

LA CONSULTA PREVIA: DILEMAS Y SOLUCIONES



*Lecciones del proceso
de construcción del decreto
de reparación y restitución
de tierras para pueblos indígenas
en Colombia*

**César Rodríguez Garavito
Natalia Orduz Salinas**



Reino de los Países Bajos

Documentos

 **DeJuSticia**
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad

Documentos

LA CONSULTA PREVIA: DILEMAS Y SOLUCIONES

*Lecciones del proceso
de construcción del decreto
de reparación y restitución
de tierras para pueblos
indígenas en Colombia*

César Rodríguez Garavito Profesor de la Universidad de los Andes
y miembro fundador de Dejusticia.

Natalia Orduz Salinas Investigadora de Dejusticia.

César Rodríguez Garavito
Natalia Orduz Salinas

Documentos Dejusticia

LA CONSULTA PREVIA: DILEMAS Y SOLUCIONES

Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación
y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia

Este trabajo se desarrolló gracias al apoyo del Reino de los Países Bajos.

ISBN: 978-958-57338-5-5

© Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia
Carrera 24 N° 34-61, Bogotá, D.C.
Teléfono: (57 1) 608 3605
Correo electrónico: info@dejusticia.org
<http://www.dejusticia.org>

Este texto puede ser descargado gratuitamente en <http://www.dejusticia.org>

Revisión de textos: Emma Ariza

Preprensa: Marta Rojas

Fotografías de cubierta: Luis Alejandro Delgado, Marta Rojas

Impreso por Ediciones Antropos

Bogotá, junio de 2012

La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades étnicas ha pasado a tener un lugar protagónico en el derecho y las sociedades latinoamericanas. Desde México hasta Argentina, pasando por Guatemala, Panamá, Colombia, Ecuador, Brasil, Perú y Bolivia se han multiplicado las leyes, reglamentos, litigios y disputas relacionadas con proyectos económicos o regulaciones que afectan a las comunidades étnicas y que, por tanto, deben ser sometidas al proceso de consulta creado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La consulta se ha convertido en el tema fundamental de los debates y las políticas sobre los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicos que han visto en ella una herramienta para contrarrestar el avance del legado de discriminación del que son víctimas.

Después de más de dos décadas de vigencia del Convenio 169 y varios años de expedición de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007, existe un consenso entre los pueblos, comunidades, entidades estatales y organizaciones no gubernamentales sobre la obligatoriedad de la consulta previa. Sin embargo, existe una notoria incertidumbre acerca de su significado práctico. ¿Qué pasos debe incluir la consulta? ¿Con quién se debe consultar? ¿Qué efecto tiene la consulta? Estas y otras preguntas siguen siendo muy discutidas, y existen pocas luces jurídicas y prácticas para responderlas.¹

La incertidumbre es evidente en relación con las consultas sobre proyectos económicos específicos (mineros, construcción de obras de infraestructura, etc.) que afectan a pueblos y comunidades étnicas. Pero es aún más marcada en relación con la consulta de leyes, decretos y otras

¹ Sobre estas preguntas y las respuestas del derecho internacional, véase Rodríguez Garavito, Morris, Orduz y Buriticá (2010).

normas que les atañen. En el caso de una ley, por ejemplo, ¿se debe consultar antes de la presentación del proyecto ante el Congreso? ¿O después de que el Congreso la haya aprobado, pero antes de que el Poder Ejecutivo la sancione? En el primer caso, ¿qué pasa si el texto consultado sufre modificaciones durante el debate parlamentario? En el segundo caso, ¿qué sucede si de la consulta surgen modificaciones al proyecto ya aprobado por el Congreso? Estas son solo algunas de las preguntas que ilustran los desafíos prácticos de la consulta que habría que dilucidar para hacer efectivo este derecho fundamental.

A la falta de directrices jurídicas detalladas se suma la escasez de procesos de consulta que puedan ser considerados ejemplares. Abundan los casos en los que se han desconocido los requisitos definitorios de la consulta, es decir que sea previa, libre e informada, pero brillan por su ausencia las buenas prácticas de los estados en la expedición de normas que afectan a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes.

Este documento busca reducir la incertidumbre jurídica y práctica de las consultas legislativas. Para ello, se concentra en el ámbito colombiano, en el que la jurisprudencia ha hecho avances considerables para elucidar algunas de las preguntas difíciles sobre la consulta. Y, en este mismo contexto, analiza con detenimiento un proceso legislativo que resulta ejemplar, al menos en comparación con la ausencia de consultas o la insuficiencia profunda de la gran mayoría de ellas. Se trata del proceso que, en 2011, dio lugar a la expedición de las normas con fuerza de ley sobre reparación y restitución de tierras a favor de los pueblos indígenas víctimas del conflicto armado y otras violaciones graves de sus derechos (Decreto Ley 4366 de 2011; en adelante, Decreto Ley).

El fin del documento es doble. De un lado, pretende documentar la experiencia de construcción y expedición de esta pieza legislativa fundamental para los pueblos indígenas y la justicia transicional en Colombia. De otro lado, extraer de él (y de la jurisprudencia y la práctica colombiana en general) algunos principios y reglas que pueden ser útiles para una regulación adecuada y garantista de la consulta, tanto en Colombia como en otros países.

Para alcanzar estos fines, dividimos el documento en cuatro secciones. En la primera, planteamos las preguntas centrales sobre la consulta de medidas legislativas y las orientaciones que ha dado el derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana para responderlas. En la segunda parte pasamos de analizar las preguntas jurídicas

a formular las preguntas y dilemas de la consulta previa en la práctica. En la tercera sección encaramos estas preguntas jurídicas y prácticas a través de un estudio detenido del proceso de construcción del mencionado Decreto Ley, que ofrece respuestas particularmente promisorias a dichas preguntas. En la última sección extraemos las conclusiones y las lecciones del estudio para futuras consultas, tanto en Colombia como en otros países de la región.

Los dilemas jurídicos: las preguntas y los lineamientos sobre la consulta previa de medidas legislativas

La consulta previa está definida de manera dispersa por normas y jurisprudencia internacional y colombiana que a su vez tienen diferentes niveles de obligatoriedad. Además de la dispersión normativa, la consulta previa está definida con parámetros muy generales, pero los detalles procedimentales no han sido desarrollados por las normas jurídicas internacionales ni nacionales. Una importante razón para ello, prevista por el mismo Convenio 169 de la OIT, es que cada Estado debe contar con cierta flexibilidad para definir los términos de las consultas de tal forma que puedan ajustarse a cada evento concreto y ser respetuosas de la diversidad cultural. En el caso de medidas legislativas, los parámetros esbozados en el ordenamiento constitucional colombiano ofrecen algunas luces, pero despiertan múltiples interrogantes.

Para hacer una breve descripción de los avances jurídicos más relevantes sobre consulta previa en medidas legislativas, revisaremos distintos pronunciamientos del ordenamiento constitucional al respecto: (i) las circunstancias en que es obligatorio realizarla, (ii) la oportunidad para hacerla, (iii) los participantes, (iv) el procedimiento y (v) los efectos de la consulta.

Circunstancias en las que se debe hacer consulta

La jurisprudencia constitucional colombiana coincide en afirmar que solo hay deber de realizar la consulta previa de una medida legislativa cuando sea susceptible de generar afectación directa en pueblos indígenas o comunidades afrocolombianas² en su calidad de tales.³ La Corte ha inten-

² Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008.

tado precisar esta regla al afirmar que hay afectación directa cuando la ley “altere el estatus de una persona o comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”.⁴ Este tribunal también señala que una ley puede afectar directamente a indígenas y afrocolombianos “cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos”,⁵ entre ellos, el derecho de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo,⁶ de preservar su cultura y la relación especial y colectiva con el territorio,⁷ entre otras.

La oportunidad de la consulta

La Corte también ha especificado los momentos en los que se debe llevar a cabo la consulta previa de medidas legislativas. En distintas sentencias ha indicado que debe ser con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso. La razón fundamental para ello es que una vez comience el trámite legislativo, las modificaciones a la norma estarán supeditadas al principio de unidad de materia, que restringe considerablemente la posibilidad de incidir en ella y cuya transgresión significa un vicio de constitucionalidad formal –motivo suficiente para que la Corte pueda declararla inconstitucional luego de expedida–.⁸ Sin embargo, al no estar regulada la consulta previa en Colombia, no hay directrices que protejan los acuerdos logrados en esta durante el trámite legislativo, en donde pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas solo cuentan con minorías.

Los participantes

Los estándares nacionales e internacionales de la consulta son unánimes en señalar que la consulta solo puede llevarse a cabo con los pueblos y organizaciones legítimamente representativas. En consultas sobre medidas con impactos locales, esta regla es más sencilla de seguir. Sin embargo, en consultas de leyes de alcance nacional, la situación es más compleja: ¿Con quién debe realizarse el proceso preconsultivo y la consulta previa? La Corte responde:

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008.
⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2011.
⁶ Convenio 169 y Sentencia C-030 de 2008.
⁷ Convenio 169 de la OIT.
⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2011.

[habría que acudir] a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta. [...]. Parecería necesario que, en tal caso, el Gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes.

La consulta previa, en todo caso, debe llevarse a cabo con los pueblos (sus autoridades legítimas) y las organizaciones representativas.

El procedimiento

Aunque está definido que la consulta debe ser previa al trámite legislativo, hay poca claridad sobre las etapas del proceso. La Corte ha tendido a dictar parámetros muy generales y a establecer medidas referidas solo para el caso concreto que examina. En lo que sí ha hecho énfasis es en la necesidad de llevar a cabo un proceso preconsultivo, es decir, un diálogo anterior a la consulta misma en el que se definan los términos del proceso.⁹ Los detalles procedimentales quedan entonces relegados a lo que se defina en el proceso preconsultivo.

Sin embargo, sí existen algunos requisitos mínimos. Entre otros, que la consulta debe ser libre, es decir sin ningún tipo de coacción ni presión. Además, el Gobierno deberá proveer a los pueblos toda la información relacionada con la medida y cómo serán afectados por ella. La consulta debe realizarse de buena fe, es decir que su real finalidad no es cumplir con un requisito administrativo, sino llegar a acuerdos sustantivos y a entendimientos.

La consulta previa, según ha sido definida por la Corte Constitucional, “es un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”,¹⁰ de acuerdo con sus prioridades con respecto a su proceso de desarrollo,¹¹ así como para garantizar el reconocimiento y protección de la diversidad cultural y étnica de la nación.¹²

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-208 de 2007.
¹⁰ Corte Constitucional, C-418 de 2002.
¹¹ Convenio 169 de la OIT y Sentencia C-030 de 2009.
¹² Corte Constitucional, C-175 de 2008 y Constitución Política, artículo 7.

De manera que la consulta no es un fin en sí mismo, sino un medio para proteger los derechos a la existencia, a la vida, a la participación e incluso, en algunos contextos, a no ser desplazados de los territorios.¹³

Los efectos

En relación con este punto, hay que distinguir dos casos. De un lado, aquel en el que, existiendo la obligación de realizar la consulta, las autoridades gubernamentales no la llevan a cabo, o la hacen sin cumplir los requisitos mínimos señalados. De otro lado, está el caso en el que, a pesar de hacerse la consulta y cumplirse los requisitos, el proceso desemboca en un desacuerdo entre las partes.

En cuanto al primer caso (la ausencia de consulta previa o una consulta deficiente sobre medidas legislativas), la Corte ha desarrollado una jurisprudencia clara y consistente, que la ha llevado a declarar inconstitucionales las leyes expedidas con estos vacíos. Por esta razón, por ejemplo, declaró inexecutable íntegramente la Ley Forestal, pues, a pesar de su carácter general, las medidas que contemplaba afectaban directamente a las comunidades y sus territorios (Sentencia C-030 de 2008). Asimismo, en la Sentencia C-175 de 2009, declaró inexecutable el Estatuto de Desarrollo Rural porque la regulación de la propiedad agraria “es un asunto especial para la definición de la identidad” de los pueblos indígenas. De igual forma, por ausencia de consulta previa, consideró inconstitucional la Reforma al Código de Minas, pero, con el fin de proteger algunas disposiciones del mismo que favorecían el ambiente, su expulsión del ordenamiento quedó aplazada por dos años. El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 fue demandado también por ausencia de consulta previa. En este caso, la Corte encontró que no todo el Plan afectaba directamente a los pueblos indígenas y comunidades negras, pero algunos proyectos y planes sí lo hacían. En consecuencia, decidió suspenderlos en tanto se realizara la consulta previa.

El Convenio 169 señala que la finalidad de cada proceso es lograr un acuerdo o el consentimiento sobre las medidas consultadas. Existe, sin embargo, una controversia intensa sobre cuál es la consecuencia de no llegar a acuerdos durante la consulta previa. La Corte Constitucional en algunas ocasiones señaló que es el Gobierno el que debe tomar la decisión final, siempre de manera ponderada:

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. 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.

Sin embargo, recientemente, la Corte ha fijado las reglas para casos en que el consentimiento de los pueblos es necesario. Este importante giro inició en el campo internacional, cuando, en 2007, la Asamblea General adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en donde se establece que las consultas se celebrarán con estas comunidades “a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. La Declaración respalda el alcance del consentimiento cuando dispone que siempre habrá lugar a la reparación cuando sus territorios hayan sido “confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”. A pesar de que las declaraciones por sí mismas no son vinculantes, el derecho al consentimiento ha comenzado a ser exigido por las Cortes. La Corte Constitucional colombiana retomó en 2009 la primera aplicación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) hizo del consentimiento libre, previo e informado. Afirmó que:

[cuando] se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.¹⁴

13 Corte Constitucional, C-461 de 2009.

14 Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009.

Más adelante, la Corte Constitucional precisó el alcance del consentimiento a medidas “cuya magnitud [tenga] la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida” y “representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma”. Por ejemplo, que impliquen un traslado o desplazamiento o el vertimiento o almacenamiento de desechos tóxicos en territorio indígena o afrocolombiano.¹⁵

El anterior recuento ofrece un panorama de las pautas jurídicas generales que rigen las consultas previas de medidas legislativas. Como se ve, ofrecen una guía valiosa, pero dejan abiertos detalles fundamentales en la práctica. A esta dificultad se suma el hecho de que las circunstancias reales en las que se dan las consultas distan mucho de las condiciones de deliberación y diálogo previstas en las normas y la jurisprudencia. Por esto, además del estudio jurídico, se requiere un análisis de los desafíos de la consulta en la práctica, y de experiencias concretas –como la consulta del Decreto Ley de reparaciones y restituciones a pueblos indígenas en Colombia– que los hayan sorteado con relativo éxito.

A este análisis de la consulta en acción está dedicado el resto de este documento. En la siguiente sección delineamos los dilemas prácticos de la consulta, y en las posteriores documentamos con detalle el proceso de construcción del Decreto Ley.

Los dilemas prácticos: las condiciones de posibilidad para una consulta genuina

Para que las consultas sean verdaderamente previas, libres e informadas es indispensable traducir las directrices jurídicas a las circunstancias reales en las que ocurren los procesos de consulta. Lejos de asemejarse a las condiciones ideales de deliberación abierta y diálogo horizontal y libre que asumen las normas jurídicas, en la práctica, las consultas tienen lugar en contextos marcados por la violencia, la desigualdad y la desinformación (Rodríguez Garavito 2012). Como lo han documentado la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC 2010) y la Corte Constitucional (Auto 004 de 2009), la vida diaria de los pueblos indígenas está atravesada por el desplazamiento forzoso, la presión de empresarios legales e ilegales que ambicionan los territorios que pueblos y comunidades indígenas han habitado ancestralmente, los intentos de cooptación de sus organi-

zaciones políticas por parte del Estado y otros factores que erosionan las condiciones mínimas para que los pueblos y sus organizaciones entren, en igualdad de condiciones, en diálogo con el Gobierno y otros actores durante procesos de consulta. Por ejemplo, son varios los casos de consultas hechas con pueblos cuyos líderes han sido previamente desplazados de sus territorios por actores armados ilegales, y cuyos miembros también han sido desarraigados o intimidados. A estas circunstancias se suman las desventajas estructurales de una población que ha sido víctima de varios siglos de despojo, aculturación forzosa y discriminación.

En este contexto, para que las reglas jurídicas sobre la consulta tengan sentido e impacto, se requieren unas condiciones fácticas básicas. A estas las llamamos *condiciones de posibilidad de la consulta*, esto es, principios prácticos que contrarresten los obstáculos centrales para una consulta genuina.

Con base en la observación participativa de más de una docena de procesos de consulta en Colombia y otros países de la región, formulamos tres condiciones de posibilidad, asociadas con sendos obstáculos. La primera barrera empírica de las consultas es la profunda asimetría de poder entre los pueblos indígenas y sus interlocutores (el Estado y las empresas en consultas sobre proyectos económicos concretos, y el Estado en consultas sobre medidas legislativas). Las diferencias de poder son múltiples, desde la notoria brecha de acceso a información relevante hasta las obvias asimetrías de recursos económicos, pasando por las diferencias relacionadas con las condiciones de seguridad de las partes, la asesoría profesional con la que cuentan y su capacidad para persistir en el proceso, a pesar de los costos, demoras y otras dificultades.

