

Consulta Previa en Colombia: el caso de expansión del proyecto de Cerrejón

Enero de 2012



Índice

1. Actividades mineras en zonas indígenas y tribales en Colombia y la consulta previa	3
2. La norma internacional de consulta previa (CLPI).....	4
3. La legislación en Colombia sobre la consulta previa	6
4. La jurisprudencia Colombiana sobre la consulta previa	8
5. La consulta con comunidades indígenas por parte de Carbones del Cerrejón	9
6. Recomendaciones para los responsables políticos en Colombia.....	13
Bibliografía	14

1. Actividades mineras en zonas indígenas y tribales en Colombia y la consulta previa

Actualmente, en Colombia se está desarrollando un número de proyectos de minería a gran escala y actividades conexas, los cuales se encuentran situados dentro o cerca de los territorios o hábitats de pueblos indígenas (y/o comunidades afrodescendientes): en el 2010 las concesiones mineras coincidieron total o parcialmente con 267 mil hectáreas de territorio indígena. Las minas de carbón de El Cerrejón y la nueva MPX en La Guajira, al igual que la mina de carbón Drummond en el Cesar, inclusive su proyecto portuario relacionado, son proyectos que llaman la atención; igualmente las actividades exploratorias por parte de las minas de cobre Muriel Mining y Glencore en el Chocó y en Antioquía. En el futuro cercano, cada vez más comunidades indígenas se verán afectadas por actividades mineras, dado que gran parte de las centenas de concesiones que fueron otorgadas recientemente, se encuentran en los territorios de estas comunidades – a menudo territorios oficialmente reconocidos. Si todas las solicitudes de concesiones serían reconocidas, estas coincidirían con 5.4 millones de hectáreas de territorio indígena (HREV 2011).¹

Uno de los derechos más importantes que han sido incorporados en instrumentos jurídicos internacionales con relación a los

derechos de pueblos indígenas y ‘tribales’ (o sea los que viven en tribus), es el derecho a la *Consulta y al Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI)* (FPIC por sus siglas en Ingles), lo que quiere decir que los pueblos indígenas tienen el derecho a ser consultados sobre todas las medidas administrativas y legislativas que afecten su forma de vida, y especialmente sus tierras tradicionales, sus territorios y sus recursos (Anaya 2005). El derecho a la Consulta Previa (CLPI) sirve como garantía para la supervivencia física y cultural de estos grupos, que en el contexto de la globalización económica, pertenecen a los más vulnerables política y económicamente. El derecho a la consulta forma parte del derecho más amplio de estos pueblos a la ‘libre determinación’ (v.gr. Anaya 1996 y 2005; DPLF 2011).²

En Colombia, un país avanzado en Latinoamérica en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, esto significa que el gobierno, antes de tomar decisiones importantes acerca de cierto proyecto, se encuentra bajo la obligación de consultar con las comunidades indígenas y afrocolombianas que (posiblemente) son afectadas por la minería a gran escala. Esto significaría que en un proceso transparente, oportuno y justo las

¹ En otras palabras: “De los 33 distritos mineros existentes [en Colombia], 16 se sobreponen con más de 200 resguardos indígenas. Los territorios de los pueblos pijao, mokaná, inga, pasto, embera chamí, embera katío, yukpa, awá y kamentzá, son cobijados casi por completo por estos distritos, que han sido delimitados sin que las organizaciones o autoridades hayan sido consultadas o informadas” (Observatorio Indígena de Seguimiento a Políticas Públicas y Derechos Étnicos, 2008: 357). Para las comunidades afrodescendientes, que en Colombia gozan de derechos especiales al igual que los pueblos indígenas, en el contexto de la minería se pueden esperar cifras parecidas, pero esta situación no ha sido cuantificada de forma exacta.

² Según la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (UN DRIP, 2007):

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (art. 3). El Convenio 169 de la OIT (ILO C169, 1989) no hace una referencia explícita al derecho a la autodeterminación, pero sí da una descripción ilustrativa del concepto: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (art. 7.1).

comunidades reciben la oportunidad para participar en los planes para la futura explotación de recursos minerales. Sin embargo, en Colombia el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la Consulta Previa sólo ha sido incorporado de forma paulatina en la legislación y política secundaria, lo cual conlleva una gran falta de claridad entre gobiernos locales y grandes empresas sobre la

implementación y el alcance de la aplicación de este derecho en la práctica.

Para resolver esta falta de claridad, algunas empresas, a veces voluntariamente, organizan su propia consulta previa, para la cual ellas se basan en normas o estándares de organizaciones financieras internacionales.

2. La norma internacional de consulta previa (CLPI)

Históricamente, la discusión internacional sobre la norma o estándar para la consulta previa con las comunidades indígenas en el contexto de las industrias extractivas tales como la minería, se centra alrededor de la pregunta si en los procesos de participación el consentimiento de los pueblos indígenas – o su negación – debería tener consecuencias definitivas para un proyecto.

