdo definan la metodología mediante la cual van a adelantar la consulta así como la obligatoriedad de los preacuerdos fijados por las partes. Esto garantizaría la creación de un escenario de deliberación conjunta con vocación de concertación que promueva el diálogo entre los intervinientes. Lo anterior no sólo podría facilitar y agilizar la materialización de un proyecto determinado, sino que permitiría identificar de mejor forma las necesidades de cada situación concreta.

(frase de cierre)