Frente a esta realidad, la primera condición de posibilidad es la existencia de *mecanismos de contrapeso* que mitiguen o eliminen esas diferencias. Los mecanismos pueden ser de diversa naturaleza. Pueden consistir, por ejemplo, en la participación de organizaciones indígenas regionales y nacionales para fortalecer la voz y las capacidades de interlocución de los pueblos y comunidades; la disponibilidad de asesoría especializada y libremente escogida por los pueblos para acompañar el proceso; o la asignación de recursos económicos para que los pueblos y las organizaciones puedan acudir efectivamente a las diligencias de consulta. Solo la existencia de este tipo de mecanismos, en nuestra opinión, garantiza que se cumpla uno de los requisitos esenciales de la consulta: que sea *libre*.

La segunda barrera central es la opacidad de la información. En las consultas sobre proyectos económicos, casi nunca los pueblos afectados

15 Corte Constitucional, Sentencia T-129 de 2011.

tienen acceso a todos los detalles relevantes sobre la duración, la magnitud y los efectos económicos, sociales y culturales de las obras planeadas, ya sea la construcción de una represa o la explotación de un yacimiento mineral. En las consultas sobre medidas legislativas en las que se concentra este documento, aunque generalmente se difunde el texto de la norma consultada, brillan por su ausencia explicaciones accesibles y transparentes acerca de sus efectos potenciales sobre la vida, la cultura y la economía de los pueblos afectados.

Para sortear esta profunda falla se requieren mecanismos de *circulación de la información*, que constituyen la segunda condición de posibilidad. Entre ellos se encuentran los espacios autónomos de reunión donde los pueblos y organizaciones puedan difundir, discutir y evaluar libremente los datos esenciales de la medida o proyecto sobre el que versa la consulta; materiales de información y capacitación asequibles para un público no especializado, en general, y para los pueblos afectados, en particular; y acuerdos de buena fe entre las partes para que la nueva información relevante que surja durante el proceso de consulta sea compartida y difundida. Solo este tipo de condiciones garantiza que se cumpla otro requisito definitorio de la consulta: que sea *informada*.

El tercer factor que impide una consulta genuina es la insuficiencia de tiempo. Las consultas suelen llegar demasiado tarde, cuando ya los proyectos económicos han comenzado a generar efectos o las medidas legislativas han avanzado en su trámite parlamentario. Adicionalmente, por falta de planeación y previsión gubernamentales, tienden a ser realizadas de manera atropellada, en una verdadera carrera contra reloj, que implica que, en unos pocos días, se deben surtir diálogos complejos sobre asuntos que pueden determinar el destino de uno o varios pueblos indígenas. Estos cronogramas no solo resultan apresurados para las entidades estatales, sino que desconocen las circunstancias de pueblos indígenas cuya ubicación geográfica y prácticas económicas y culturales hacen imposible (e indeseable) ajustarse a los ritmos de consultas relámpago. Por último, el manejo del tiempo es inadecuado en cuanto es discontinuo e irregular: son frecuentes las interrupciones y suspensiones de las consultas, que luego son aceleradas de forma drástica cuando se vencen los plazos o surgen urgencias jurídicas y políticas.

Frente a esta realidad, se sigue que una tercera condición de posibilidad de la consulta es el *uso adecuado del tiempo*. La adecuación del manejo del tiempo se refiere, en primer lugar, a la anticipación con la que se ini-

cien los diálogos. En el caso de las medidas legislativas, esto implica que la oportunidad de iniciar el proceso no solo debe ser anterior a la radicación del proyecto de ley en el Congreso, sino que debe contar con suficiente anticipación para garantizar que pueblos y organizaciones se informen y preparen para participar en la consulta. De esto depende que se cumpla el último requisito definitorio de la consulta: que sea *previa*.

El uso adecuado del tiempo implica, además, que la consulta se extienda a lo largo de un período suficiente para que los pueblos y las organizaciones puedan acudir y participar en ella, dentro de cronogramas acordes con sus prácticas culturales, su ubicación geográfica y las dificultades relacionadas con sus condiciones reales de vida. Finalmente, para que el tiempo de la consulta sea continuo, se requiere cumplir los acuerdos entre las partes sobre el procedimiento, sobre los contenidos de la medida legislativa consultada o sus bases jurídicas o políticas. Sellar los acuerdos o las reglas, cumplirlas y no retroceder en lo negociado es una garantía de que el proceso avanzará, de que los pasos de la consulta no serán en vano y que los avances logrados no serán desconocidos súbitamente.

Casi invariablemente, en la práctica, las medidas legislativas o proyectos económicos que afectan de manera directa a pueblos indígenas siguen adelante sin que exista ninguna de estas tres condiciones de posibilidad. De ahí que abundan los casos en los que se omite la consulta, o en los que esta llega cuando el proyecto o la medida legislativa es un hecho cumplido, o se hace de forma abiertamente inadecuada. Escasean, en cambio, los casos que pueden ser considerados como ejemplares para la realización de futuras consultas por haber seguido las normas jurídicas nacionales e internacionales, y por haber cumplido, en la práctica, con las condiciones de posibilidad formuladas en esta sección.

Esta es precisamente la utilidad y el sentido del análisis del proceso de consulta del Decreto Ley sobre reparaciones y restitución de tierras a pueblos indígenas, que se surtió en Colombia a lo largo del año 2011. Aunque está lejos de haber sido impecable, dicho proceso es probablemente el que más se ha acercado a las reglas y condiciones señaladas. Por su potencial efecto de demostración y su posible contribución a responder los dilemas jurídicos y fácticos de la consulta, resulta importante documentarlo en detalle. A esta tarea dedicamos las siguientes secciones del texto.

La consulta en acción: el proceso del Decreto de reparación y restitución

Antecedentes: la Mesa Permanente de Concertación y los procesos anteriores de consulta

El Decreto Ley no fue el primer proceso de consulta de alguna medida legislativa en Colombia, pero sí el pionero en varios aspectos, como veremos más adelante.

Tanto en el proceso del Decreto Ley como en la mayoría de los anteriores, el espacio fundamental de consulta entre los pueblos indígenas y el Gobierno fue la Mesa Permanente de Concertación Nacional (MPC), instancia de diálogo de organizaciones y delegados representativos de los pueblos indígenas con el Gobierno creada en 1996.¹⁶ Como lo ilustrará el caso del Decreto Ley, la voz colectiva y organizada de los pueblos indígenas a través de la Mesa vendría a convertirse en el principal mecanismo de contrapeso a las diferencias de poder político frente al Estado y otros actores (por ejemplo, las empresas interesadas en explotar los recursos naturales de los territorios indígenas). En este sentido, la existencia de la Mesa avanzó hacia la creación de una de las condiciones de posibilidad de las consultas genuinas.

El responsable del Gobierno frente a la Mesa es el Ministerio del Interior. Por los pueblos indígenas, tienen asiento la Organización Nacional Indígena de Colombia; la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía; la Confederación Indígena Tayrona (CIT), de acuerdo con el Decreto que crea la MPC. También participan la organización Autoridades Indígenas de Colombia (AICO) y delegados de las cinco macroregiones del país, los exconstituyentes indígenas y congresistas indígenas que hayan sido elegidos por circunscripción propia.

La Mesa Permanente de Concertación Nacional nació tras una ocupación de la sede de la Conferencia Episcopal en el año 1996 por parte de representantes indígenas de Chocó, Risaralda, La Guajira, Montería, Guainía, Tolima, Nariño y el Cauca, mientras 4.000 indígenas bloqueaban la vía Panamericana entre Cali y Popayán, y otros sitios de importancia a nivel nacional. Reclamaban al entonces Gobierno nacional el incumplimiento de los acuerdos sobre un decreto reglamentario de la “Ley de Tie-

rras”, que a última hora fue modificado sin ser consultado previamente.¹⁷ Durante la toma, los pueblos indígenas lograron convenir con el Gobierno nacional la creación de instancias de concertación sobre políticas públicas, planes de acción sobre el territorio indígena y sobre derechos humanos. Estos acuerdos quedaron plasmados en los decretos 1396 y 1397 de 1996, hoy vigentes. Una de las instancias creadas fue la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, cuyo objeto es pactar todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos. Es allí donde debe definirse el procedimiento requerido para la participación, consulta y concertación con pueblos o comunidades indígenas específicos (Decreto 1396 de 1997, arts. 11 y 12).

El primer proceso de consulta se llevó a cabo antes de la formación de la Mesa, entre los años 1993 y 1994, y versó sobre la Ley de Ordenamiento Territorial. Este proceso fue desarrollado de manera coordinada entre el Gobierno y las organizaciones indígenas nacionales. Durante 18 meses fue llevado a cabo a lo largo de todo el país un ejercicio pedagógico y participativo a través de equipos nacionales y regionales, en donde fue consultada la ley integralmente y no solo los apartes que el Gobierno consideraba que afectaban a los pueblos indígenas. La propuesta que emanó de este proceso fue archivada en el Congreso de la República y nunca conoció la vida jurídica. Casi 20 años después, el Gobierno nacional radicó en el Congreso una nueva ley de ordenamiento territorial, esta vez sin haber llevado a cabo un proceso de consulta previa. Se aprobó entonces la Ley 1454 de 2011 que ratifica términos y condiciones para consultar una ley especial de entidades territoriales indígenas.

Durante el año 2005, las organizaciones indígenas manifestaron que no participarían en el proceso de consulta de la llamada Ley de Justicia y Paz, impulsada por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez y finalmente expedida con el número 975 de 2005. Las organizaciones consideraron que en ese momento no existían garantías suficientes para llevar a cabo una consulta previa bajo los estándares nacionales e internacionales y, sobre todo, que esta propuesta normativa era muy estrecha y, en ocasiones, contraria a las reivindicaciones que los pueblos indígenas tenían con respecto

¹⁶ Decreto 1396 de 1997.

¹⁷ *El Tiempo*, 4 de agosto de 1996. URL: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-460641>, revisado en febrero 2012.

a la paz, la justicia y las reparaciones. Así, las organizaciones instalaron un Consejo Nacional Indígena de Paz (CONIP), en el que se pronunciaron de la siguiente manera:

Nos pronunciamos teniendo en cuenta que la paz para los Pueblos Indígenas no es el solamente silencio de las armas, ni se reduce a una negociación con los grupos armados, es la posibilidad que los Pueblos Indígenas y todos los colombianos tengamos futuros, una sociedad democrática, participativa e incluyente en donde nuestro pensamiento, cultura y territorios sean respetados [...]. En cuanto a la reparación que se circunscribe en la llamada ley de justicia y paz, para los Pueblos Indígenas, esta no se circunscribe a un evento coyuntural producto del conflicto armado que vive el país, este aspecto solo recrudesció la situación de los Pueblos Indígenas, por ello, necesario que la reparación sea histórica, cultural, económica, política e integral. No se considera la verdad como método de reparación de las injusticias cometidas porque culturalmente, las pérdidas humanas, políticas y espirituales son irreparables. En este sentido, todas nuestras organizaciones nacionales, regionales y locales y las asociaciones deben participar, en los procesos de reparación, desde el principio de la integralidad, por ello la participación de los Pueblos Indígenas, se refiere a lo colectivo, porque los pueblos fuimos debilitados, fragmentados y nuestros territorios fueron usurpados, fuimos despojados [...]. En términos de la reparación también exigimos que se aplique el ordenamiento jurídico internacional como bases previas a procesos de negociación y desmovilización, incluidos la negociación de los paramilitares.¹⁸

Desde el año 2009 hasta 2011 se realizaron tres procesos importantes y muy distintos entre sí: la consulta del Programa de Garantías de Derechos de los Pueblos Indígenas sobre prevención y atención al desplazamiento forzado, ordenado por la Corte Constitucional en el Auto 004 de 2009; el del Plan Nacional de Desarrollo (2011-2014) y el Decreto Ley de Reparación y Restitución. En este texto nos concentraremos en la narración del proceso de consulta del último.

¹⁸ Mandato Tercera Mesa Nacional Indígena de Paz y Derechos Humanos, Fredy Arias Arias, Consejo Nacional Indígena de Paz (CONIP). Hotel Las Palmeras, Villeta (Cundinamarca), 17 al 19 de julio de 2006.

El punto de partida: el diagnóstico de la situación de los pueblos indígenas víctimas de la violencia y la intervención de la Corte Constitucional

A pesar de décadas de conflicto armado en Colombia que ha generado masivos desplazamientos forzados, asesinatos, despojo de tierras y otras múltiples violaciones graves de derechos humanos, fue la Corte Constitucional –y no el Congreso ni el Gobierno nacional– el organismo que impulsó esfuerzos estatales considerables y coordinados volcados hacia esta materia. En el año 2004, en la Sentencia T-025 de 2004, la Corte declaró el desplazamiento forzado en Colombia como un “estado de cosas inconstitucional”, por la magnitud del problema y la incapacidad del Estado para responder ante él. Con base en esta declaración, la Corte emitió una serie de órdenes complejas a instituciones gubernamentales, que tendrían que rendirle periódicamente informes sobre su cumplimiento. La Corte mantendría la competencia del caso hasta que los hechos indicaran el momento de levantar la declaración del estado de cosas inconstitucional.

Hasta entonces, no había en Colombia una política pública sólida ni articulada que respondiera a esta situación: aunque existían algunas normas dirigidas a la población desplazada, como la Ley 387 de 1997 y el Conpes 3057, y los principios Deng de la ONU habían sido integrados al bloque de constitucionalidad, estos documentos tenían poca repercusión en la práctica (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2010). En el caso de la violencia ejercida sobre pueblos indígenas, no había hasta entonces normas dirigidas específicamente a ellos.

Si bien la Corte no mencionó explícitamente a los pueblos indígenas en el fallo T-025 de 2004, en algunas decisiones (autos) de seguimiento a la Sentencia comenzó a hacer énfasis en que se encontraban en una situación de especial riesgo y vulnerabilidad, y mandó contemplar la situación especial de los pueblos indígenas en el cumplimiento de sus distintas órdenes.¹⁹ En enero de 2009, la Corte expidió la decisión que puede considerarse el diagnóstico estatal más detallado sobre la situación de los pueblos indígenas en Colombia. Allí expresó que estos pueblos tienen mayores riesgos de sufrir los impactos del conflicto y, a la vez, que los efectos de la violencia en ellos generan unos impactos desproporcionados

¹⁹ Auto 218 de 2006, Auto 109 de 2007, Auto 233 de 2007, Auto 248 de 2007, Auto 249 de 2007, Auto 092 de 2008, Auto 116 de 2008, Auto 004 de 2009, Auto 005 de 2009, Auto 008 de 2009, Auto 382 de 2010.

y graves. La Corte llamó la atención sobre la gravedad de los daños colectivos, pues el conflicto y el desplazamiento causan no solo la muerte y la violación de derechos de los individuos, sino la desintegración de las estructuras políticas, sociales, culturales y económicas de estos grupos, la relación tradicional con las tierras y, con todo ello, un riesgo para su existencia. Simultáneamente, emitió un auto análogo sobre la situación de las comunidades afrocolombianas, el 005 de 2009.

La Corte indicó que el desplazamiento de estos grupos emana no solo de la violencia ejercida por grupos ilegales, sino también por la Fuerza Pública y las confrontaciones entre todos los grupos armados. Además, aclaró que el conflicto armado se conecta con presiones que actores legales ejercen sobre la tierra y los recursos naturales, y que se materializan a través de proyectos mineros, agroindustriales, portuarios y otros. En otras palabras, el alto tribunal expresó que, en algunas situaciones, los intereses legales sobre territorios y recursos indígenas se conectan con el conflicto armado para realizarse. Llamó a estas situaciones factores vinculados o subyacentes al conflicto armado y diagnosticó que son causa de la situación de vulnerabilidad extrema de los pueblos indígenas.

El diagnóstico de la Corte ha sido congruente con pronunciamientos de organizaciones indígenas, de la sociedad civil y organismos internacionales. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas reiteró en su informe de 2010 que la situación para los pueblos indígenas es grave, crítica y profundamente preocupante y que “no ha sido afrontada con la urgencia que la gravedad de la situación merece”. A su vez, la Organización Nacional Indígena de Colombia, en un completo informe, describió la extrema situación de fragilidad demográfica de los pueblos en Colombia, mostrando, por ejemplo, que una tercera parte de ellos cuenta con menos de 500 habitantes (ONIC 2010).