El derecho colectivo de los pueblos indígenas a la consulta previa fue formulado por primera vez en el derecho internacional en el Convenio número 169 de la OIT, el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, en 1989. El Convenio genera obligaciones jurídicas para los estados que lo hayan ratificado.³ Normalmente, el Convenio se articula en legislación nacional. En su artículo 15, el Convenio dicta lo siguiente sobre la consulta previa en el contexto de la minería:

“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras,⁴ los gobiernos deberán establecer

o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (OIT C169, art. 15.2).

OIT C169 se refiere únicamente al derecho de los pueblos indígenas a la consulta, y no formula un requisito explícito y claro de consentimiento o permiso para proyectos de desarrollo que puedan tener consecuencias para comunidades indígenas o tribales. El Convenio únicamente dicta el requisito de consentimiento en casos en los que la reubicación de una comunidad será inevitable. Sin embargo, el gobierno podrá sortear este requisito al aplicar procedimientos legales nacionales que posibilitan la representación efectiva de las comunidades afectadas. Un importante nuevo avance jurídico fue la aceptación en el año 2007 por parte de las Naciones Unidas de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (ONU DDPI).⁵ El principio de *Consulta Libre*,

reconocidos oficialmente como propiedad colectiva o no).

⁵ La Declaración no fue aceptada unánimemente por la Asamblea General, pero con la mayoría de los votos: 143 a favor; 4 en contra (Australia; Canadá; Nueva Zelanda y los EEUU) y 11 abstenciones. Los Países Bajos votaron a favor. Colombia fue el único país en Latinoamérica que se abstuvo del voto. Desde que la Declaración fue aceptada, Australia, Nueva Zelanda, Canadá y los EEUU todos revisaron su punto de vista y ahora

³ Hasta el momento, OIT C169 ha sido ratificado por no más de 22 países. Sin embargo, la mayoría de países en el continente Latinoamericano sí pertenece a este grupo. Colombia fue el segundo país en ratificarlo, mediante la Ley 21 de 1991.

⁴ El término “tierras” en el Convenio usualmente se usa como sinónimo de “territorios” (bien sean territorios o hábitats

Previa e Informada (CLPI) fue uno de los aspectos más controvertidos de la Declaración. Sin embargo la aceptación de la Declaración indica que a nivel internacional este derecho es cada vez más aceptado. El artículo 32 de la Declaración hace referencia a la consulta previa en el contexto de la minería: “*Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo*” (ONU DDPI, art. 32.2).

En algunos casos, ONU DDPI claramente expresa el derecho al consentimiento (y no sólo a la consulta). Pero a diferencia de OIT C169, la Declaración no es vinculante. Sin embargo se espera que con el transcurso del tiempo la Declaración obtendrá un carácter cada vez más vinculante, a la medida que sea referenciada como fundamento para decisiones legislativas y normas dentro de los estados. En el caso de la Declaración, este proceso recién ha iniciado.

En cuanto a los criterios fundamentales para un proceso de consulta en la práctica, OIT C169 coincide con ONU DDPI. Estos criterios son reforzados por las interpretaciones del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (v.gr. Anaya 2009b):

- La consulta debe realizarse previamente al inicio de un proyecto;
- La consulta debe realizarse con base en información completa y entendible;
- La consulta debe ejecutarse de buena fe según procedimientos adecuados a las circunstancias;
- La consulta tiene que haberse adaptado culturalmente y realizarse a

también apoyan la Declaración. Colombia también revisó su punto de vista, y ahora dice apoyar la declaración.

través de las instituciones representativas del pueblo indígena.

Los dos instrumentos jurídicos del derecho internacional anteriormente mencionados se dirigen a las obligaciones de los estados y no generan (de forma directa) obligaciones legales para las empresas. Sin embargo, Instituciones Financieras Internacionales han incorporado ciertos aspectos de CLPI en sus políticas que sí son aplicables directamente a empresas.