Tras cinco años de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional y reiterados autos de la Corte que aumentaban las preocupaciones por la situación de desplazamiento y la poca efectividad de las acciones gubernamentales, el Partido Liberal presentó un Proyecto de Ley de Víctimas al Congreso de la República que avanzó hasta cuarto debate, pero se hundió en el momento de la conciliación entre los textos de Cámara y Senado. El Gobierno nacional, presidido por Álvaro Uribe, y la bancada que lo respaldaba promovieron su archivo motivado por dos razones: ausencia de recursos y equiparación de “terroristas con agentes de Estado”, pues el tex-

to protegía y reparaba a las víctimas frente acciones de la Fuerza Pública.²⁰ Ante esta iniciativa legislativa, las organizaciones de los pueblos indígenas manifestaron su oposición. Consideraron que nuevamente no era coherente con su visión sobre reparaciones integrales y que no se había realizado consulta previamente a su radicación en el Congreso de la República.

Bajo la presidencia de Juan Manuel Santos, el Gobierno asumió la vocería y el liderazgo para la expedición de una ley de víctimas. El Presidente en persona radicó ante el Congreso la iniciativa legislativa que se fusionó con otra de restitución de tierras. El proyecto no había sido consultado con pueblos indígenas ni comunidades afrocolombianas. Luego de presentado el proyecto de ley, organizaciones y expertos alertaron que una vez expedida la ley, existían altas posibilidades de que fuera demandada por ausencia de consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas y declarada inconstitucional por la Corte Constitucional.

En la primera Mesa de Concertación bajo el gobierno Santos, entre los días 3 y 6 de octubre de 2010, los pueblos y el Gobierno afrontaron el asunto de la consulta previa para proyectos de ley. Para entonces, ya corrían los plazos legales para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo (PND), por lo cual se definió una consulta excepcional, con la condición de que se asumiera de manera distinta en cuatro años: se realizarían reuniones regionales, en donde los pueblos tendrían un espacio interno, y posteriormente con el Gobierno. Allá elaborarían propuestas que serían luego recogidas en un documento formulado por una comisión indígena que finalmente se concertaría con el Gobierno.

Con respecto a las demás propuestas de ley, en esta reunión los delegados hicieron una distinción entre las que no habían sido radicadas aún en el Congreso y las que sí. Frente a las primeras, se acordó realizar las consultas previas oportunamente y se nombró a una comisión política, compuesta por un delegado de cada organización para adelantar las reflexiones, el análisis y las propuestas para estas consultas. Con respecto a las leyes que ya habían sido radicadas en el Congreso y que no habían sido consultadas, los delegados indígenas expresaron que no aceptarían procesos de consulta extemporáneos, es decir que no irían a consulta, salvo que se retirara la ley del Congreso, y en caso de que no fuera así, acudirían a la Corte Constitucional. Sin embargo, establecieron una sola excepción a

20 *El Espectador*, “Ley de Víctimas se hunde ante presión del Gobierno”, 18 de junio de 2009.

esta regla: la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Quedó en el acta que “respondiendo a la solidaridad con las víctimas del conflicto, los desplazados y los despojados, tal como en el proyecto de víctimas, las autoridades indígenas han decidido que se consulte a través de un mecanismo excepcional y por única vez”.²¹

A pesar de que se acordó la adopción de un mecanismo excepcional, no se sabía en ese momento cómo sería. El Gobierno era consciente del talón de Aquiles de su proyecto bandera y contrató la asesoría de un exmagistrado de la Corte Constitucional, quien conceptuó que, de acuerdo con ese tribunal, era necesario retirar el proyecto de ley de Víctimas y Restitución de Tierras y consultarlo previamente.

Por su parte, a finales de noviembre, las organizaciones indígenas con asiento en la Mesa Permanente de Concertación reunieron a un grupo de expertos sobre consulta previa. Participaron los miembros de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado y el Equipo de Nacional de Verificación, así como expertos de organizaciones como Dejusticia, la Universidad del Rosario y la Universidad de los Andes para encontrar una salida que no implicara un riesgo para las víctimas indígenas y no indígenas del país de permanecer sin una norma que las cobijara, pero tampoco una violación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Latía también la preocupación de que opositores al proyecto, por ejemplo victimarios o personas no interesadas en la reparación y restitución territorial de las víctimas, tomaran provecho del derecho a la consulta previa para demandar la inconstitucionalidad de la ley ante la Corte.

En este grupo de trabajo fueron estudiadas varias propuestas, entre ellas, la de retirar la ley del Congreso y someterla a consulta previa. A esta alternativa se oponía la objeción de que las mayorías parlamentarias, en ese momento favorables a la ley, podían variar con el tiempo y con ello se desperdiciaría un momento político propicio para tan esperada norma, no solo por parte de los indígenas, sino de todas las víctimas del país. El movimiento indígena, concluyeron, tenía que responder a la solidaridad con todas las víctimas y proponer un mecanismo que no truncara el desarrollo de una norma que las beneficiara.

21 Acta de la Mesa Permanente de Concertación del 3-6 de octubre de 2010.

La segunda opción consistía en que paralelamente a la expedición de la ley de víctimas general se consultara y presentara al Congreso una normativa especial para grupos étnicos. Esta posibilidad tenía como punto débil que el interés del Congreso por la reparación de minorías podía ser bajo y, con ello, que el trámite podría aplazarse indefinidamente. Además, el grupo definió el principio de simultaneidad según el cual la normativa de víctimas y restitución de tierras tenía que comenzar a implementarse al mismo tiempo para todas las víctimas. En caso contrario, las víctimas no indígenas tendrían una ventaja temporal frente a las indígenas, y ello podría traer desigualdades y conflictos, especialmente en la política de restitución de tierras.

También fue analizada la alternativa de expedir, tras la aprobación de la ley, decretos reglamentarios para estos grupos. En este caso, sin embargo, la regulación de las reparaciones étnicas estaría limitada totalmente por la ley. Finalmente, se propuso que se confiriera facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley para pueblos indígenas, comunidades afrocolombianas y rom (gitanos), tras un proceso adecuado de consulta previa y concertación de su metodología, a más tardar seis meses luego de expedida la ley.

Fue esta la opción que las organizaciones indígenas propusieron al Gobierno y que este aceptó. La última oportunidad de introducir esta modificación al proyecto de ley en primer debate sería el 23 de noviembre. Por ello fue urgente citar a la Mesa Permanente de Concertación el 21 y 22 de ese mes. Con todo y el relativo consenso entre las organizaciones indígenas y los delegados en la Mesa, no todos estuvieron de acuerdo. Por ejemplo, Lorenzo Muelas, representante indígena en la Asamblea Constituyente de 1991 y por ello delegado en la MPC, declinó públicamente la invitación y, en su misiva de respuesta, sostuvo: “Lo último que haré en mi vida ... será salir corriendo de mi casa para otorgarle ‘*facultades extraordinarias al presidente de la República*’, para que expida un decreto ley [...] como la propuesta de los pueblos indígenas”. Y agregó:

¿Otorgarle facultades extraordinarias al presidente de la república para que nos represente? ¡Qué es esto! Yo no sé si es que los representantes de los pueblos indígenas de este país han perdido el norte, si es que no han aprendido nada de la historia de 500 y más años de relaciones con los gobiernos impuestos en estas tierras, si es que creen que el presidente Santos es amigo de los indígenas, si no saben quién es él y qué intereses representa,

si no lo han oído hablar de explotación de hidrocarburos, minera, de la biodiversidad, etc.

Una cosa es que se puedan discutir y negociar algunos asuntos de interés para los pueblos indígenas con un gobierno que se muestra menos represivo que el anterior, y otra muy diferente que le demos poder al gobierno, en cabeza del presidente, ¡para hablar por nosotros!

Y peor aún, que sea la Mesa de Concertación, un número tan reducido de personas que asistimos en representación de los pueblos indígenas, quienes entreguemos ese poder al presidente, como si nosotros pudiéramos ser considerados la instancia en la cual se surte la Consulta Previa con los Pueblos Indígenas. La consulta previa, de ley para asuntos que conciernen a los pueblos indígenas, NO se surte en la Mesa de Concertación. ¡Era lo último que nos faltaba! Que unos pocos delegados nos consideremos con el derecho de *decidir* por todos los pueblos indígenas y sus autoridades.

Asimismo, las organizaciones indígenas que integran la Mesa Permanente de Concertación, bajo la representación de la Comisión creada, acudieron a la Mesa Nacional de Víctimas para entablar un proceso de diálogo con las otras organizaciones de víctimas del país, en donde concluyeron la importancia y el compromiso de abordar conjuntamente los procesos y mantener una solidaridad recíproca.

El 22 de noviembre se concertó el artículo que se incluiría en la Ley de Víctimas y que concedía al Presidente de la República seis meses para Generar el marco legal de la política pública de atención, reparación integral y de restitución de tierras de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, rom, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de conformidad con la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, las leyes, la jurisprudencia, los principios internacionales a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

El artículo, además, señalaba algunas condiciones especiales: que esta normativa fuera consultada con las autoridades y organizaciones representativas de acuerdo con “la jurisprudencia constitucional, la ley y el derecho propio” y que debía concertarse la metodología de la consulta previa. Además, el artículo definió que el fin del Decreto sería “respetar

la cultura y existencia material de estos pueblos tradicionales, así, como para incluir diferencialmente sus derechos en tanto a víctimas de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario”. La redacción del artículo buscaba que durante el proceso de consulta y concertación se delimitara el alcance preciso de la norma, por ejemplo, en asuntos como la definición de quiénes eran víctimas y si se supeditaban las medidas de reparación a hechos del conflicto armado o se contemplaban otras situaciones que causaban grandes violaciones de los derechos humanos.

Además, quedó acordado que en los siguientes 60 días calendario a partir de la inclusión del artículo en el proyecto de ley en la Cámara de Representantes, los pueblos, las organizaciones representativas y el Gobierno concertarían la metodología de la consulta previa. El Gobierno se comprometió a financiar los espacios conducentes a la planeación de la metodología y el proceso de consulta previa. Finalmente, se definió que “la protocolización de la consulta previa en el marco del consentimiento libre, previo e informado se surtirá con la expedición del decreto con fuerza de ley debidamente consultado, a través del mecanismo que acuerde la Mesa Nacional de Concertación para el efecto”.²²

La prensa celebró la decisión de la Mesa: “Indígenas lanzan salvavidas a la ley de víctimas”, tituló *Semana.com* el artículo que describió este episodio.²³ Las organizaciones de la Mesa informaron a través de un comunicado²⁴ que se trataba de una solución excepcional basada en la solidaridad con las demás víctimas, pero que en adelante todas las demás leyes debían ser consultadas antes de la radicación de los proyectos de ley ante el Congreso. Advertieron que la alternativa encontrada no significaba un aval al contenido de la ley sometida al trámite legislativo. Entonces, declararon públicamente:

- Dado nuestro interés en la expedición de una normatividad que beneficie a todas las víctimas de la nación, indígenas y

22 Mesa Permanente de Concertación, Acta del 21 y 22 de noviembre de 2010.

23 *Semana.com*, “Consulta previa: los indígenas lanzan salvavidas a la ley de víctimas”, 22 de noviembre de 2011.

24 Comunicado a la opinión pública de la Mesa Permanente de Concertación de pueblos y organizaciones indígenas frente a la ley de atención y reparación integral de víctimas y restitución de tierras, 24 de noviembre de 2010, recuperado el 11 de enero de 2012 de <http://www.onic.org.co/actualidad.shtml?x=36930>.

no indígenas, pero de manera respetuosa del derecho fundamental a la consulta previa, propusimos al Gobierno una alternativa que permita la continuación del trámite legislativo de dicho proyecto, pero que garantice simultáneamente la efectiva, pronta y consultada expedición de una normatividad diferenciada para pueblos indígenas.

- Los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas en el marco de la Mesa Permanente de Concertación le propusieron al Gobierno incluir un artículo en dicha ley que otorgue al Presidente de la República facultades extraordinarias para expedir en el término de seis meses un decreto ley de atención, reparación integral y restitución de tierras de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas. Este decreto ley deberá ser debidamente consultado con las autoridades y organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La metodología de dicha consulta deberá, a su vez, ser consultada con las organizaciones y autoridades representativas de los pueblos indígenas.
- Aclaramos que el acuerdo anterior es de carácter excepcional, con miras a contribuir y/o viabilizar una importante y esperada normatividad que busca beneficiar a todas las víctimas de la nación, dada la excepcional coyuntura política actual. Por ello, no aceptamos que se adopte este procedimiento como el adecuado para adelantar la consulta previa para medidas legislativas y reiteramos que los demás proyectos de ley que afecten directamente a pueblos indígenas deberán ser consultados previamente a su radicación ante el Congreso.

Sin embargo, no todos los sectores estaban convencidos de la legitimidad de la solución encontrada. Las organizaciones indígenas presenciaron lo que llamaron una “guerra de comunicados” en contra de la decisión. La exposición verbal de la oposición a esta salida tomó un tinte nefasto cuando el Consejero Mayor de la ONIC recibió amenazas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Desde entonces, lo acompaña permanentemente un esquema de seguridad.

La antesala:

la consulta del Plan de Desarrollo 2010-2014

Los seis meses durante los cuales estarían vigentes las facultades extraordinarias del Presidente de la República para la expedición de los decretos

debían contarse desde el momento de la expedición de la Ley General de Víctimas (Ley 1448/11). Sin embargo, la labor de consulta y elaboración de estos decretos requeriría, con certeza, más tiempo. Las organizaciones indígenas se propusieron comenzar la consulta antes de la promulgación de la Ley de Víctimas, lo cual implicaba iniciar la preparación de esta norma inmediatamente. No obstante, antes de comenzar la carrera contra reloj, las organizaciones indígenas se concentraron en otra consulta importante, que, a pesar de ser fugaz, sirvió como antesala del Decreto Ley: la consulta del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

A principios de octubre de 2010 se fijó una metodología muy rápida para la consulta del Plan Nacional de Desarrollo porque, según los plazos legales de elaboración de esta norma, no había más tiempo. En la Mesa Permanente de Concertación se acordó realizar reuniones macrorregionales, en total cinco, para que un equipo de nueve personas –dos de cada organización y el Secretario Técnico de la Mesa Permanente de Concertación– elaboraran la propuesta indígena de un capítulo que se incluiría en el Plan, que se terminaría en espacio autónomo en la MPC entre el 1 y 4 de noviembre y, posteriormente, se discutiría con el Gobierno.²⁵

Las reuniones se llevaron a cabo por regiones. Los delegados del Norte se encontraron en Barranquilla; los de la Orinoquía, Centro Oriente y Amazonía tuvieron reuniones por separado en Bogotá; y el encuentro de la macro occidente fue en Medellín. En estas reuniones, el Gobierno no presentó la propuesta definitiva del Plan, ni tampoco el capítulo étnico. Argumentó que estos textos aún estaban en proceso de elaboración y mostró las bases del Plan de Desarrollo en presentaciones de PowerPoint.

Posteriormente, con las conclusiones de cada encuentro, las organizaciones indígenas elaboraron y entregaron al Gobierno el documento “Plan Integral de Pervivencia y Permanencia de los Pueblos Indígenas”, que buscaba “fortalecer a las comunidades de los pueblos indígenas en lo político, social, económico y cultural, mejorando sus condiciones de vida y la capacidad de sus autoridades y organizaciones para la gestión de sus propios objetivos y metas de bienestar y desarrollo”.²⁶ Este Plan contemplaba acciones que los pueblos esperaban que fueran integradas al PND sobre territorio y recursos naturales, producción sostenible y generación

²⁵ Mesa Permanente de Concertación, Acta del 5 y 6 de octubre de 2010.

²⁶ Mesa Permanente de Concertación, Plan Integral de Permanencia y Pervivencia de los Pueblos Indígenas, 3 de noviembre de 2010.

de ingresos, salud, educación y bienestar colectivo, gobierno y administración, y acciones especiales por urgencia manifiesta.

La respuesta del Gobierno a la propuesta indígena fue entregada el 8 de diciembre de 2010, apenas un día antes de sesionar la Mesa Permanente de Concertación, en donde se esperaba que se protocolizara la consulta previa. Las organizaciones indígenas, entonces, contaron con una sola noche para analizar las consideraciones del Gobierno sobre su propuesta antes de negociar. El documento que entregó el Gobierno consistía en un extenso texto que individualizaba las propuestas indígenas y hacía consideraciones jurídicas o políticas sobre cada una de ellas. En algunos casos, se aceptaba su inclusión en el Plan, pero con cambios sustanciales, o se mencionaba la eventual intención de plasmarlas, sin un compromiso explícito y condiciones claras. En los demás casos, el Gobierno consideró inviables las propuestas indígenas por una de las siguientes razones:

1. Ya existía una obligación legal o actividad que satisfacía la solicitud indígena.
2. Era innecesario un tratamiento diferencial.
3. La propuesta contradecía las bases del Plan.
4. La solicitud solo era viable tras un cambio en la Constitución o la realización de reformas estructurales.
5. La propuesta no era objeto del Plan de Desarrollo.