Así la CFI (Corporación Financiera Internacional; la sección del Banco Mundial para el sector privado), en su revisión de la Norma de Desempeño que recientemente finalizó (agosto 2011), ha reconocido explícitamente el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento en tres circunstancias específicas. Según la nueva Norma de Desempeño 7, sobre los Pueblos Indígenas (PS7), la cual entrará en vigencia el 1 de enero de 2012, existe el requisito de consentimiento por parte de las comunidades indígenas afectadas en caso de:

- “*Impactos sobre las tierras y los recursos naturales sujetos a régimen de propiedad tradicional o bajo uso consuetudinario;*
- *Reubicación de pueblos indígenas fuera de sus tierras y recursos naturales sujetos a régimen de propiedad tradicional o bajo uso consuetudinario;*
- *Impactos significantes de los proyectos en los recursos culturales centrales.*”⁶ (IFC PS7 revisado, pars. 13-17)

La Norma de Desempeño de la CFI no forma parte del derecho internacional, pero sin embargo tiene un efecto normativo, dado que contiene condiciones para empresas para obtener un préstamo de esta entidad financiera. Aunque organizaciones sociales mantienen una

⁶ La versión anterior de la Norma de Desempeño PS7 sobre Pueblos Indígenas (2006) hacía referencia a la *consulta* libre, previa e informada (en vez de *consentimiento*).

postura crítica acerca de las nuevas normas de la CFI (v.gr. FPP 2010), el cambio de terminología “de Consulta (CtaPLI) hacia Consentimiento (CtoPLI)” representa la aceptación de una fuerte interpretación normativa de CLPI (consentimiento) en la DDPI de las NNUU.

Dado que la consulta previa (CLPI) es una noción que sigue evolucionándose, las empresas, los gobiernos y las instituciones sostienen que no existe una definición comúnmente aceptada del derecho a CLPI. Esto es verdad sólo en parte, porque en los últimos años efectivamente se ha producido un consenso internacional sobre el significado del concepto. Las interpretaciones más recientes y

prestigiosas del concepto (al igual que de los procedimientos aplicables) han sido formuladas por el comité técnico de expertos de la OIT; las instituciones de las Naciones Unidas (por ejemplo el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), y la Corte Interamericana para los Derechos Humanos (v.gr. Oxfam Australia 2010). No obstante este desarrollo, los gobiernos muchas veces se muestran vacilantes en cuanto al reconocimiento del requisito de consentimiento, porque temen que CLPI entonces se convertirá en un freno para el desarrollo nacional (Rodríguez 2010; DPLF 2011).

3. La legislación en Colombia sobre la consulta previa

En el año 1991, mediante la promulgación de la Ley 21 del 1991, Colombia fue uno de los primeros países en Latinoamérica en ratificar el Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.⁷ Sin embargo, esto no fue suficiente para poder decir que el derecho a la consulta previa haya sido incorporado, desarrollado y especificado en la legislación nacional. Aunque el derecho a la consulta fue mencionado por primera vez en la legislación medioambiental (Ley 99 del 1993), recién en el 1998, mediante un decreto, se reglamentó el procedimiento de la consulta previa. Esto se hizo en el Decreto 1320 del 1998 “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.” Desde su inicio esta legislación fue duramente criticada, tanto por parte de organizaciones sociales como por el comité técnico de la OIT que supervisa la implementación del Convenio

por parte de los estados nacionales. También la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia T-652/98 sobre la consulta de los Emberá-Katío acerca de la construcción de la represa hidroeléctrica de Urrá en la cabecera del río Sinú, pronto calificó el Decreto 1320 como “*contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley núm. 21 de 1991*”.

Las críticas expresadas sobre el Decreto 1320 se refieren ambos al procedimiento y al contenido.

- En primer lugar el gobierno omitió consultar a los representantes de los pueblos indígenas sobre el texto de la norma, antes de promulgarla, lo cual no es de acorde con OIT C169.
- En segundo lugar el decreto de ninguna forma facilita la participación o consultación de comunidades locales afectadas durante la preparación y ejecución del estudio de los efectos medioambientales y la formulación del Plan de Manejo Medioambiental.
- Luego las organizaciones sociales e indígenas han señalado que la legislación no toma suficientemente en cuenta a las costumbres y tradiciones

⁷ Esta ley fue promulgada como consecuencia del reconocimiento, en la Constitución Colombiana del 1991, de los derechos colectivos de los pueblos indígenas al territorio y el autogobierno (o sea la autodeterminación interna) – véase los artículos constitucionales 7, 10, 63, 68, 72, 96(2), 171, 176, 246, 286, 287, 321, 329, 330, 341, 356 y 359.

indígenas, y sus instituciones representativas.

- En dos informes del 2001 el comité técnico de la OIT determinó que *“el Decreto núm. 1320 de 1998, no está de conformidad con el Convenio ni en lo que respecta a su elaboración, por cuanto no fue elaborado en consulta y con la participación de los pueblos cubiertos por el Convenio, ni respecto de su contenido”* y solicitó al gobierno Colombiano *“que lo modifique para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia”* (OIT 2010). No obstante la falta de legitimidad de la legislación, el gobierno sigue implementando el Decreto 1320 en las consultas previas (v.gr. Anaya 2009a).

También existen otros argumentos importantes para revisar la legislación sobre la consulta previa. (1) El Decreto 1320 regula la consultación de comunidades indígenas y afro-Colombianas previamente a la explotación de recursos naturales renovables, y no se expresa específicamente sobre la consulta en caso de exploración y explotación de recursos no-renovables, tales como materias primas minerales y combustibles fósiles. (2) El decreto no regula el derecho a la consulta de forma exhaustiva, porque no atañe la toma de decisiones dentro de dominios que tienen que ver con las culturas y las formas de vida de comunidades indígenas y afrodescendientes (por ejemplo la educación, el sistema de salud, el desarrollo rural). Al fin y al cabo, el derecho a la consulta se refiere en términos generales a medidas legislativas o administrativas que pueden afectarles directamente (OIT C169, artículo 6.1).⁸ (3)

⁸ El Decreto 1320 tampoco regula la consulta a pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas acerca de la legislación que pueda afectarles directamente (o sea que potencialmente tenga consecuencias para su cultura y su estilo de vida). La consulta a representantes de comunidades indígenas o afrodescendientes está regulada en reglamentos separados; en el Decreto 2248 de

El lenguaje del decreto ya no está al día (el decreto es de 1998). Con relación a los objetivos del proceso de consulta, el reglamento habla de “acuerdos” entre partes, sin referir al derecho de la población indígena y afrodescendiente a CLPI (consentimiento). De esta forma, la legislación se queda muy atrás con respecto a desarrollos sobre el tema en el derecho internacional y en sentencias recientes de la Corte Constitucional en Colombia.

Finalmente es importante señalar que el Decreto 1320 genera confusión sobre el derecho a la consulta de comunidades indígenas y afrodescendientes que no disponen de títulos de propiedad sobre su territorio (quiere decir que no tienen un resguardo jurídicamente reconocido). Por un lado, el decreto obliga al gobierno a realizar las consultas con comunidades que viven en “zonas no tituladas (colectivamente) y habitadas en forma regular y permanente”, pero por otra parte supedita este derecho al reconocimiento de estas comunidades y sus territorios ancestrales por parte del Ministerio del Interior y de Justicia y el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (artículos 2 y 3). Ya en varias ocasiones el comité técnico de la OIT ha determinado que *“La consulta prevista en [el Convenio] procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no, título de propiedad sobre los mismos”* (OIT 2007). También en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, de noviembre de 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) determinó que estas comunidades tienen derechos sobre sus tierras ancestrales, independientemente de lo que diga la legislación nacional al respecto, y que es con base en ello que deben de ser consultados.

1995, acerca de las Comisiones Consultivas de diferentes niveles para las Comunidades Negras, y el Decreto 1397 de 1996, acerca de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas.

4. La jurisprudencia Colombiana sobre la consulta previa

Aparte de la legislación nacional, el gobierno Colombiano también es vinculado por las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia sobre el derecho a la consulta de pueblos indígenas. Desde 1997 (en su Sentencia SU-039/97, acerca de la consulta sobre la explotación de petróleo en el territorio de los U'wa), en varias ocasiones, y también recientemente, la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado este derecho a la consulta. No es casual que la Corte Constitucional haya dictado algunas de estas sentencias en el contexto de proyectos de minería a gran escala.

- En Julio de 2010 (Sentencia T-547/10) la Corte ordenó el aplazamiento de la construcción del puerto en Puerto Brisa, porque los derechos a la consulta de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta no habrían sido respetados.
- En Marzo de 2011 (Sentencia T-129/11) la Corte ordenó la suspensión de la construcción de una carretera y la suspensión de una concesión minera en territorio indígena; en este caso también porque los derechos de las poblaciones indígenas afectadas no habrían sido respetados.
- En Mayo de 2011 (Sentencia C-366/11) la Corte declaró inexecutable la modificación al código minero (Ley 1382 de 2010), porque el gobierno había omitido consultar a los pueblos indígenas sobre la ley antes de aceptarla en el parlamento.

Otra sentencia importante de la Corte Constitucional es la Sentencia T-769 de octubre de 2009. En esta sentencia, la Corte exigió la interrupción de la fase

exploratoria del proyecto minero Mandé Norte en Murindó (Antioquia) por consulta deficiente de las comunidades afectadas Emberá y afrodescendientes. En la sentencia se hace referencia a jurisprudencia internacional sobre el tema. Se trata de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el antes mencionado caso Saramaka (2007). En esta sentencia, la Corte Interamericana define en qué debería consistir el cumplimiento con el requisito de la consulta previa en el contexto de proyectos de minería a gran escala. La CIDH determina que la consulta debe tener lugar en las primeras etapas del plan de desarrollo, con base en información completa y a través de procedimientos culturalmente adecuados y a través de instituciones representativas indígenas. Luego, la Corte también pone énfasis en que el Estado no sólo tiene la obligación de consultar con los pueblos indígenas y con las comunidades tribales que posiblemente serían afectadas, sino que además tiene que asegurarse de obtener un acuerdo, quiere decir su consentimiento libre, informado y previo (párrafos 133 y 134).