El documento del Gobierno fue objeto de duras críticas en el interior de las organizaciones indígenas por tres razones: su entrega tardía, posterior a la fecha acordada; la fragmentación de la propuesta en solicitudes individuales, que transgredían el carácter integral e interdependiente de sus aspiraciones; y la respuesta negativa a la gran mayoría de sus peticiones. Ante ello, los delegados indígenas de la Mesa Permanente de Concertación enviaron un oficio al Gobierno en el que expresaban su molestia por el incumplimiento.

Se hizo entonces evidente la necesidad de prolongar la consulta previa y lograr espacios de entendimiento entre las partes. En la Mesa Permanente de Concertación del 9 y 10 de diciembre, con el apoyo del defensor delegado para pueblos indígenas, las organizaciones indígenas propusieron una metodología para continuar. Consistía en la destinación de tiempos para que la Comisión Política de la Mesa Permanente de Concertación y el Gobierno analizaran y cotejaran la propuesta indígena con la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo; entre el 15 y 25 de enero de

2011 se llevaran a cabo reuniones temáticas con distintos ministerios y entidades gubernamentales nacionales para tratar los diferentes temas y, posteriormente, se revisaran en la MPC. Estos encuentros tendrían que finalizar con la firma de un acta que destacara los acuerdos y desacuerdos. La depuración de los temas sobre los cuales no había acuerdo acotaría los tópicos objeto de discusión en la próxima sesión de la Mesa, en donde se haría la última negociación antes de la protocolización de la consulta previa. Una vez terminado el proceso, el Gobierno tendría que comprometerse a proteger los acuerdos logrados con los indígenas durante el trámite legislativo.

En el encuentro de la MPC del 9 y 10 de diciembre fue el último en el que participó el delegado Lorenzo Muelas. El exconstituyente indagó al Gobierno sobre la irreversibilidad de la política minera, una de las “cinco locomotoras” de crecimiento que fundamentan el Plan Nacional de Desarrollo, pese a la oposición manifiesta de los pueblos indígenas. El Gobierno, a través del entonces Viceministro del Interior, respondió que era una política en marcha imposible de detener. Muelas, natural del Cauca como Iragorri, le expresó que aunque oriundos del mismo sitio, él era hijo de la tierra, mientras que el viceministro, del viento, y, por lo tanto, no comprendía el dolor de la explotación. Fueron las últimas palabras de Muelas en la MPC y hasta ahora no ha regresado.

El Gobierno aceptó íntegramente la metodología propuesta por los indígenas, que a lo largo de enero se llevó a cabo al pie de la letra. Tras las reuniones con los distintos ministerios, hubo acuerdos, entre otros, con los de Comercio, Educación, Ambiente, Agricultura, Protección Social, Tecnología de la Información y las Telecomunicaciones, Cultura, y Minas y Energía; además, con otras entidades como Colciencias, Invías, Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Departamento Nacional de Planeación (DNP), Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Acción Social y Vicepresidencia.

Los acuerdos logrados entre las organizaciones indígenas y el Gobierno fueron presentados en el espacio autónomo de la MPC. En relación con cada acuerdo, la MPC manifestó si lo aceptaba, proponía algún cambio o respaldaba la oposición de la comisión negociadora. Al cabo de este ejercicio, se construyeron cuadros que señalaban, en la primera columna, la propuesta inicial del Plan de Permanencia y Pervivencia; en la segunda, los preacuerdos fruto de las reuniones con los ministerios; y en la última, el pronunciamiento de los delegados indígenas de la MPC.

Plan de Pervivencia	Preacuerdo	Propuesta representantes MPC
		Acuerdo
		Cambios
		No acuerdo

La jornada que comenzó el 24 de enero fue larga. En un angosto pero largo salón del tradicional Hotel Bacatá de Bogotá, a pocos días de su demolición para la construcción del complejo más alto de la ciudad, permanecieron hasta las tres de la mañana los delegados indígenas de la Mesa y sus líderes y autoridades. Los representantes de todas las entidades del Gobierno presentaron los preacuerdos. Las organizaciones indígenas habían acordado la forma de proceder. Cada punto de los cuadros de tres columnas recibiría un color. Verde, si había total acuerdo entre indígenas y Gobierno; en ese caso, no era necesario detenerse allí. Amarillo, si la Mesa proponía algún cambio al preacuerdo. Rojo, en caso de que no fuera posible llegar a un término común en las reuniones con los ministerios. Los cuadros se proyectaron en la pared y la tensión durante la tarde varió según los colores expuestos. La jornada que comenzó a las dos de la tarde finalizó doce horas después.

La mayoría de cuadros eran verdes o amarillos. Y en casi todos los casos fue posible convertir el amarillo en verde tras algunas discusiones. El rojo se esparció pocas veces en la pared, pero de manera especial y definitiva cuando se proyectó el cuadro fruto de la negociación con los ministerios de Ambiente, y Minas y Energía. La discusión con este último Ministerio, que versaba sobre una de las cinco locomotoras de crecimiento económico definidas en el PND y uno de los mayores puntos de oposición indígena, fue la que más ansiedad generó entre las partes, y tuvo lugar al final de la jornada.

Los funcionarios del Gobierno que negociaban los asuntos de interés para cada entidad rotaban permanentemente. Luego del arreglo que competía a su cartera podían abandonar el lugar. Los representantes indígenas, en cambio, permanecieron de principio a fin. En el caso de la negociación sobre el controvertido tema minero, las organizaciones se blindaron contra el cansancio y prepararon una carta con anterioridad, en donde establecían su posición sobre el asunto.

En el preacuerdo con el Ministerio de Minas no había habido convenio sobre dos puntos. Los indígenas pedían que se prohibiera la minería a mediana y gran escala en sus territorios y que se derogaran todas las

concesiones mineras que no hubieran sido consultadas previamente. En la misiva, resaltaron el vínculo entre los megaproyectos mineros con los riesgos que generaban para la pervivencia de los pueblos indígenas en Colombia. Enumeraron las razones para ello, entre otras, los impactos ambientales profundos, la atracción de grupos armados y las consecuencias en la seguridad y movilidad de los indígenas, la destrucción de sitios sagrados, el aumento de flujo de dinero, y las afectaciones en su gobernabilidad y en la integridad cultural.

Concluyeron que “sin lograr acuerdos sobre este aspecto tan sensible, los puntos sobre los que hubo acuerdos resultan insuficientes. Lo anterior, porque en la realización de proyectos de gran escala en territorios indígenas, se juega de manera trascendental la supervivencia de los pueblos indígenas”. Apoyaron su argumento en la jurisprudencia de las cortes Constitucional e Interamericana de Derechos Humanos sobre la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado en consultas relacionadas con proyectos a gran escala que pudieran poner en riesgo su supervivencia colectiva, especialmente por afectaciones graves al territorio.²⁷

La expectativa de una acalorada discusión a medianoche entre los delegados indígenas y el Ministerio de Minas se desinfló. El Gobierno intentó lograr acuerdos, pero los indígenas tenían clara su posición. Quedó como constancia la carta enviada. Finalmente, en el acta del 25 de enero de 2012, quedaron plasmados los acuerdos, los desacuerdos y las distintas constancias que dejaron las partes. El documento se titula “Acta de protocolización de la consulta previa del capítulo de los Pueblos Indígenas del Plan Nacional de Desarrollo”. La redacción muestra que la consulta, estrictamente, recayó sobre las propuestas indígenas para incluir en el Plan de Desarrollo y no sobre la totalidad del Plan, o sobre todos los elementos propuestos por el Gobierno que afectaban directamente a los pueblos indígenas. El Gobierno modificó la redacción de algunos de los puntos, en especial acerca del Sistema General de Participaciones, tras lo cual la Comisión Política logró una reunión en el Departamento de Planeación Nacional para que no se desconocieran los acuerdos.

Los 96 acuerdos del Gobierno con los indígenas logrados en la consulta previa quedaron plasmados en los Anexos de las Bases al Plan de Desarrollo. El artículo segundo de la Ley 1450 de 2011, que lo expide, de-

27 Carta de representantes indígenas de la MPC al ministro del Interior y de Justicia Germán Vargas Lleras, 25 de enero de 2011.

termina que el documento “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Prosperidad para Todos” es parte integrante de la ley. Más adelante, el artículo 273 establece que los contenidos del anexo, basados en las actas de protocolización de consulta con pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales, y el pueblo rom, también lo son. Este último artículo fue propuesto por el congresista Hernando Hernández, tras una reunión de sus asesores con los delegados de la Organización Nacional Indígena de Colombia.²⁸

La preparación para la consulta: los conversatorios de las organizaciones indígenas

A pesar de estar sumidas en el trajín de la consulta del Plan Nacional de Desarrollo, las organizaciones indígenas comenzaron a preparar el camino de la consulta previa de la Ley de Víctimas desde diciembre de 2010. Esta preparación fue fundamental para que se diera una de las condiciones esenciales de las consultas genuinas: la anticipación y el uso adecuado del tiempo en la etapa previa a la consulta misma. La Comisión Política, integrada por un delegado de cada una de las organizaciones que tienen asiento en la MPC, organizó conversatorios semanales con expertos para profundizar en asuntos sustanciales y procedimentales que servirían de base y herramienta para el proceso. Esta Comisión estuvo conformada por miembros de la ONIC, la Confederación Indígena Tayrona (CIT), las Autoridades Indígenas de Colombia (AICO) y la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía (OPIAC), con acompañamiento de expertos de Dejusticia y la Universidad del Rosario.

Los conversatorios tenían lugar en la casa de la ONIC, en el colonial barrio La Candelaria de Bogotá, desde las nueve de la mañana hasta mediodía y, en algunos casos, hasta entrada la tarde. Las invitaciones se extendían a representantes e integrantes de las distintas organizaciones y otros acompañantes de confianza de las organizaciones. La puerta permanecía abierta para todos los consejeros y otros delegados indígenas que quisieran participar. Cada encuentro tenía una agenda bien definida y era transmitida a los participantes en el correo de invitación que enviaba se-

²⁸ http://www.hernandohernandeztapasco.net/206/index.php?option=com_content&view=article&id=313:articulos-sobre-pueblos-indigenas-aprobados-por-el-congreso-de-la-republica-y-que-haran-parte-de-la-ley-del-plan-nacional-de-desarrollo-2010-2014&catid=72:documentosdeconsulta&Itemid=54, recuperado el 16 de enero de 2012.

manalmente el secretario general de la ONIC. Los conversatorios entre diciembre y marzo giraron alrededor de tres temas: la preparación de contenidos del Decreto Ley, una evaluación crítica de la consulta del PND y la definición de una propuesta de metodología del proceso de consulta del Decreto.

Para comenzar a explorar los contenidos y retos del Decreto fueron invitadas a principios de diciembre de 2010 personas expertas en estándares jurídicos de reparación y analistas sobre la situación de tenencia de la tierra en Colombia. Cuando llegó el momento de hacer un balance crítico del proceso de consulta del Plan Nacional de Desarrollo, en las reuniones se pudieron extraer algunas lecciones útiles en el nuevo proceso de consulta. Entre otras, la necesidad de tomar precauciones frente a la inclinación del Gobierno de fragmentar las propuestas indígenas de acuerdo con las competencias e intereses de cada cartera y presentar respuestas compartimentadas –y en ocasiones contradictorias– a las organizaciones indígenas sin un previo ejercicio de articulación. En el proceso de consulta del Plan, la primera respuesta del Gobierno redujo la propuesta indígena a puntos individuales, sin otro criterio que la división interna del Gobierno, lo cual, para las organizaciones indígenas, implicaba la pérdida de visión integral y armónica de su propuesta. Para el nuevo proceso, debía fijarse la norma de que una sola entidad del Gobierno se comprometería a asumir los compromisos y reglas de juego logrados y se encargaría de armonizar a su interior la posición asumida de cara a los pueblos indígenas.

Otra lección importante del proceso surgió tras la constatación de la baja capacidad del proceso de consulta del Plan Nacional de Desarrollo de llegar a los pueblos y organizaciones, es decir, la ausencia de una de las condiciones de posibilidad que hemos señalado: la circulación de información. Aunque el proceso del Decreto Ley también sería contra reloj, era necesario diseñar mecanismos que permitieran acercarse a las bases y consultar directamente con ellas, y mejorar la representatividad de los delegados de la Mesa. Entre otros, garantizar las condiciones materiales para su presencia en las negociaciones y su capacidad de canalizar la información, las preocupaciones y propuestas desde los pueblos a la Mesa y viceversa. En términos de las condiciones de posibilidad de la consulta que hemos formulado, estos mecanismos buscaban garantizar la adecuada circulación de la información.

A pesar de que la brevedad del tiempo era una situación inamovible para la consulta del Decreto Ley, las organizaciones expresaron la nece-

sidad de plantear su propia agenda y estrategias con el fin de no seguir el ritmo del Gobierno, donde había largos períodos de inactividad y luego bruscos afanes de urgencia. Buscar un ritmo propio dentro de los límites implicaba planear cada paso con anticipación y realizar un trabajo constante. En otras palabras, las organizaciones resaltaron la importancia de adelantarse a los acontecimientos y llegar a cada espacio y cada etapa con una propuesta y una estrategia elaborada.

En el análisis crítico de la consulta del Plan, a los participantes indígenas de los conversatorios les sorprendió positivamente que en las negociaciones siempre había delegados indígenas preparados para dar discusiones técnicas, en distintos ámbitos (salud, educación, minería, etc.). Con base en esta apreciación, concluyeron que era necesario contar con equipos bien preparados para cualquier discusión técnica y política, y así lograr más horizontalidad durante el proceso.

Con base en estos y otros puntos que hicieron parte del balance del proceso del Plan Nacional de Desarrollo, el tema de los conversatorios giró hacia la definición de la metodología de la consulta previa del Decreto Ley. Tras una recapitulación de los estándares nacionales e internacionales sobre este derecho, era necesario aterrizarlos a la coyuntura de ese momento y enmarcarlo entre sus oportunidades y limitaciones. Había que definir en la práctica en dónde se realizarían los encuentros con los pueblos, las agendas, los equipos, las reglas mínimas y otros puntos.

Tras las discusiones en los conversatorios, la Comisión Política redactó la propuesta metodológica para la consulta previa que presentaría a los delegados de la MPC. El documento iniciaba con la exposición de los principios jurídicos generales del derecho a la consulta previa y con los fundamentos particulares para este proceso, que eran tres: la relación directa entre la materia que se regula y consulta con la pervivencia de los pueblos indígenas; la importancia de la relación de los pueblos indígenas con el territorio y, finalmente, la necesidad de conceptualizar los temas objeto de regulación bajo la mirada indígena. Por ejemplo, los conceptos de reparación, de víctimas, desplazamiento, verdad y justicia, entre otros. Los objetivos de la metodología propuesta consistían en que la consulta previa se ajustara a los estándares nacionales e internacionales, que condujera a la expedición de un Decreto con base en el derecho propio y que los insumos que se recogieran además fueran útiles para el desarrollo de futuras políticas y procesos.

El proceso tendría que seguir los siguientes principios:

1. La Ley de Víctimas no limitaría el alcance del Decreto. Es decir, los límites y propósitos del Decreto serían definidos dentro del proceso de consulta y no estarían marcados por la Ley que cursaba en el Congreso.
2. El diagnóstico del Auto 004 sería el punto de partida para analizar las presiones territoriales y violaciones de los derechos de los pueblos indígenas.
3. El proceso y los contenidos serían respetuosos del derecho propio, cosmovisiones y sentimientos de las víctimas.
4. A lo largo de la consulta se promovería la participación de las mujeres, los jóvenes y los mayores.
5. La consulta tendría como fin tejer conceptos desde la mirada indígena.
6. Las organizaciones indígenas participarían permanentemente. Habría equipos desde las organizaciones que impulsarían, participarían y harían seguimiento a todo el proceso.
7. La respuesta del Gobierno no se fragmentaría en virtud de competencias institucionales y una instancia sería la responsable de armonizar y presentar las posiciones del Gobierno.
8. El proceso indígena se adelantaría con independencia de los procesos con las comunidades afrocolombianas y rom.

La metodología preveía quiénes serían los responsables del proceso. Por parte del Gobierno, “una instancia coordinadora que responda por la integralidad del proceso y del Decreto”, así como otras entidades con ámbitos de competencia relacionados con los temas que se regularían. Había un llamado a otras instituciones y organizaciones para que actuaran como garantes, entre ellos, el Ministerio Público, los observadores de la MPC (la Conferencia Episcopal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo), la Comisión de Seguimiento de la T-025 de 2004 y las Naciones Unidas.

Del lado de las organizaciones indígenas, disponía las funciones del equipo técnico de la Mesa, que serían, entre otras, hacer seguimiento al proceso, sistematizar los contenidos que resultaran de la consulta y estructurar propuestas, recolectar insumos de desarrollos existentes sobre la materia, recopilar estándares nacionales e internacionales, informar a las organizaciones y apoyar a los equipos locales que harían los encuentros en las regiones. La metodología también preveía la contratación de algunos expertos por cuenta del Gobierno, pero seleccionados por las organiza-

ciones indígenas, que apoyaran al equipo técnico en la realización de sus labores. En términos de las condiciones de posibilidad de la consulta que hemos señalado, estos mecanismos serían formas de mitigación de la diferencia de poder y recursos entre el Gobierno y los pueblos indígenas.