En Colombia las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes porque el país, al igual que otros estados Latinoamericanos, participa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Sin embargo, la organización nacional indígena ONIC acusa al gobierno Colombiano de falta de voluntad política para ejecutar la sentencia T-769/09, ya que el Ministerio del Interior y de Justicia recientemente habría solicitado que la Corte Constitucional anule dicha sentencia.

5. La consulta con comunidades indígenas por parte de Carbones del Cerrejón

En Colombia, Carbones del Cerrejón – concesionario de la mina de carbón El Cerrejón en La Guajira –, la empresa minera visitada por IKV Pax Christi en mayo de 2011, sin duda se mantiene en la vanguardia al asumir la responsabilidad por las consecuencias sociales de sus operaciones mineras. Para su próximo *Proyecto de Expansión*, en teoría El Cerrejón ha diseñado un plan impresionante para la consulta con la población afectada (Wayúu) (Cerrejón 2011). La empresa minera sostiene que se fundamenta en las normas relevantes nacionales e internacionales (Decreto 1320 de 1998 y el más actualizado CFI PS7). Una parte importante de las comunidades indígenas (Wayúu) en la región más amplia (o sea no solamente los que se encuentran en el “área de influencia”, tal como fue determinado por Cerrejón) han expresado preocupaciones serias sobre la propuesta para desviar el Río Ranchería. Estas preocupaciones fueron expresadas públicamente en una nota de prensa en Noviembre de 2011.⁹

En este momento el procedimiento todavía se encuentra en la fase pre-consultativa. Sin embargo, aún quedan por responder algunas preguntas importantes sobre el procedimiento de consulta a seguir. Las preguntas críticas por parte de IKV Pax Christi pueden ser divididas en cuatro temas principales:

- Los criterios aplicados por la empresa para definir la “zona de influencia directa e indirecta” del proyecto de expansión;
- El número de habitantes en esta zona y la fracción que sería consultada (representatividad);
- Los acuerdos sobre monitoreo independiente y verificación del proceso de consulta;
- La responsabilidad y el papel del gobierno Colombiano en el proceso de consulta;

Con relación al tema de la consulta previa, adicionalmente existen preguntas sobre:

- La política de la empresa minera acerca del desarrollo socioeconómico en la zona afectada.

Las preguntas sobre la política de Cerrejón con respecto a los derechos humanos y la seguridad serán tratadas en un documento separado.

a. *La definición de la zona de influencia del proyecto de expansión*

La zona definida como “zona de influencia directa” consiste en las zonas (y comunidades) que se encuentran dentro de la zona de la concesión para el proyecto de expansión y el corredor ecológico compuesto por las riberas del río Ranchería, desde el embalse Palomino hasta la desembocadura en el mar Caribe. La “zona de influencia indirecta” se define como las zonas (y comunidades) que se encuentran en “el resto de la cuenca del río Ranchería.”

Aparentemente la zona de influencia ha sido definida principalmente con base en variables o criterios físicos y ecológicos; factores como conflictos sociales (partidarios/adversarios), diferenciación económica y la situación de seguridad juegan un papel inferior. Luego no se obtiene claridad sobre la forma en que en la planeación de la consulta se distinguirá entre la población más y la población menos afectada.

Para reflejar la situación social real de la población afectada, IKV Pax Christi recomienda emplear un número más amplio de variables para determinar la extensión de la zona de influencia del proyecto de expansión, tomando en cuenta las consecuencias socio-económicas (directas e indirectas) del proyecto minero. Luego se le recomienda a la empresa minera indicar en su plan con más claridad cuál parte de la población (grupos indígenas y

⁹ www.colectivodeabogados.org/Inteligencia-ilegal-de-la-fuerza

afrodescendientes y ciudadanos comunes) se verá potencialmente afectada por el proyecto, y en qué medida.

b. La determinación del tamaño de la población que será consultada

Se estima en 22.000 personas la población que será afectada (directamente) por influencias sociales y ambientales del proyecto. De este grupo, 7.900 personas radican en comunidades aledañas al proyecto minero; mayormente (7.668) son indígenas Wayúu. Los demás (14.100) son habitantes indígenas y no-indígenas de las comunidades que viven en la cuenca río abajo del río Ranchería. Según Cerrejón, de estas 22.000 personas finalmente sólo 1.600 personas serán consultadas.

Cerrejón justifica la decisión de consultar con sólo un grupo pequeño de personas, con referencia a argumentos culturales (véase abajo, en la sección c), mientras que personas ajenas informadas, al igual que varios líderes comunitarios Wayúu de fuera de la zona de influencia, señalan la pérdida de instituciones tradicionales de autoridad y toma de decisiones en la zona. En este contexto, estas personas reconocen que debe de ser considerado problemático que los pueblos (la nación) Wayúu como tal carecen de una autoridad central¹⁰. En vista de estos factores, parece existir una fuerte necesidad de realizar una consulta más amplia (más personas de diferentes edades y perfiles).

Con el fin de generar claridad, IKV Pax Christi propone que Cerrejón indique más específicamente en su plan quiénes, dónde y en qué grado serán consultados. Por ejemplo, será obvio que la voz de personas (indígenas) en la zona de influencia directa tendrá más peso que la de las personas (no-indígenas) en la zona de influencia indirecta. Adicionalmente se

le recomienda a Cerrejón ampliar el grupo de personas que serán consultadas.

c. Monitoreo y verificación del proceso de consulta

Empleados indígenas de Cerrejón indican que los Wayúu afectados en la zona de influencia determinada han decidido que durante el proceso de consulta no desean la presencia de observadores independientes. Las comunidades afectadas buscan a los observadores dentro de sus propios grupos, o sea los mayores de edad en las comunidades, los cuales ejercerán de "testigos". No se desprende de la información disponible sobre el proceso planeado cómo los Wayúu involucrados en la consulta por parte de Cerrejón llegaron a esta decisión, y sobre los motivos subyacentes sólo se puede especular. Observadores externos (también Wayúu) afirman que, contrario al fin previsto, estos líderes se aprovechan de las consultas para negociar mejoras a corto plazo en las condiciones de vida en sus comunidades. En otras palabras, entre los líderes Wayúu de fuera de la zona de influencia existen serias dudas sobre la legitimidad de esta decisión.

IKV Pax Christi, al igual que otros observadores locales (ambos Wayúu y no Wayúu), mantienen la convicción que el monitoreo y la verificación por parte de un actor externo e independiente, aumentaría notablemente la transparencia y la legitimidad del proceso de consulta frente al exterior.¹¹ Esto es de importancia para la sostenibilidad del acuerdo final, si se llegaría a obtener el consentimiento, y de esa forma también para todas las partes que tienen intereses en el proyecto (la empresa, las comunidades y el gobierno).

¹⁰ Esta información se obtuvo durante una reunión especial con líderes de comunidades y de organizaciones sociales sobre el tema de "minería en territorios indígenas y consulta previa", organizada por IKV Pax Christi en Riohacha, el 18 de noviembre de 2011.

¹¹ Algunas organizaciones sociales, como por ejemplo una organización de estudiantes de la Universidad de Maicao en La Guajira, ya se han ofrecido como voluntarios para participar en un monitoreo independiente del proceso de consulta.

d. El papel del gobierno Colombiano en el proceso de consulta

Según el derecho internacional, cae bajo la responsabilidad del Estado coordinar (iniciar) y controlar el proceso de consulta a las comunidades indígenas; en principio no está permitido que los gobiernos deleguen esta responsabilidad a las empresas.¹² Sin embargo, en la realidad, también en Colombia, la práctica frecuentemente es otra. Aunque la coordinación y la supervisión sobre la consulta a comunidades indígenas y afrodescendientes en Colombia caen bajo la responsabilidad del Ministerio del Interior y de Justicia, en la práctica, por motivos presupuestarios o de logística, estas tareas son adjudicadas a las empresas, al menos en parte. En el caso del proyecto de expansión de Cerrejón, aparentemente es sobre todo la empresa minera es la cual lidera y determina el proceso de consulta.

No se desprende claramente de la información disponible cuáles son los acuerdos realizados entre el gobierno Colombiano y la empresa en cuanto a la distribución y coordinación de ciertas tareas específicas, especialmente la de supervisar el proceso de consulta y la aprobación de los resultados finales. Tampoco queda claro cómo se vigilan la representatividad y la independencia en el proceso, o cómo el gobierno aseguró las garantías que podrá cumplir con sus obligaciones según OIT C169.

Según IKV Pax Christi, con relación al Proyecto de Expansión de Cerrejón se requiere más claridad, tanto sobre el papel del gobierno en el proceso de consulta, como sobre los acuerdos entre el gobierno y la empresa sobre el proceso de consulta.