Dado que el tiempo para realizar las consultas era tan breve, se requerían distintos equipos locales que trabajaran simultáneamente en terreno. Estos equipos tendrían que diseñar las agendas y las condiciones para los encuentros locales, según la región, el pueblo indígena, y el nivel y tipo de afectación que sufría cada pueblo. Tendría, además, que acompañar y asesorar a las comunidades, recoger las propuestas e insumos de los encuentros y enviarlos al equipo técnico. La ruta preveía realizar encuentros locales, departamentales, cinco macrorregionales y uno nacional. Para dar cuenta de este proceso esbozó un cronograma detallado, que, aunque ajustado, fue considerado viable por los delegados de la Comisión Política.

Esta propuesta fue presentada el 8 de marzo de 2011 a los delegados indígenas en la Mesa Permanente de Concertación. El único reparo consistió en que era necesario bajar el perfil de la Comisión Política, dado que este grupo tenía funciones técnicas y no políticas. Desde entonces, el equipo se llamó Comisión de Apoyo Técnico a la Mesa Permanente de Concertación (en adelante, CAT).

Desde el 8 hasta el 10 de marzo se reunieron los delegados indígenas de la MPC en espacio autónomo, en donde se llevó a cabo un ambicioso seminario, que durante las mañanas contaba con distintos paneles de expertos, y por las tardes con momentos de discusión interna. El primer día estuvo dedicado a la consulta previa del proceso; el segundo, a las reparaciones, y el último, a la restitución territorial.

En el seminario tuvieron lugar ponencias del Cabildo Gobernador Kankuamo, de la Autoridad Tradicional Indígena embera, de la Mesa Nacional de Víctimas, de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo, la Universidad del Rosario, Dejusticia y la Comisión de Seguimiento a las Políticas Públicas sobre Desplazamiento Forzado. Por las tardes, los delegados profundizaban internamente en cada uno de los temas.

El 11 de marzo de 2011 se reunió en pleno la MPC con los representantes del Gobierno, que no traía una propuesta propia y que, salvo el punto que establecía que se harían encuentros locales –lo cual consideró excesivo–, estuvo de acuerdo con la propuesta indígena. Así quedó con-

signado en el acta. Los principios, fundamentos, equipos de trabajo, encuentros departamentales, macrorregionales y nacionales propuestos por los indígenas quedaron firmes.²⁹

La elaboración de la propuesta indígena

Tras los acuerdos logrados sobre la metodología de la consulta previa, la CAT continuó con la realización de conversatorios internos para discutir, definir y redactar los contenidos del Decreto. El objetivo era contar con una propuesta de articulado previamente a los encuentros con los pueblos a lo largo y ancho del país.

El equipo se robusteció en esta etapa. Fueron contratados tres asesores seleccionados por las organizaciones indígenas para apoyar a la Comisión de Apoyo Técnico. Continuó el acompañamiento del proceso por parte de la Defensoría del Pueblo, Dejusticia y la Universidad del Rosario, al que se sumó la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado.

Por su parte, el Gobierno encargó a un equipo experto del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS) de la Universidad de los Andes la elaboración de una propuesta de Decreto Ley. A pesar de que las organizaciones indígenas consideraban positiva la asesoría experta del CIJUS, optaron por continuar su proceso de redacción de una propuesta propia de decreto.

A principios de mayo, las organizaciones habían realizado un análisis pormenorizado de la Ley de Víctimas, y de sus componentes y riesgos, que fue útil para estructurar su propia propuesta. Adicionalmente, Dejusticia y la ONIC se encontraban entonces preparando un material didáctico sobre reparaciones y consulta previa que fuera útil en el momento de llevar el tema a las regiones del país. Ambos esfuerzos contribuyeron a asentar los principios, los objetivos, la caracterización de daños, de afectaciones y el tipo de medidas que se requerían para lograr una reparación integral y una restitución efectiva de territorios de los pueblos indígenas.

Sin embargo, había una larga lista de cuestionamientos que era necesario responder. Por ejemplo, la Ley de Víctimas se sometía a un concepto de justicia transicional, basado en reparaciones predominantemente individuales, por violaciones de conflicto armado en un marco de tiempo específico. ¿Era este el marco teórico y conceptual sobre el cual los pueblos

29 Mesa Permanente de Concertación, Acta del 11 de marzo de 2011.

indígenas tejerían su derecho a la reparación y restitución o era necesario conceptualizar los fundamentos del Decreto de manera distinta? Las organizaciones de la MPC tenían un amplio conocimiento sobre las visiones y aspiraciones de los pueblos indígenas en la materia y con base en él fundamentaron la propuesta. Muy especialmente el pueblo kankuamo, de manera grave afectado por la violencia, había comenzado años atrás una reflexión interna sobre el concepto de reparación y propuso comprender este derecho como el restablecimiento del equilibrio y la armonía.

En el propósito de encontrar un nuevo marco adecuado a las reparaciones de los pueblos indígenas, fueron importantes varias fuentes. En primer lugar, el trabajo realizado por la Procuraduría General de la Nación sobre la definición de criterios de reparación de pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, identificados tras diálogos con los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta y comunidades negras del litoral sur nariñense y que cristalizó en los dos tomos de *Primero las víctimas*, en donde resaltó la importancia del carácter colectivo de las reparaciones a grupos étnicos (PGN 2007 y 2008).

En segundo lugar, la propuesta se alimentó de un análisis de estándares internacionales de reparaciones a grupos étnicos, que derivó en una propuesta de “etnorreparaciones” (Rodríguez Garavito y Lam 2011). Esta nueva aproximación a la justicia transicional contempla no solo los daños individuales, sino también los colectivos, y no solo los causados de manera ilegal, sino también legal, de manera muy especial cuando se trata de derechos territoriales. La reparación y la restitución de pueblos indígenas, señala el documento, toman en consideración el reconocimiento cultural, y buscan que las formas de reparación partan del análisis de las discriminaciones y marginaciones históricas y se proyecten hacia el futuro como unas medidas concretas que ayuden a revertir las situaciones de vulneración histórica. Solo así, las reparaciones responden a necesidades concretas de los pueblos, respetan su cultura y autonomía y conducen al mejoramiento de las condiciones de los pueblos para el disfrute de sus derechos colectivos y plan de vida escrito o no escrito.

En tercer lugar, el proceso se apoyó en un enfoque transformador de la justicia transicional. De acuerdo con esta visión, las medidas de reparación no deben devolver a las víctimas al estado de vulnerabilidad en el que se encontraban antes de la violación de sus derechos, sino procurar la erradicación de las causas que generaron esta violación y el mejoramiento de sus condiciones de vida (Uprimny y Guzmán 2010).

Estas bases conceptuales le permitieron a la CAT proponer que todas las medidas del Decreto deben conducir a garantizar la muy amenazada pervivencia de los pueblos indígenas en Colombia. Las medidas no serían pensadas para resarcir un daño de cualquier manera, sino para cambiar las situaciones que generan vulnerabilidad, y así dar garantías de pervivencia colectiva hacia el futuro. Su definición requiere entonces un análisis cuidadoso para que las medidas de reparación no amenacen aún más la cultura y pervivencia de los pueblos. Asimismo, aunque el Decreto no respondiera de manera directa a las injusticias históricas de los pueblos, la definición concreta de medidas no podría ignorar estas situaciones estructurales, sino procurar su superación. Con base en estas y otras reflexiones, la CAT formuló las primeras propuestas de principios del Decreto, que, además, persiguen un reconocimiento y respeto a las formas jurídicas propias de los pueblos indígenas: la ley de origen, ley natural, derecho mayor o derecho propio, así como el respeto a la autonomía de las autoridades, al vínculo con el territorio y su carácter colectivo, entre otros.

Era necesario, además, concretar quiénes serían consideradas víctimas y cómo se realizaría la reparación. La lección que estaba en la mente de todos era el emblemático caso de la reparación por la construcción inconsulta de la hidroeléctrica Urrá en territorio de los indígenas emberakátíos del Alto Sinú (Rodríguez Garavito y Orduz Salinas 2012). La Corte Constitucional decidió que para enmendar los daños irreversibles y apoyar al pueblo en la realización de las modificaciones culturales, sociales y económicas necesarias para adaptarse a los cambios del entorno, la empresa debía indemnizar a cada indígena por 20 años con un subsidio de alimentación y transporte.³⁰ Visto en retrospectiva, tanto líderes del pueblo como otros conocedores del caso evaluaron negativamente la decisión de la Corte. El dinero, al que los pueblos no estaban acostumbrados, contribuyó a la fragmentación de las comunidades y generó una dependencia de él, que algunas autoridades llamaron “monetarización de la cultura”.³¹

Entonces, en la elaboración del Decreto era preciso pensar en un mecanismo colectivo de reparación que no consistiera solamente en la entrega de dinero. Esta nueva concepción de reparaciones tampoco podría

30 Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 1998.

31 Cabildos Mayores del Río Sinú y Río Verde, Camaenka, Plan de Vida, 2007.

arrebatar el derecho de las víctimas individuales de exigir una reparación por daños personales o a sus familiares. Para el caso de reparaciones individuales, las estructuras familiares indígenas son distintas a las contempladas en la Ley de Víctimas, razón por la cual había que establecer una pauta diferente para determinar las víctimas indirectas indígenas.

De otro lado, aunque para los pueblos indígenas todos los daños colectivos están interrelacionados, se hizo un ejercicio interesante para categorizar los que los afectan de manera especial. Por ejemplo, los daños culturales, a la integridad política o al territorio y al medio ambiente. También hubo discusiones para descubrir cuáles eran las causas de estos daños, y reiteradamente se concluía que no solo se originaban en las acciones directas del conflicto armado, sino que nacían también cuando el conflicto catalizaba o apoyaba la consolidación de intereses –incluso de actores legales– sobre los territorios y recursos de los pueblos indígenas.

La Ley de Víctimas, inserta en un marco de justicia transicional, contemplaba las violaciones de derechos ocasionadas dentro del conflicto armado por hechos ocurridos desde el año 1985, y la restitución de tierras por vulneración a derechos territoriales desde 1991. Las organizaciones indígenas consideraban que, en su caso, la reparación y restitución no podía limitarse a un momento tan reciente, sino que debía remontarse a épocas más representativas en la historia de las vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas, a fechas con las que pudieran sentir su historia mejor representada.

Las organizaciones propusieron 1971, año importante de la independencia del movimiento indígena de los movimientos sociales y rurales, cuando nació el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), primera organización indígena del país, y desde cuando cuentan con documentación sobre las violaciones de sus derechos y la usurpación de tierras. Otros representantes indígenas acudieron a puntos de partida más lejanos, pues consideraban que tenían derecho a la reparación por hechos ocurridos desde el momento de la constitución del Estado Nación porque, desde entonces, el Estado colombiano ha sido constante responsable de la continua vulneración y violación de sus derechos.

Para las organizaciones indígenas, los asuntos relacionados con la restitución territorial, a su vez, debían basarse en una concepción del territorio que no se limitara a la protección de los resguardos titulados, porque, de un lado, los estándares internacionales no protegen solamente los títulos, sino los vínculos ancestrales y colectivos con el territorio, y, del

otro, porque las solicitudes de titulación de tierras en Colombia no han sido resueltas en plazos razonables y pueden permanecer sobre los despachos competentes durante décadas. Hubo entonces intensas reflexiones sobre las rutas para reclamar la satisfacción de derechos territoriales y las medidas especiales para combatir su violación.

Las organizaciones no solo concretaron sus aspiraciones, sino que propusieron formas de hacerlas operativas. Identificaron el mapa institucional que se responsabilizaría del cumplimiento del Decreto. Poco a poco, además, fueron consolidando medidas no solo de reparación y restitución, sino también de asistencia, atención y protección. Durante abril, mayo y junio, en grupos de trabajo, la CAT desarrolló su propuesta de articulado. Las puntadas finales se dieron en un encuentro de un fin de semana cercano al solsticio de verano en el municipio de Villeta, en donde todo el equipo terminó y evaluó el documento final.

El tropiezo en el Congreso

Durante los primeros tres debates del trámite legislativo de la Ley de Víctimas, el artículo concertado en la MPC en noviembre (el que otorgaba facultades extraordinarias) permaneció intacto. Sin embargo, el texto que resultó de la Plenaria del Senado cambiaba sustantivamente la redacción. El párrafo segundo de ese artículo, en donde se definían los destinatarios del Decreto, expresaba originalmente que las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República:

[...] para desarrollar la política pública diferencial para la atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, rom, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras serían ejercidas con el fin de respetar la cultura y existencia material de estos pueblos tradicionales, así como para incluir diferencialmente sus derechos en tanto a víctimas de violaciones graves y manifiestas de Normas Internacionales de Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

La amplitud de la redacción era deliberada, de tal forma que en la consulta se definieran los contornos del universo de víctimas. No indicaba con precisión cuáles eran las violaciones que se repararían a través del Decreto, sino que se anunciaba que sería por violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de DDHH o infracciones al DIH. Durante la consulta, los pueblos definirían las situaciones que realmente requerían

una reparación útil para su pervivencia y en ese momento se daría el pulso con el Gobierno para definir quiénes son víctimas.

En el último debate en el Congreso de la República fue cambiada la redacción del artículo, de tal forma que se limitaba el universo de víctimas de manera importante. Se estableció que se incluirían en los Decretos de indígenas, afros y rom “diferencialmente sus derechos en tanto a víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente ley”. El artículo 3 de la ley se refería solo a situaciones de conflicto armado y establecía, para las víctimas indirectas, unos lazos de parentesco basados en la estructura familiar occidental mayoritaria –cónyuge, familiar en primer grado de consanguinidad o primer grado civil–, muy distinta a las muy diversas formas familiares indígenas.

Las organizaciones indígenas consideraron este cambio como una transgresión a las reglas de juego acordadas en noviembre de 2011. Estimaban también que era inconstitucional porque reforzaba la violación que ya se había consumado en contra del derecho a la consulta previa con la radicación del proyecto de ley ante el Congreso. Los delegados ante la MPC habían aceptado que la Ley de Víctimas se tramitara sin que se hubiera respetado oportunamente este derecho –y con ello contribuyeron a blindarla–, con la condición irrevocable de que en la consulta del Decreto Ley para indígenas se definirían los alcances del mismo.

Previamente a la conciliación de los textos de la ley de Cámara y Senado, se encontraba reunida la Mesa de Territorio, que contaba con la presencia de importantes representantes indígenas del país. En este contexto, las autoridades de las organizaciones redactaron un comunicado en el que anunciaban su retiro del proceso en caso de que el texto del artículo fuera expedido de forma distinta a la que se había conciliado en noviembre. El comunicado iba dirigido a instituciones estatales, organizaciones de derechos humanos y organismos internacionales. No hizo falta enviarlo a tantos destinatarios. La lectura ante algunos funcionarios del Gobierno bastó para que organizaran una reunión con los ponentes del Congreso y con las autoridades de las organizaciones indígenas para promover que el artículo quedara intacto. Y así fue.

El episodio de cambio del artículo conciliado despierta interrogantes sobre el alcance de la consulta previa en un trámite legislativo. En el caso del Decreto Ley no se sentó el precedente de que el Congreso pudiera cambiar el contenido acordado entre indígenas y Gobierno. No obstante, no existen pautas que conduzcan a que la autonomía del Congreso se ar-

monice con los acuerdos de buena fe que logre el Gobierno previamente con los indígenas y comunidades afrocolombianas en la consulta de proyectos de ley. En el futuro cercano, cuando sea elaborada la reglamentación de la consulta previa en Colombia, será necesario plantear esta dificultad y proponer algunas soluciones. Por ejemplo, considerar requisitos, reuniones o mayorías para dificultar el cambio de acuerdos consultados con los indígenas, sin limitar de manera absoluta la autonomía del legislativo.

El texto de la ley fue conciliado, y el 10 de junio de 2011, en una gran ceremonia y con el acompañamiento de Ban Ki Moon, secretario general de la ONU, el Presidente de la República sancionó la Ley de Víctimas.

La concertación del contenido del Decreto Ley

La promulgación de la ley iniciaba la cuenta regresiva para expedir el Decreto Ley de los indígenas, afrocolombianos y rom. Seis meses exactos desde entonces, hasta el 10 de diciembre tenía el Presidente la oportunidad de firmar los decretos. Aun cuando no habían comenzado las facultades extraordinarias –que entraron con la vigencia de la ley– se dieron avances importantes: la concertación de la metodología, la superación del obstáculo ante el Congreso y la redacción de articulados. Había dos propuestas: la de las organizaciones indígenas y la del Gobierno. Se contaba con poco tiempo para consultar con los pueblos y era importante no confundirlos con textos diferentes y complejos.

A finales de junio, en la Mesa Permanente de Concertación, el Gobierno y los delegados indígenas fijaron las reglas y el cronograma para los siguientes pasos: el 15 de julio, las partes intercambiarían las propuestas y durante la segunda mitad del mes concertarían un solo documento, cuya versión lista para la consulta previa sería acordada en la MPC a finales de ese mes. Durante agosto y septiembre se llevarían a cabo los encuentros de consulta previa de manera simultánea a lo largo y ancho del país. En octubre, la CAT incluiría en el documento los resultados de ese ejercicio. En la primera semana de noviembre se llevaría el texto a la Secretaría Jurídica de Presidencia para que rindiera su concepto sobre el Decreto Ley. Finalmente, se protocolizaría la consulta ante la MPC. El texto que resultara de allí no admitiría cambios posteriores y sería el que firmaría el Presidente de la República antes del 10 de diciembre de 2011.³²

³² Mesa Permanente de Concertación, Acta del 28, 29 y 30 de junio de 2011.

Todos estos pasos se cumplieron, pero no en los tiempos previstos. Las organizaciones condicionaron la entrega de su propuesta de articulado a que el Gobierno enviara la suya. El Gobierno había recibido la propuesta redactada por el CIJUS, pero requirió un tiempo para realizar ajustes, que al final llevaron a un articulado sustancialmente distinto. El mismo día en que el Gobierno envió su texto, a vuelta de correo las organizaciones remitieron el suyo, un mes después del momento acordado.

La conciliación no comenzó el 18 de julio de 2011, como estaba previsto, sino un mes después y no duró dos semanas, sino cuatro, en jornadas diarias de ocho de la mañana a ocho de la noche, incluyendo fines de semana. En las instalaciones del Hotel Dann, en el centro de Bogotá, se reunieron diariamente los delegados de la CAT y sus acompañantes con los delegados del Gobierno para este proceso.

Al inicio de la discusión hubo algunos inconvenientes que fue necesario superar. De un lado, los asesores de la CAT que el Gobierno se había comprometido a financiar en la metodología acordada en marzo llevaban tres meses trabajando, pero aún no habían sido contratados. Las organizaciones exigieron superar este obstáculo para comenzar. Cuando iniciaron las reuniones, no había ninguna metodología de trabajo ni claridad sobre quiénes serían los interlocutores válidos.

Finalmente, las discusiones sobre restitución de tierras se negociaron con el equipo del Proyecto de Protección de Tierras del Ministerio de Agricultura. Cuando la negociación giraba alrededor de asistencia, protección y atención, los interlocutores gubernamentales fueron funcionarios expertos de Acción Social. En los temas de reparación, el diálogo se dio con el Ministerio del Interior y de Justicia, a través del director de la División de Justicia Transicional. En general, el proceso fue acompañado permanentemente por el Ministerio del Interior, primero bajo la dirección del viceministro Aurelio Iragorri y posteriormente de Juan Fernando Londoño y de manera constante por el director de Asuntos Indígenas.

El inicio de la negociación fue difícil. Ante todo era necesario definir el marco del Decreto. El Gobierno defendía que fuera el mismo de la Ley de Víctimas, es decir, basado en la justicia transicional y exclusivamente como respuesta a violaciones generadas por el conflicto armado. Las organizaciones no compartían esta posición. La CAT expresó que no tenía competencia para ceder en este asunto porque se trataba de un tema político sensiblemente importante para los pueblos indígenas. La discusión se mudó a la oficina del viceministro del Interior Aurelio Iragorri, con quien

fue posible llegar a un acuerdo. No se hablaría de justicia transicional en el Decreto, el marco teórico se concretaría en las medidas de reparación, y de allí se tomarían los elementos para la definición de víctimas. El punto se resolvió después durante la conciliación, en donde se concluyó que la definición de víctima no se circunscribiría al conflicto armado, sino que se definiría en los términos que diagnosticó la Corte Constitucional: con los factores vinculados o subyacentes, es decir, aquellos que tienen una relación con el conflicto, aunque puedan tener un origen legal, y las circunstancias que generan o nutren el conflicto, como pobreza, marginación y discriminación histórica.

Superado este obstáculo, los equipos se enfrentaron a otro de tipo práctico: ¿sobre cuál versión negociarían? La CAT hizo un esfuerzo preliminar por comparar los primeros artículos de ambas versiones y proponer redacciones que recogieran los elementos de ambos. Así, los grupos se focalizaron en esta propuesta y poco a poco terminaron tomando como base la iniciativa indígena. En el caso de restitución territorial, el equipo del Gobierno presentó las fortalezas y debilidades de cada una de las versiones y mostró que la suya era más robusta y, por ello, las discusiones tomaron ese texto como base.³³

El texto era proyectado en la pared y los cambios se hacían frente a todo el equipo. Solo se pasaba al siguiente artículo cuando se lograba una redacción que satisfacía a todos. Aquellos puntos sobre los cuales no era posible llegar a un acuerdo se resaltaban para que los tratara directamente la Mesa Permanente de Concertación. Los momentos de mayor estancamiento ganaban tensión cuando los funcionarios del Gobierno explicaban no estar habilitados para dar un paso determinado. Ante ello, los delegados exigían la presencia de personas con capacidad de decisión. Por lo demás, había un ambiente favorable a la negociación y a la búsqueda de alternativas. Aunque prolongado y agotador, este procedimiento constituyó un eficaz mecanismo para garantizar las tres condiciones de posibilidad de la consulta: la circulación de información (que era compartida en vivo en las discusiones, en la pantalla), el uso adecuado del tiempo (por cuanto se dedicaba el tiempo posible a la discusión detallada de los detalles clave del articulado) y la existencia de poderes de contrapeso (en la medida en que en las sesiones siempre estaba presente un numeroso grupo de líderes in-

33 Entrevista con Diana Carrillo González, asesora ONIC, 23 de enero de 2011.

dígenas, testigos de los pueblos y organizaciones de expertos en derechos humanos a quienes la Mesa y la ONIC habían pedido que acompañaran el proceso).

Los puntos principales sobre los cuales no había acuerdo entre la CAT y el equipo técnico del Gobierno fueron llevados a la Mesa Permanente de Concertación el 14 y 15 de septiembre de 2011. Entre ellos, los más polémicos fueron: la fecha desde la cual serían reparadas las víctimas y restituidos sus territorios; la exigencia no solo de consulta previa, sino del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas para la construcción de los planes de reparación colectiva que preveía el Decreto y en cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte para cualquier medida sobre los territorios indígenas; la prohibición de compensar el despojo territorial monetariamente, y la fijación de mayores requisitos para la expedición de licencias ambientales en territorios indígenas.

En las sesiones de la Mesa Permanente de Concertación fue posible llegar a acuerdos sobre varios de estos puntos. Sin embargo, la fecha de inicio para las reparaciones y los temas relacionados con licencias ambientales no pudieron ser negociados. Frente a las pretensiones de la MPC con respecto al segundo punto, el Ministerio de Ambiente emitió un concepto negativo, pero en esta etapa del proceso nunca participó directamente. El 15 de septiembre estuvo terminada la versión concertada en la MPC que sería llevada a consulta previa con los pueblos indígenas de todo el país.

La consulta previa por todo el país

El final de septiembre fue dedicado a preparar las consultas previas que iniciaron la primera semana de octubre. En pocos días, Gobierno y organizaciones indígenas dieron cuenta de los preparativos, como jornadas de capacitación a los equipos que participarían en el proceso, la metodología de los encuentros y los mecanismos de recolección de los pronunciamientos de los representantes indígenas en las regiones. Para ello, acordaron la conformación de una secretaría técnica tripartita en cada uno de los encuentros, que estaría integrada por un delegado del Ministerio del Interior, uno de las organizaciones indígenas y otro de los pueblos que participaban en el evento. Habría, además, un coordinador del Gobierno y otro de las organizaciones indígenas. Los temas se presentarían por aparte y siempre habría un responsable de su exposición.

La CIT se encargó de diseñar y de ejecutar sin el Gobierno el proceso en la Sierra Nevada de Santa Marta, con los pueblos kogui, arhuaco,

kankuamo y wiwa. La OPIAC, por su parte, adelantó los encuentros de los pueblos en la Amazonía, en seis departamentos (Amazonas, Guainía, Guaviare, Putumayo, Caquetá y Vaupés). La ONIC en todos los demás pueblos del país y AICO en las regiones que representa.

Las autoridades políticas de los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta (SNSM) confluyen en el Consejo Territorial de Cabildos (CTC), punto de encuentro entre los cabildos mayores de los cuatro pueblos. Han acordado internamente y con el Gobierno que todos los asuntos que afecten a la SNSM serán definidos allí, aun si ocurren en el territorio de un solo pueblo. La metodología de la consulta para la SNSM se precisó entonces en el CTC. Se determinó que la consulta sería autónoma, sin el Gobierno, y que se le daría prelación a la consulta cultural, la ordenada por los *mamos* y guías espirituales para que los contenidos se revisaran de acuerdo con la ley propia y en los espacios tradicionales en donde se deben dialogar estos temas.

Se llevaron a cabo encuentros en los cuatro pueblos en distintas comunidades, en donde se expresaron críticas –especialmente la brevedad del tiempo de la consulta– y aportes. La SNSM llevó a cabo un proceso muy profundo y de enorme capilaridad para tejer su propuesta del Programa de Garantías, que contiene elementos muy importantes de reparación. Varias comunidades no compartían la necesidad de escindir ambas propuestas y pidieron que el Decreto fuera respetuoso y reflejara lo que ellas ya habían manifestado en la primera consulta.³⁴

El proceso en la Amazonía fue liderado por la OPIAC y acompañado de manera permanente por el Gobierno. Se conformaron dos equipos, uno que viajó por Guainía, Vaupés y Guaviare, y otro por Putumayo, Caquetá y Amazonas. Los encuentros fueron departamentales y duraron tres días. Hubo tiempo para explicaciones del contenido y oportunidades para trabajo en comisiones, así se reducía el número de personas y era más sencillo concentrarse en aspectos importantes del texto. En algunos casos, la presencia del Gobierno fue solamente protocolaria y logística, porque no fueron delegadas personas informadas sobre el proceso ni los contenidos de la propuesta. En otros, en cambio, el Gobierno participó en las discusiones sustantivas del texto.³⁵

34 Entrevista con Belkis Izquierdo, CIT, 23 de enero de 2012.

35 Entrevista con Ginny Katherine Alba, OPIAC, 23 de enero de 2012.

En los demás departamentos y pueblos del país, la consulta fue liderada por la ONIC y, en algunas regiones, con AICO. Los primeros encuentros fueron departamentales y luego macrorregionales, todos con una duración de dos días. Iniciaban con el nombramiento de traductores que fueron remunerados por su servicio. Una vez reunidos los participantes, se proponía a los pueblos presentes realizar un ritual de armonización. Algunos se negaron a llevar a cabo alguna práctica tradicional o espiritual, por considerar el lugar y la situación inadecuados. Otros, en cambio, sí comenzaron el evento con un ritual.

El primer día transcurría con la presentación general tanto del proceso como del Decreto. La exposición de los antecedentes –de cómo las organizaciones habían optado por esta salida ante la encrucijada de la inconsulta Ley de Víctimas– siempre corría por cuenta de un representante de la CAT o alguno de sus asesores. La CAT consideró prioritario difundir con claridad las razones y argumentos frente a las recientes decisiones tomadas en la MPC. Adicionalmente, repartió entre los asistentes las cartillas didácticas *Tejiendo derechos*, elaboradas de manera conjunta entre ONIC y Dejusticia sobre reparaciones a los pueblos indígenas y consulta y consentimiento libre, previo e informado.

Previamente a la ronda de encuentros, la CAT y los delegados del Gobierno que participarían en las consultas –los mismos funcionarios que estuvieron durante la delegación– identificaron contenidos mínimos que serían transmitidos en la consulta. En los encuentros departamentales se alternaban las presentaciones de la CAT y sus asesores, y las del Gobierno. Normalmente, se apoyaban en presentaciones visuales que se proyectaban en la pared, y se permitía a la audiencia participar y plantear sus interrogantes y comentarios en cualquier momento. Se explicaban, por lo general, el objeto y ámbito, los principios, los daños y formas de reparación, el enfoque diferencial que contemplaba el Decreto para mujeres, niños, niñas, jóvenes y mayores, las medidas de protección, asistencia y atención, el capítulo de restitución y, finalmente, el de institucionalidad.

Durante el segundo día se promovía una participación más activa por parte de los representantes indígenas. Para ello, la jornada iniciaba con la división en grupos para analizar por separado y sobre el texto cada tema grueso. En este ejercicio, los delegados indígenas revisaban y discutían la redacción, proponían cambios o ajustes y expresaban sus inconformidades. Al llegar la tarde, había una puesta en común de las conclusiones de cada grupo.

En el caso del Cauca, se llevó a cabo un encuentro organizado y financiado por el Consejo Regional Indígena del Cauca con delegados de la CAT para dialogar sobre el proceso y los contenidos propuestos.

Las mayores dificultades de los encuentros departamentales consistieron en que las convocatorias, con frecuencia, se realizaron de manera tardía y los pueblos no contaron con tiempo para delegar a los representantes idóneos y hacer los preparativos para la reunión. De otro lado, los pueblos lamentaron la falta de fluidez en la comunicación entre las organizaciones con asiento en la MPC, pues poco conocían del Decreto y del proceso que se estaba llevando a cabo. Con base en la desconfianza alimentada por procesos de consulta infructuosos en el pasado, representantes indígenas se negaban a firmar las listas de consulta previa hasta no tener certeza de qué tipo de proceso y de medida validarían con ello. Varios pueblos, incluso, consideraron que estas reuniones tan solo podían ser comprendidas como un momento de socialización, pero no de consulta previa.

La CAT y los asesores del Gobierno discutieron las críticas de los pueblos y buscaron algunas alternativas. En primer lugar, acordaron que las personas no serían presionadas a firmar ninguna lista de asistencia, y que se les pediría hacerlo una vez hubieran escuchado a los delegados en la reunión y consintieran en firmar. De otro lado, aceptaron que estos encuentros fueran comprendidos como una etapa de socialización de un proceso de consulta más amplio. Sin que hubiera sido planeado deliberadamente así, el modelo de consulta tomó una forma innovadora: tras los encuentros departamentales, el Gobierno se comprometió a financiar, donde lo solicitaran, encuentros en cada pueblo para que ellos, a su ritmo y con sus autoridades, compartieran y discutieran internamente el texto, recogieran las alternativas y propuestas y las llevaran a la reunión macrorregional.

Los equipos del Gobierno y de las organizaciones se sometieron a una verdadera maratón durante octubre y noviembre. Primero para los encuentros departamentales y posteriormente para los macrorregionales. En cada uno confluyeron representantes indígenas de pueblos diversos. Igual que los departamentales, duraron dos días y tuvieron una dinámica similar.

Justo antes de comenzar los encuentros macrorregionales, las organizaciones indígenas decidieron invitar a un nuevo actor a participar en ellos: los funcionarios de la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República, que haría un estudio de la viabilidad jurídica del articulado al fi-

nal del proceso. Esta revisión preocupaba a las organizaciones indígenas. Temían que los funcionarios, al no conocer a fondo el proceso ni haber participado en las discusiones, hicieran cambios drásticos a puntos fundamentales. Pero, sobre todo, temían que ministerios que habían permanecido distantes al proceso presentaran objeciones tardías sobre el Decreto, y que la Secretaría Jurídica los escuchara.

Acudieron entonces a dos estrategias: de un lado, le extendieron una invitación a esta oficina para participar en los encuentros que restaban. De otro lado, redactaron cartas a distintos órganos nacionales e internacionales en las que les relataban los detalles del proceso y los avances con respecto al Decreto. Pedían, al final, su acompañamiento en los pasos que faltaban, así como su vigilancia para que el Gobierno cumpliera con los acuerdos logrados hasta entonces. Esta carta fue enviada, entre otros, al Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al Relator de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la Organización Internacional del Trabajo, al Episcopado, al International Center for Transitional Justice, a Human Rights Watch, entre otros.

El primer día de los encuentros macrorregionales iniciaba con una exposición por parte de un delegado de la CAT sobre el balance de los comentarios, sugerencias y preocupaciones expresados durante los encuentros departamentales. Previamente a las macrorregionales, la CAT sistematizó las actas realizadas por el Gobierno y las relatorías por delegados indígenas para precisar los temas en los cuales los pueblos habían hecho mayor énfasis, con el fin de profundizar en ellos en estas jornadas.