¹² Según C169 de la OIT, “la obligación de garantizar que se efectúen las consultas adecuadas recae en los gobiernos y no en particulares o empresas privadas. El Estado es el responsable de garantizar que se tomen las medidas de consulta y participación necesarias” (ILO 2009: 61).

e. La política con respecto al desarrollo socioeconómico

En el 2010, Cerrejón desembolsó aproximadamente US\$ 10 (diez) millones en proyectos socioeconómicos para la población en la zona de influencia (directa e indirecta) y para la región en general.¹³ Adicionalmente, en ese mismo año la empresa minera llegó a pagar al estado US\$ 184 (ciento ochenta y cuatro) millones en regalías y US\$ 418 (cuatrocientos dieciocho) millones en impuestos (www.cerrejon.com). Bajo el antiguo sistema de regalías¹⁴, el 70% fue entregado a las autoridades regionales y municipales (unidades administrativas en la región de producción); resulta más complicado hacer un cálculo similar para la distribución de los ingresos de los impuestos entre el gobierno central y las regiones de producción, dada la gran cantidad de tipos de impuestos que se cobran. Sin embargo, muchos de los ingresos regionales relacionados con la minería se echan a perder por causa de administración ineficiente y de corrupción; por lo tanto no llegan a contribuir al desarrollo de la población.

¹³ De estos US\$ 10 (diez) millones, US\$ 5.5 millones fueron gastados en el “sistema de (4) fundamentos”, conformados por proyectos específicos para comunidades en el área de influencia; los otros US\$ 4.5 millones fueron gastados en: (1) salud; (2) educación y juventud; (3) proyectos comunitarios; y (4) arte, cultura y tradición. En esta representación de la distribución de inversiones sociales causa confusión el hecho que no se detalla claramente cuál parte de la población (zona/región de influencia) fue beneficiaria de las inversiones. Cerrejón únicamente indica que “más de 300 mil personas” se han beneficiado de estas inversiones.

¹⁴ Según el nuevo sistema de regalías que fue aprobado en una ley por el parlamento en Junio de 2011, en el futuro cercano un porcentaje más elevado de estos ingresos llegará al tesoro público del gobierno central; el porcentaje de las regalías que llegarán a las regiones será reducido gradualmente al 25%. Esta reforma controvertida potencialmente tendrá grandes consecuencias para el desarrollo socioeconómico de las regiones productoras de petróleo y minerales (Reuters, 9 junio 2011).

Las cifras mencionadas claramente demuestran que la magnitud de las inversiones de Cerrejón en su programa de desarrollo social – *Sistema de Fundaciones* (www.fundacionescerrejon.org) – es relativamente modesta en comparación a la suma total de las regalías y los impuestos que la empresa minera entrega a los gobiernos regionales y municipales. El *Sistema de Fundaciones* de Cerrejón dice promover el desarrollo sostenible local/regional mediante el apoyo a 4 programas: (1) actividades económicas alternativas y el fomento de una “cultura emprendedora”; (2) abastecimiento de agua; saneamiento y gestión de fuentes hídricas; (3) mejora de la calidad de vida de las comunidades, reforzando el patrimonio cultural indígena; (4) fortalecimiento institucional de organizaciones públicas y sociales. Sin embargo, tras un análisis más detenido este programa resulta estar compuesto principalmente de proyectos independientes socioeconómicos y culturales en la región, de un alcance relativamente limitado, y el contenido parece no siempre ajustarse al contexto cultural y social de la población meta, que en la zona de influencia del proyecto de expansión es mayormente indígena (Wayúu).

Según IKV Pax Christi, los pagos de regalías y de impuestos podrían potencialmente generar un impacto de desarrollo mucho más grande. Para eso, Cerrejón, conjuntamente con las autoridades nacionales, regionales y locales, y también junto con las comunidades indígenas, debería formular un plan de desarrollo de largo plazo, y monitorear su ejecución. El objetivo principal debería ser el de garantizar la viabilidad de la región en términos sociales y económicos tras el futuro cierre de la mina. En este momento Cerrejón parece tomar una postura muy reticente con respecto a responsabilizarse del acompañamiento de los gobiernos locales en una gestión transparente de los ingresos financieros.

Con respecto a esto IKV Pax Christi quiere indicar que las comunidades indígenas y afrodescendientes gozan de derechos especiales con relación a su participación en la gestión de recursos municipales y regionales que provienen de impuestos y regalías de la minería. El Código Minero (Ley 685 del 2001, artículo 129) determina que *“Los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas [...] deberán destinar los correspondientes ingresos a obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades y grupos aborígenes asentados en tales territorios”*.¹⁵

¹⁵ Véase también la Ley 141 de 1994, sobre el *Fondo Nacional de Regalías* y la regulación de la distribución de regalías.