Entre otros asuntos, encontró expresiones reiteradas sobre la importancia de concebir al territorio mismo como víctima; de enfatizar en el tema de las víctimas de zonas fronterizas y los daños individuales y colectivos a personas reclutadas de todas las edades; de definir de manera más adecuada las exigencias para ser considerado víctima y el marco temporal de la norma; varios pueblos pidieron la inclusión de la palabra profanación y un artículo sobre daños al territorio y no solo al medio ambiente, así como daños psicológicos; las mujeres reiteradamente resaltaron la importancia de caracterizar los daños que se les ocasionaba a ellas, así como a los niños y las niñas. En cuanto a las medidas de protección, señalaron que el capítulo como estaba planteado no proponía medidas puntuales de protección y no se daba prelación a sistemas propios, como la guardia indígena. Respecto a reparaciones hubo debates sobre la forma de asumir

la reparación individual, pues temían que tuvieran que tramitarse según la Ley General de Víctimas y no de manera diferenciada. Además, hubo intervenciones dirigidas a buscar formas para que las medidas de reparación no resultaran nugatorias con el arranque de la locomotora minera. Frente al territorio, representantes indígenas buscaban más certeza sobre el modelo de desarrollo planteado en el PND y las medidas de restitución, y frente a la institucionalidad cuestionaban cómo se garantizaría el presupuesto para el Decreto y cómo se armonizaría su implementación con la participación de las autoridades indígenas.

Tras la presentación del balance, los delegados indígenas exponían las conclusiones a las que había llegado cada pueblo en sus reflexiones internas. Varios pueblos hicieron un análisis pormenorizado y entusiasta del Decreto. Durante el segundo día, nuevamente se hacían comisiones de trabajo para tratar por separado y con más tiempo los temas gruesos, y la reunión terminaba con una puesta en común.

Los encuentros finalizaron en la segunda semana de noviembre. Con premura, se logró ejecutar el cronograma con una adecuada gestión logística del Gobierno. Sin embargo, la participación de sus delegados fue muy variable. En algunos casos no había representantes de todas las carteras relacionadas con el contenido. El equipo del Gobierno tuvo que repartirse entre las consultas indígenas y las de las comunidades afrocolombianas, en ocasiones, en detrimento de la calidad de los encuentros.

El cronograma estaba corrido. Hacía falta aún incorporar en el Decreto lo expresado por los pueblos, conciliar los cambios entre la CAT y el Gobierno, enviar el texto a su revisión por la Secretaría Jurídica de Palacio y protocolizar la consulta previa en la Mesa Permanente de Concertación. Había menos de un mes para ello.

La sistematización de los insumos recogidos durante la consulta previa fue realizada por la CAT. El Gobierno no realizó ningún ejercicio de sistematización de los pronunciamientos de los delegados indígenas en las regiones. La CAT incorporó en una matriz todas las sugerencias expuestas en los encuentros: en la primera columna recogió los argumentos u objeciones sustanciales principales. En la segunda, acopió los pronunciamientos individuales sobre los argumentos gruesos, con la cita exacta del pueblo y encuentro en que se expuso. En la tercera, se señalaban los artículos de la propuesta concertada a los que aludía la inquietud, luego se expresaba qué tipo de cambio se requería y, finalmente, propuestas de redacción. El cuadro era el siguiente:

Inquietudes de fondo	Pronunciamentos	Artículos cuestionados	Tipo de cambio (adición, supresión, modificación)	Propuesta de redacción

El desenlace y la concertación final

Nuevamente, el 16 de noviembre de 2011, los equipos indígenas y del Gobierno se reunieron en el Hotel Dann para ajustar el Decreto a lo expresado en la consulta previa. Para entonces ya se habían sistematizado y dividido en bloques temáticos todas las actas y relatorías. Con base en ello, en grupos conformados por delegados indígenas y del Gobierno, hubo nuevamente una concertación de los cambios a los distintos artículos cuestionados en las consultas.

La semana entre 23 y 27 de noviembre estaría dedicada al Congreso de los Pueblos para dar las últimas puntadas al Programa de Garantías, ordenado por la Corte Constitucional en el Auto 004 de enero de 2009. La concertación del Gobierno y los delegados indígenas se volcaría hacia esta materia, pero también urgía terminar de concertar el articulado del Decreto. La fecha límite (10 de diciembre) se acercaba. En el Hotel Inter de Bogotá, en la carrera tercera con calle veinte, en el quinto piso, las discusiones durante esta semana se alternaron entre Programa de Garantías y Decreto con Fuerza de Ley, de tal forma que pocos funcionarios del Gobierno y algunos de los delegados indígenas escaparon a la confusión entre un tema y otro.

Las discusiones se prolongaron varias veces hasta despuntar el día. El capítulo de protección, por ejemplo, había sido uno de los más discutidos en las consultas y contaba con propuestas nuevas. Fue necesario reelaborar puntos sustanciales y someterlos a tensas discusiones con el Ministerio de Defensa y en otros casos eliminar artículos que el Ministerio objetaba. De lado y lado había propuestas y razones constitucionales que las respaldaban, pero fue posible llegar a varios acuerdos.

El sábado 26 de noviembre, la discusión recayó a lo largo del día sobre el Programa de Garantías y giró hacia el Decreto a las siete de la noche. Entonces, llegaron a la reunión ministerios que habían asistido a las sesiones de la Mesa Permanente de Concertación, pero no habían participado directamente en el proceso. El Ministerio de Ambiente había protagonizado esa semana algunas discusiones infructuosas sobre el Programa de Garantías, tras lo cual la MPC decidió vetarlo por su poca actitud propositiva. La noche del 26 de noviembre, los ministerios de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el de Minas decidieron dejar constancia en la Mesa de sus distintas objeciones. La temperatura del ambiente subió y alcanzó un punto crítico con la intervención del exviceministro del Interior que increpó a los ministerios que no habían participado en todo el proceso y ahora se presentaban con objeciones. Recordó que habían sido invitados a participar en todas las sesiones de la MPC y que habían tenido acceso al texto desde hacía varios meses.

La mayoría de las objeciones tenían que ver con las disposiciones del Decreto que se relacionaban con el territorio. El documento conciliado tomaba como eje la importancia del territorio para los pueblos indígenas, pero la consulta arrojó que era necesario fortalecer este aspecto. Surgieron nuevas propuestas como la de declarar que “para los pueblos indígenas, el territorio es víctima”, lo cual no implica que lo sea para el Estado. Además, se precisó cuándo se causan daños directamente al territorio y cómo se pueden reparar. Estos puntos exacerbaron a los ministerios de Ambiente y Minas, que pidieron supresiones o modificaciones drásticas de estos artículos y dejaron constancia de su posición.³⁶

Se asomó una asimetría entre los funcionarios del Gobierno que rotaban y los delegados indígenas que permanecían. Los primeros trataban los asuntos de su interés y podían retirarse a descansar. Los segundos tenían que aplazar su descanso hasta el final del proceso. Hasta las seis de la mañana, un equipo y otro dejaron constancias sobre elementos sustanciales, a lo largo de un diálogo sin acuerdo. A las seis no había quórum ni disposición de discutir con los ministerios que nunca estuvieron en el proceso. La funcionaria del Ministerio de Minas se acercó a quien llevaba el acta de ese gabinete y le dictó sus objeciones. El resultado de esta noche de conflicto fue entregado a la Secretaría Jurídica de Presidencia el lunes 28 de noviembre. Exactamente quedaban dos semanas para la firma del Decreto.

³⁶ Entrevista con Diana Carrillo, asesora ONIC, 23 de enero de 2011.

En medio de esa coyuntura, *La Silla Vacía*, el conocido medio de comunicación digital, publicó un oportuno artículo titulado “Consulta con afros e indígenas tienen en cuerda floja Ley de Víctimas”. Tras mostrar los antecedentes de esta consulta, resumió cómo habían transcurrido los procesos de afros e indígenas, y cómo la aparición de ministerios que no habían estado presentes amenazaba el proceso.³⁷

El siguiente viernes, la CAT fue convocada a una reunión con el Viceministro de Justicia, los dos viceministros del Interior, el de Defensa, funcionarios de los ministerios de Ambiente, Minas, Cultura y Hacienda, y de Planeación Nacional. El diálogo fue difícil. Delegados de la CAT expresaron su percepción de que en el Gobierno había un ala moderada y una radical que buscaba objetar elementos centrales del Decreto, a la que llamaron antiindigenista, encabezada por los ministerios de Ambiente y Minas. Se levantó la sesión, y la CAT, en reunión con el Ministerio de Agricultura, pudo resolver algunos de los puntos polémicos.

La situación era tensa para los participantes del proceso. El Ministerio del Interior promovió una serie de reuniones entre la CAT y algunos ministros. El 4 de diciembre, sábado a las once de la mañana, fue convocada una reunión en el Ministerio de Ambiente. El ministro de esa cartera Frank Perl, funcionarios de la Oficina Jurídica y el viceministro del Interior Juan Fernando Londoño participaron en la reunión. Allí, el Ministerio de Ambiente rectificó la falla de no haber participado en el proceso, pero expresó su voluntad de dialogar en adelante con los pueblos indígenas. Tanto el Ministro de ese gabinete como el Viceministro del Interior manifestaron que era necesario establecer reglas sobre la coordinación entre los ministerios de cara a la consulta. La CAT les recordó que este asunto había sido previsto en marzo en la elaboración de la metodología de la consulta.

Luego, el Ministro expresó que los indígenas solo se manifestaban en torno a sus derechos, pero no planteaban sus deberes. Le preocupaba que en el Decreto no hubiera unidad de materia, pues se trataban temas ambientales en un asunto de justicia transicional. La CAT, por su parte, pronunció su preocupación de que el Ministerio de Ambiente, que debía ser aliado de los indígenas por perseguir ambos un objetivo común, presentara objeciones tan duras al Decreto. Le explicó al Ministro por qué el tema ambiental y territorial es pertinente en un Decreto de Reparación de Pueblos indígenas.

37 *Lasillavacia.com*, “Consulta con afros e indígenas tiene en la cuerda floja ley de víctimas”, 1 de diciembre de 2011.

Al cabo de la reunión se acordó que la CAT se reuniría con funcionarios de la Oficina Jurídica del Ministerio para revisar los artículos controvertidos. Este encuentro se llevó a cabo esa misma tarde, con resultados mixtos. Algunos puntos pudieron ser resueltos satisfactoriamente, pero la discusión se estancó de manera definitiva cuando el Ministerio no cedía ante su posición de reemplazar por una única alternativa de propuesta el artículo sobre reparación a los daños ambientales y territoriales. La CAT intentó adelantar el ejercicio de conciliación para el cual ya estaba entrenada, pero el Ministerio fue inamovible en este punto.

El lunes 6 de diciembre hubo una reunión con el Ministro de Minas. Allí, la CAT expuso que las actividades mineras tenían una relación con el conflicto y, en varios casos, podían contribuir a su exacerbación. La posición del Ministerio también fue firme y consistía en que todas las afectaciones de los pueblos indígenas que se relacionaran con la minería no debían ser incluidas en el Decreto Ley de Víctimas, sino en la Reforma al Código Minero.

Al día siguiente estaba lista la primera revisión realizada por la Secretaría Jurídica. El Ministerio del Interior, a primera hora convocó a la CAT y a los equipos negociadores del Gobierno a las instalaciones del Ministerio para analizar el documento. Había tres ejemplares impresos que no podían ser extraídos del salón. No había versión en medio magnético. Por la mañana hubo dos momentos: primero, la revisión colectiva de los cambios de las disposiciones generales y principios, y, luego, en grupos, la división en tres distintos temas.

Los cambios fueron resumidos, y la CAT priorizó los que consideraba de mayor gravedad. Varios correspondían a las objeciones de los distintos ministerios. Por ejemplo, el artículo de la reparación a los daños territoriales y ambientales había sido completamente eliminado. Asimismo, quedó por fuera la propuesta de los pueblos de la SNSM, que consistía en medidas de memoria histórica para “establecer la relación existente entre los territorios indígenas y los intereses sobre los recursos naturales, la militarización de los mismos y la disputa sobre el control territorial de los actores armados y su relación con las multinacionales y otros particulares”.

Tras una acalorada discusión sobre los puntos que habían sido eliminados o cambiados, el viceministro del Interior Aurelio Iragorri se comprometió a gestionar una reunión de la CAT con la Secretaría Jurídica de Palacio para el día siguiente. El 7 de diciembre todos se encontraron con el editorial de *El Espectador* sobre los procesos de concertación con indí-

genas y afros, que daba una señal de alerta frente a los riesgos de incumplir con los acuerdos a última hora.³⁸

Esa mañana tuvo lugar la reunión de la CAT con la Secretaría Jurídica de Palacio de Nariño. Para las organizaciones indígenas, este espacio constituía un mecanismo de contrapeso que balanceaba la situación entre las partes, pues los ministerios con objeciones al Decreto ya habían tenido la oportunidad de reunirse con la Secretaría. El diálogo fue amable y hubo oportunidad de conversar los puntos polémicos. La Secretaría no encontró impedimentos jurídicos para que permanecieran en el Decreto varios de los puntos conciliados y consultados con los indígenas, pero tardíamente objetados por algunos ministerios. Tras la reunión, la declaración de que el territorio es víctima, la definición de los daños territoriales y las medidas de reparación de estos daños, entre otros puntos, quedaron incorporados al texto.

Ese mismo día se protocolizó el Decreto en la MPC. El nueve de diciembre fue firmado por el Presidente de la República y expedido como el Decreto Ley 4633 “Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”.

Las lecciones de un proceso novedoso: algunas guías para consultas futuras

El proceso de consulta del Decreto Ley 4633 de 2011 dejó como resultado una novedosa y promisoría normativa sobre reparaciones, atención, protección, asistencia y restitución de derechos territoriales a pueblos indígenas. Asimismo, el proceso tuvo que abrirse paso entre las limitaciones temporales y la ausencia de estándares, reglas o buenas prácticas de consulta previa de medidas legislativas. De ahí que tuvo el reto de ser innovador desde el principio hasta el final. Por todo lo anterior, el proceso arroja luces jurídicas y prácticas que en el futuro pueden contribuir al diseño de procesos que no retrocedan con respecto a los avances logrados y que puedan corregir las fallas que pudieron ocurrir.

Para decantar estas lecciones, en esta sección final retomamos las condiciones de posibilidad de las consultas genuinas que formulamos al comienzo del texto. Nuestro objetivo no es proponer una guía detallada

para consultas previas de medidas legislativas. Es un esfuerzo por ponderar las buenas prácticas que deben ser tenidas en cuenta en el futuro, con la finalidad de garantizar los derechos de los pueblos indígenas que se protegen a través de la consulta previa de medidas legislativas.

Los mecanismos de contrapeso

Como vimos, una de las falencias estructurales más claramente identificadas en los procesos de consulta es la asimetría entre las partes participantes en términos de distintos recursos: económicos, humanos, de conocimiento y formación, condiciones de seguridad y mecanismos de presión, entre otros. Generalmente, el Gobierno –responsable de consultar– y otros grupos de interés –como empresas en casos relacionados, por ejemplo, con aprovechamiento de recursos naturales– cuentan con ventajas considerables frente a los pueblos indígenas.

Con frecuencia, la viabilidad y legalidad de las consultas se ven socavadas por estas profundas desigualdades. Por esto, hemos argumentado que cualquier consulta genuina debe incluir mecanismos de contrapeso que mitiguen o eliminen estas asimetrías. En este sentido, en ningún proceso debe ignorarse la existencia de situaciones estructurales que viven los pueblos indígenas, como la dispersión geográfica, que dificulta estar al tanto de los procesos nacionales y de otras regiones; la pobreza; los bajos niveles de escolaridad; la baja cobertura en salud y, en general, la ausencia del Estado en sus territorios. Tampoco debe olvidarse el traslape significativo entre territorios indígenas y zonas de conflicto armado, lo cual conduce a una limitación de su movilidad y de la posibilidad de disfrutar de los derechos civiles y políticos, como expresar libremente sus posiciones, reunirse, moverse por el territorio, entre otros.

Las desigualdades económicas, por ejemplo, derivan en múltiples otras desventajas para los pueblos indígenas y sus organizaciones, por ejemplo, en la posibilidad de reunir representantes de diferentes zonas del país y viajar a las regiones, asesorarse debidamente e incidir en la planeación de los encuentros. En el caso de consultas para medidas locales, de aprovechamiento de recursos naturales u obras de infraestructura, pueden conducir a que los pueblos acepten las medidas propuestas, dado que es la única alternativa que encuentran para salir de la pobreza, así su posición cultural o social sea otra.

Las desigualdades en términos de información limitan la posibilidad de considerar alternativas frente a las medidas propuestas o pueden facili-

38 *El Espectador*, “Concertando la Ley de Víctimas”, editorial, 7 de diciembre de 2011.

tar la inducción a error a los pueblos y organizaciones indígenas. Este tipo de desigualdades pueden llevar no solo a diálogos no basados en argumentos, sino que pueden facilitar el uso, por parte de quien consulta, de argumentos fundamentados únicamente en la autoridad.