6. Recomendaciones para los responsables políticos en Colombia

En enero de 2009, el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su informe sobre la situación en Colombia, escribió que *“El desarrollo de un procedimiento efectivo de consulta, de acuerdo con los estándares internacionales, es uno de los principales desafíos a los que se enfrenta Colombia”* (Anaya 2009a: 22). También recalcó, al igual que la Corte Constitucional de Colombia y la OIT, que la participación continua de y consulta con las organizaciones y grupos indígenas en ese proceso legislativo es de importancia fundamental. En el año 2008, el Ministerio del Interior y de Justicia, mediante resolución 3598 creó un Grupo de Trabajo para la Consulta Previa, el cual comenzó a desarrollar una propuesta para un reglamento (*ley estatutaria*) para la consulta. Sin embargo, en este proceso no se involucraron a las organizaciones de comunidades indígenas y afrodescendientes. Sobre el primer resultado de este Grupo de Trabajo – el cual no está disponible para el público –, en el 2010 el comité técnico de la OIT, decepcionado, observó: *“en cuanto a su contenido, el proyecto mantiene las dificultades del Decreto núm. 1320 y no contempla la consulta como un momento de auténtica negociación entre las partes interesadas”* (ILO 2010). Además el comité recomendó al gobierno solicitar la asistencia técnica de ILO en el resto del proceso.

- Comedidamente se le recomienda al gobierno dar seguimiento a las iniciativas actuales para desarrollar una ley específica y general para la consulta previa, garantizando la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales.
- La ley sobre la consulta previa debería determinar de forma inequívoca las responsabilidades de las partes involucradas en el proceso de consulta, especialmente las del gobierno, sin dictar la forma específica de las consultas.
- Se les recomienda al gobierno y las otras partes involucradas en este proceso legislativo solicitar la asistencia técnica de la OIT, del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y de la comunidad internacional.
- La nueva ley general sobre la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes debería ser armonizada con leyes sectoriales que se refieren directamente a sus derechos e intereses (p.e. minería; medio ambiente; desarrollo rural).
- Mientras tanto, el gobierno debería continuar los procesos de consulta en curso, y ajustarlos a los requisitos del derecho internacional y la jurisprudencia internacional (por ejemplo las circunstancias en las cuales los pueblos indígenas tienen el derecho al consentimiento).
- Para la financiación de la coordinación y la supervisión de los procesos de consulta por parte del Ministerio del Interior y de Justicia, debería crearse un fondo especial que será pagado con recursos provenientes de las regalías y los impuestos.
- Es importante que el Ministerio del Interior y de Justicia anuncie públicamente y con suficiente antelación (de mínimo tres meses) a las comunidades indígenas directamente e indirectamente afectadas, la fecha de inicio y los procedimientos del proceso de consulta.
- Debería de hacerse una distinción clara entre, por un lado, el proceso de la preconsulta, inclusive la divulgación de información, y, por el otro lado, la consulta formal. Este último proceso en particular debería de ser iniciado por el Estado.

Bibliografía

- Anaya S. J. (Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples) (2009a). La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior. Documento: A/HRC/15/34.
- Anaya S. J. (Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples) (2009b). Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, 24 Abril 2009 (A/HRC/12/34/Add.6).
- Anaya, S. J. (1996). Indigenous peoples in international law. New York, NY, Oxford University Press.
- Anaya, S. J. (2005). "Indigenous peoples' participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issues of what rights indigenous peoples have in lands and resources." Arizona Journal of International & Comparative Law 22(1): 7-17.
- Carrejón (2011). Summary of the Iwo'uyaa Expansion Project for stakeholders. [n.p.], Carbones del Cerrejón.
- DPLF (2011). The right of indigenous peoples to prior consultation (executive summary). Washington DC, Due Process of Law Foundation (DPLF), Oxfam America.
- FPP (2010). Submission to the International Finance Corporation: review of the Sustainability Policy, Disclosure Policy and Performance Standards (15 July 2010). Forest Peoples Programme, Moreton-in-Marsh.
- HREV (2011). Diagnóstico sobre la minería en territorios indígenas en Colombia (fact sheet). Tierra Profanada 2. Impacto de los megaproyectos en territorios indígenas en Colombia. www.hrev.org, Human Rights Everywhere.
- IFC (2011). Performance Standard 7: Indigenous Peoples (updated, effective on January 1, 2012).
- ILO (1989). Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (date of coming into force: 05/09/1991)
- ILO (2009). Indigenous and tribal people's rights in practice – A guide to ILO Convention No. 169. Geneva, Programme to promote ILO Convention No. 169 (PRO 169), International Labour Standards Department.
- ILO (Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations) (2010). Individual observation concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) Colombia (ratification: 1991).
- Observatorio Indígena de Seguimiento a Políticas Públicas y Derechos Étnicos (2008). La nueva conquista: minería en territorios indígenas. La tierra contra la muerte: conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia. J. Houghton. Bogotá, Centro de Cooperación al Indígena (CECOIN): 345-364.
- Rodríguez, C. (2011). "Ethnicity.gov: global governance, indigenous peoples, and the right to prior consultation in social minefields." Indiana Journal of Global Legal Studies 18(1): 263-305.
- UN (2007). United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (adopted by General Assembly resolution 61/295 on 13 September 2007).