Frente a esta realidad, el proceso de consulta del Decreto Ley analizado en las páginas anteriores logró incorporar algunos mecanismos de contrapeso. De un lado, los pueblos y las comunidades indígenas no se enfrentaron de manera solitaria, aislada y con las desventajas descritas al proceso de consulta. Las organizaciones indígenas con asiento en la Mesa Permanente de Concertación lograron generar una columna vertebral del proceso, que articuló sus dimensiones nacionales, regionales y locales. En su papel representativo, mantuvieron un diálogo político con el Gobierno nacional, las negociaciones jurídicas pertinentes, la participación, vigilancia y seguimiento en el proceso, la generación de acuerdos, la propuesta de alternativas y la búsqueda de canales que llevaran y recogieran la información a las regiones y desde ellas, entre otras funciones.³⁹

La participación activa de las organizaciones sociales es un factor trascendental para lograr horizontalidad en procesos de consultas previas de medidas legislativas. Lo anterior, que no significa que suplanten la participación de los pueblos indígenas, ayuda a que los pueblos estén coordinados entre sí, se desenvuelvan en las negociaciones y diálogos nacionales, regionales y locales, conozcan la coyuntura, las tensiones políticas y los argumentos jurídicos, y mantengan una continuidad a lo largo de todo el proceso. Además, cuentan con un importante rol de acompañamiento en la elaboración de alternativas, recolección y posicionamiento de los pronunciamientos y de los pueblos, y de vigilantes de que el proceso de consulta se lleve a cabo de acuerdo con los estándares jurídicos.

³⁹ El rol articulador y la función de poder de contrapeso de la Mesa es posiblemente la diferencia fundamental entre los resultados positivos del proceso de consulta con los pueblos indígenas, de un lado, y la tergiversación y corrupción del proceso de consulta con las comunidades negras, del otro. Como en otras ocasiones, la consulta del Decreto Ley sobre restitución y reparación de comunidades afrodescendientes fue una negociación opaca entre el Gobierno nacional y la Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, instancia que, a diferencia de la Mesa de Concertación Indígena, no aglutina eficazmente los intereses y voces de la población que dice representar, sino que se convirtió en una fuente de beneficios para sus miembros más poderosos y su clientela política. Véase *La Silla Vacía*, “Rosa Solís, el dolor de cabeza de los grandes proyectos del Gobierno”, 29 de marzo de 2012.

Sin embargo, la sola participación de las organizaciones no garantiza la horizontalidad del proceso, por dos motivos. En primer lugar, porque las organizaciones también pueden encontrarse en considerable desventaja con respecto al Gobierno y otras partes interesadas en el proceso. En segundo lugar, porque los titulares del derecho a la consulta previa son principalmente los pueblos, de tal forma que si estos no pueden participar de manera libre e informada en el proceso, la consulta pierde sentido y con ello cualquier esfuerzo de las organizaciones representativas.

Por ello, es necesario tomar medidas en contra de las desventajas de las organizaciones y de los pueblos indígenas. En el proceso de consulta previa del Decreto Ley hubo factores que condujeron a la mitigación de las desigualdades entre las organizaciones y el Gobierno. De un lado, las organizaciones se apropiaron del tema y se prepararon con argumentos jurídicos y políticos. Este fue un proceso deliberado de formación en el interior de ellas, en el cual analizaron la coyuntura política, los estándares internacionales, las experiencias comparadas y el acumulado de su conocimiento sobre las posiciones de los pueblos indígenas. En esta etapa fue crucial la contratación por parte del Gobierno de tres expertos elegidos por las organizaciones que apoyaron a la CAT en los distintos momentos del proceso.

De otro lado, las organizaciones se fortalecieron con las alianzas con otros sectores sociales. Entre ellos, las organizaciones de víctimas, la academia, otras organizaciones sociales e, incluso, actores políticos como congresistas afines. Estas alianzas no solo dieron un respaldo político importante, sino que fueron fundamentales en el proceso formativo de las organizaciones, dado que estos otros sectores compartieron su experiencia y conocimiento, y aportaron ideas para solucionar momentos de estancamiento.

Todo ello permitió que las organizaciones se prepararan para una negociación con el Gobierno basada en argumentos jurídicos y políticos y contaran con herramientas para combatir asomos de arbitrariedad o autoritarismo. Las organizaciones se caracterizaron por su papel activo y propositivo, al presentar propuestas estructuradas sobre la metodología de la consulta y sobre el articulado del Decreto. Esto desembocó en uno de los rasgos más novedosos y aleccionadores del proceso: el hecho de que los pueblos indígenas, en lugar de ser simples interlocutores frente a una propuesta única del Gobierno, presentaron una propuesta propia. De esta forma, el proceso de construcción y expedición del Decreto Ley

fue genuinamente colaborativo y horizontal, en la medida en que, como vimos, los artículos surgieron literalmente de un proceso de coescritura entre las organizaciones indígenas y el Gobierno.

A su vez, durante este proceso de consulta previa, el Gobierno le apostó a un proceso permanentemente dialogante, con funcionarios dedicados y negociaciones con los responsables de la toma de decisiones en su interior. El momento crucial en donde se manifestó esta actitud negociadora basada en la fuerza de los argumentos y no en otros mecanismos de presión o poder fueron las conciliaciones de textos realizadas antes y después de los encuentros de consulta previa en las regiones. Este ejercicio permitió encontrar fórmulas en las que tanto el Gobierno como las organizaciones tenían que aportar o ceder de manera análoga, y no una parte en desventaja de la otra.

Los pueblos y comunidades, a su vez, no contaron con suficientes herramientas para la superación de desventajas estructurales. Si bien los costos de asistencia a la consulta fueron asumidos por el Gobierno, no todos los pueblos pudieron participar en condiciones óptimas. Las convocatorias llegaron tarde en ocasiones y no permitieron delegar oportunamente a los representantes. Algunos de los pueblos solicitaron y les fueron entregados recursos para un proceso de análisis interno sobre la propuesta del Decreto Ley, pero sobre este asunto no hubo suficiente apoyo, planeación ni coordinación. Los pueblos y comunidades, y las organizaciones regionales y locales, también deben contar con mecanismos que les ayuden a ampliar su conocimiento y a establecer redes y alianzas para disminuir las condiciones de desventaja estructural.

Una dificultad final es la búsqueda de superación de desigualdades ante otras instancias determinantes en el proceso de consulta previa. En el proceso del Decreto Ley, por ejemplo, fue posible que las organizaciones indígenas tuvieran en la Secretaría Jurídica de Presidencia un espacio similar al que tuvieron los ministerios que objetaban asuntos del Decreto. De otro lado, ante el Congreso, los pueblos indígenas pueden contar con desventajas considerables. El Gobierno se comprometió a defender políticamente los acuerdos con los indígenas en su trámite legislativo, pero no existe ninguna salvaguarda jurídica que busque la eliminación de desventajas estructurales ante el Congreso de la República. En el momento en que se regule la consulta previa, deberán establecerse mecanismos para que el Congreso no pueda, al menos tan fácilmente, eliminar los acuerdos logrados durante la consulta. En algunos casos, incluso, podría establecer-

se que ciertos acuerdos son inmodificables, dada su relación con la permanencia y pervivencia de los pueblos indígenas en Colombia.

Cada proceso de consulta previa debe prever en su diseño herramientas de disminución o eliminación de desventajas estructurales en todos los niveles que conduzcan a que la participación de pueblos indígenas no sea solo pasiva –receptores de información– sino activa –constructores de propuestas y negociadores.

La circulación de la información

Como vimos al comienzo de este documento, la información sobre los contenidos y los efectos de las consultas suele ser limitada e inaccesible para los pueblos indígenas y sus organizaciones. El proceso de consulta previa del Decreto Ley ilustra las dificultades y las alternativas de solución de este punto sobre el que hubo una tensión permanentemente entre el Gobierno y las organizaciones. En la propuesta metodológica presentada en marzo de 2011 por las organizaciones en la MPC, se establecía que la consulta debía iniciar con encuentros locales y luego departamentales. Contaba además con un calendario que mostraba que esto era viable a pesar de las limitaciones temporales, siempre que se iniciaran a tiempo y se realizaran encuentros simultáneos. Finalmente, el Gobierno no aceptó encuentros locales y la consulta comenzó a nivel departamental.

Sin embargo, para lograr la participación de comunidades y pueblos, se encontró la alternativa de que el Gobierno apoyara financieramente reuniones de discusión en el interior de los pueblos indígenas. Los delegados que habían asistido a los encuentros departamentales llevarían consigo la propuesta de Decreto y se nutrirían de los cuestionamientos, argumentos y propuestas de los demás miembros de su pueblo y comunidad, de tal forma que los recogería y llevaría a la consulta macrorregional. Este mecanismo funcionó adecuadamente en algunos pueblos, en otros, no. La SNSM realizó todo su proceso de manera autónoma, pero no hubo una conexión idónea entre lo discutido allí con el proceso de consulta nacional.

Cada diseño de consulta previa de medidas legislativas, en caso de que prevea estos espacios autónomos de discusión, debe identificar las condiciones propias de cada pueblo que facilitan o dificultan este diálogo interno, con el fin de encontrar estrategias para que sea efectivo y se conecte el proceso general de consulta previa.

Durante las reuniones departamentales y macrorregionales, el Gobierno y las organizaciones llevaron la información sobre la propuesta de

articulado y recogieron los aportes de los delegados indígenas en actas. No obstante, el Gobierno no hizo ningún esfuerzo por sistematizar esta información para hacer los cambios pertinentes en el articulado del Decreto. Esta fue una labor que hicieron las organizaciones a través de la CAT.

Las organizaciones, por su parte, idearon algunos mecanismos para llegar a representantes indígenas, pueblos y comunidades. Entre ellos, conversatorios, un amplio seminario en marzo de 2011 con delegados de todo el país, y la ONIC, en coautoría con Dejusticia, elaboró unas cartillas pedagógicas sobre consulta previa y reparaciones.

No obstante, no hubo una circulación adecuada de información. Los delegados indígenas en las regiones no estaban al tanto de lo que ocurría a nivel nacional y poco conocían sobre los antecedentes del proceso y la materia a regular, lo cual impidió su preparación para los encuentros departamentales.

De otro lado, no se debe olvidar que en Colombia hay 64 lenguas indígenas y un número significativo de representantes indígenas no domina el español. A pesar de que en los encuentros de consulta se nombraron traductores, no hubo un proceso previo de capacitación de los mismos, de tal forma que no se podía controlar la calidad de las traducciones realizadas y con ello el flujo de información hacia y desde los pueblos.

Un mecanismo de circulación de la información implica, entonces, un diseño adecuado de los encuentros de consulta previa, que si no llega al nivel local, facilite las discusiones internas en los pueblos indígenas y permita conectarlas con el proceso general de consulta. Asimismo, se requieren canales permanentes de información entre el Gobierno y los pueblos y organizaciones nacionales, regionales y locales, que pueden lograrse a través de seminarios, entrega de boletines, programas radiales y otros. Finalmente, son necesarios instrumentos interculturales de diálogo, lo cual implica la traducción, y de recolección y sistematización de los pronunciamientos de los representantes indígenas a lo largo de toda la consulta previa.

El uso adecuado del tiempo

La limitación principal de los procesos de consulta previa de medidas legislativas suele ser el tiempo. Los promotores de las iniciativas legislativas, en la mayoría de los casos, buscan que se tramiten a la mayor brevedad y, por ello, persiguen consultas ágiles y rápidas.

Contra esta tendencia, como vimos, una de las condiciones de posibilidad de las consultas genuinas es el uso adecuado del tiempo antes y

durante el proceso de consulta. Antes del proceso, se requieren diálogos preliminares que fijen las reglas de juego consensuales entre las partes. El hecho de que la Mesa Permanente ya estuviera en diálogo con el Gobierno en el contexto de la consulta del Plan de Desarrollo, permitió una discusión previa sobre las reglas de juego que se aplicarían al proceso del Decreto Ley.

Una vez iniciado el proceso de consulta, es indispensable evitar un ritmo atropellado que desconozca las condiciones de vida de los pueblos afectados. Esta fue una clara limitación del proceso que hemos analizado, en la medida en que, en virtud de la Ley General de Víctimas, la consulta del Decreto duraría solo seis meses desde el momento de la expedición de dicha ley. No obstante, los demás rasgos del proceso permitieron mitigar parcialmente esta falla, en la medida en que las organizaciones indígenas contaron con información y recursos suficientes para movilizar, en muy poco tiempo, un buen número de pueblos y comunidades que asistieron a las consultas locales y regionales.

Finalmente, el uso adecuado del tiempo implica darle continuidad al proceso, a través del cumplimiento de los acuerdos hechos durante el mismo y del mantenimiento de las reglas de juego y los interlocutores que participan a lo largo del diálogo. A diferencia de lo que sucede con frecuencia en las consultas, el proceso no debe suspenderse por negligencia ni reanudarse por afanes o urgencias políticas y jurídicas. Es necesario un trabajo dedicado y minucioso y es favorable que los responsables del proceso cuenten con suficiente disponibilidad de tiempo para sostenerse de manera continua en el proceso. Ello es aplicable tanto para el Gobierno como para las organizaciones indígenas.

Este fue un rasgo muy positivo del proceso analizado, que lo distingue de muchos otros. A lo largo del proceso del Decreto Ley, hubo más acuerdos entre el Gobierno y las organizaciones indígenas celebrados en la MPC que en los ocho años del gobierno anterior. Cada etapa se acordó en esta instancia, así como cada acuerdo sobre el contenido de la norma consultada. El Gobierno se comprometió no solo a respetar los acuerdos, sino a defenderlos en otras instancias, por ejemplo, a través de su bancada durante el trámite legislativo.

La fijación de acuerdos requiere, además de su cumplimiento, dos condiciones para que sea exitosa. De un lado, que no haya regresividad con respecto a los avances logrados. Ello implica la voluntad del Gobierno y de las organizaciones de abordar de manera siempre constructiva los

procesos de consulta previa, con miras a lograr que cada vez sean más horizontales, más participativos y más garantistas de los derechos.

Es entonces necesario que los acuerdos se basen en los estándares nacionales e internacionales y busquen superar las malas prácticas anteriores y reproducir y mejorar las experiencias positivas. Además, es fundamental que se establezca cuáles son alternativas que se adoptaron por una presión coyuntural, pero que no es deseable que se repitan, es decir, que en estos casos se haga siempre explícito su carácter excepcional. En el proceso de consulta del Decreto, el acuerdo de resolver la encrucijada del proyecto de ley de víctimas inconsulto a través de la expedición de Decretos Ley, respondió a una circunstancia política única, pero no conforme a los derechos de los pueblos indígenas y, por lo tanto, fue declarado desde el principio como excepcional.

De otro lado, al cumplimiento de los acuerdos contribuye la continuidad o estabilidad de los equipos participantes, tanto del Gobierno como de las organizaciones y pueblos. Es fundamental que cada parte tenga claridad con respecto a los voceros de la contraparte, para que los acuerdos realizados sean legítimos y exigibles. Para ello, los voceros deben estar legitimados para representar a su parte de manera integral, lo cual requiere un trabajo importante de armonizar las distintas posiciones que puedan surgir internamente. Es favorable la continuidad de los equipos de cada parte o al menos de sus voceros. En caso de cambios, los nuevos delegados deberán informarse y respetar plenamente los acuerdos, con la finalidad de no entorpecer el proceso ni socavar la confianza lograda.

En conclusión, las consultas con pueblos indígenas están atravesadas por profundos dilemas jurídicos y prácticos. A pesar de los avances considerables del derecho internacional y de la jurisprudencia constitucional, existe aún una notoria incertidumbre sobre cómo deben hacerse las consultas en la práctica. A esta dificultad se suma el hecho de que las circunstancias reales en las que se surten las consultas distan mucho de las ideales para un diálogo genuino entre las partes. De ahí que se requieran guías más precisas, tanto jurídicas como prácticas, que indiquen cómo se pueden realizar consultas verdaderamente previas, libres e informadas. Es una tarea difícil. Pero la experiencia de consulta del Decreto Ley de Víctimas Indígenas en Colombia muestra que no es imposible.

Referencias bibliográficas

- ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia). 2010. *Palabra dulce, aire de vida*. Bogotá: ONIC.
- Procuraduría General de la Nación. 2007. *Primero las víctimas. Criterios para la reparación integral de víctimas individuales y grupos étnicos*. Bogotá: PGN.
- Procuraduría General de la Nación. 2008. *Primero las víctimas. Criterios para la reparación integral de los grupos étnicos. Fase 2*. Bogotá: PGN.
- Rodríguez Garavito, César. 2012. *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, César, Meghan Morris, Natalia Orduz y Paula Buritica. 2010. "La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional". Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas. 2010. "La paradoja de la consulta previa en Colombia". *Aportes DPLF*, No. 14.
- Rodríguez Garavito, César y Yukyan Lam. 2011. *Etnorreparaciones: La justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas. 2012. *El movimiento del agua: la historia de la represa de Urrá y el destino del pueblo embera-katío*. Bogotá: Dejusticia.
- Uprimny, Rodrigo y Diana Guzmán. 2010. "En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales". *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 17: 231-286.