

# DERECHO Y VIDA

ius et vita

ISSN 1692-6455  
septiembre de 2011, número xcvi

## Medio ambiente y desarrollo sostenible: consideraciones bioéticas<sup>1</sup>

(facilitando el diálogo con las culturas  
ancestrales; el caso colombiano)<sup>2</sup>

Los valores implicados en el tema central de este VII Congreso Mundial de Bioética, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, junto con el pluralismo, la igualdad en la diversidad y la vida digna se mueven dentro de la dimensión ecológica de la bioética con una dinámica tan interesante como compleja. No pueden jerarquizarse, deben ser sopesados, balanceados, ponderados, según expresión en boga en el Derecho constitucional colombiano, para lograr que se muevan como engranajes de un complicado mecanismo de relojería, o mejor aún, como un

mecanismo a la vez duradero pero móvil y funcional como una célula. La bioética tiene en este proceso un papel protagónico en cuanto posee los argumentos necesarios para impulsar un diálogo plural, libre de prejuicios, abierto a todos los individuos, a todos los pueblos y, lo más importante, a todas las ideas y formas de concebir el mundo y la vida.

Tener en nuestro planeta las mejores condiciones posibles para que todos los hombres puedan gozar de una vida digna es tarea de todos; en este sentido una de las preguntas fundamentales interroga por la forma como cada individuo, pueblo, empresa, Estado, organización internacional o supranacional puede contribuir a la obtención, mantenimiento y mejora de tales condiciones.

Pretendemos mostrar un punto en que el ordenamiento jurídico colombiano, moviéndose dentro de las tendencias del Derecho occidental en general, ha encontrado la forma de estimular la confluencia, sobre las maneras de proteger el medio ambiente, de dos sistemas de valores diversos, el de las comunidades indígenas ancestrales y el de la llamada mayoría de los habitantes de nuestro país.

A propósito de los indígenas, generalmente se admite que desde tiempos inmemoriales están unidos a sus territorios con lazos indisolubles, profundamente humanos y esenciales<sup>3</sup>.

1. Comunicación presentada por EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO, directora del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia al VII Congreso Mundial de Bioética organizado por la Sociedad Internacional de Bioética, celebrado en Gijón (España) en julio de 2011.

2. Un resumen de la comunicación fue publicado en las actas del mismo Congreso (VII Congreso Mundial de Bioética. Ponencias. Comunicaciones, Gijón, septiembre 2011).

3. D. GRISON (*Vers une philosophie de la précaution*, Paris, 2009) ha llamado la atención sobre la necesidad de estudiar la manera como se aproximan a la naturaleza las diferentes culturas, las diversas visiones espirituales, con el fin de captar toda su riqueza; estudio que, según el autor, permitirá también tomar conciencia sobre la pobreza de los lazos que unen al hombre con aquella en las sociedades contemporáneas altamente desarrolladas.

No parece aventurado afirmar que todos reconocemos que sus comunidades han conservado un legado de gran valor para la humanidad, en virtud de su consideración de la tierra como la madre de los hombres, de la conservación de la biodiversidad, y de la cuidadosa transmisión a las generaciones subsiguientes de los conocimientos que han acumulado a través de los siglos<sup>4</sup> sobre los fenómenos de la naturaleza que se presentan dentro de su hábitat, así como de las propiedades alimenticias y medicinales de las plantas, animales y otros seres vivos.

Pero creemos imposible extender su modo de vivir más allá de las fronteras de sus territorios sin renunciar al logro de las condiciones de desarrollo que consideramos apetecibles. Opinamos que un análisis profundo nos lleva a concluir que no es una cuestión de métodos, técnicas o procedimientos; no se trata solamente de imitar sus sembradíos en forma de terraza para evitar la erosión y aprovechar mejor el agua de regadío; ni simplemente de rotar cultivos para evitar el agotamiento de los terrenos, etc.

Más bien se trata de incorporar a nuestra concepción de la vida los principios que determinaron tales conductas y reglas, de remplazar nuestra visión de la tierra sin la dimensión histórica, por la suya, enraizada en el cambio y en la secuencia de los fenómenos naturales<sup>5</sup>.

Se trata de entablar con ellos un diálogo entre iguales para buscar que protección del medio ambiente y desarrollo sostenible no representen valores irreconciliables, que la técnica reconozca el valor del conocimiento, que aunque no se forme ni se exprese según los cánones científicos actuales, constituye un ingrediente cultural importante; que las disciplinas valorativas o normativas se aproximen a sus concepciones en términos de paridad y las contemplen como otras formas de vivir dignamente. Tal como están las cosas en la actualidad, es preciso potenciar la defensa de los derechos de los aborígenes para que sean reconocidos como pares. En este sentido lo ideal sería llegar a un estadio en que no fuese necesario proteger los suyos

como derechos de las minorías, sino como aquellos de ciudadanos diversos pero efectivamente iguales.

Algunos países de América Latina han llevado a sus normas de más alta jerarquía dentro del sistema los principios de instrumentos internacionales como el Convenio Internacional 169 de la OIT<sup>6</sup>, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre de 2007 o el Pacto de Derechos Sociales y Económicos del 16 de diciembre de 1976. Nos interesa resaltar en esta oportunidad los preceptos que consagran la necesidad de consultar a las comunidades durante el proceso de discusión y aprobación de las leyes y en todas las etapas que se cumplen con ocasión de los proyectos de infraestructura que puedan afectar al grupo en su supervivencia, su cultura, su cosmología, su territorio, etc.

En Colombia, el parágrafo del artículo 330 de la C. P. establece:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

La Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio Internacional 169 de la OIT para pueblos indígenas y tribales en países independientes, establece la obligación, a cargo de los gobiernos, de consultar con los pueblos indígenas, por medio de sus autoridades representativas, las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos; la Ley 99 de 1993 establece el mismo requisito cuando de explotación de los recursos naturales se trate.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado estas normas en forma progresiva, buscando siempre la mejor manera de hacer que la voz

4. Sin embargo, cuando contemplamos un aspecto determinado, parcial, segregado de la totalidad de su cultura, la mirada cambia; su modo de vivir se tilda de primitivo. Así pasa, por ejemplo, con los métodos que las comunidades han empleado para obtener productos sobre los cuales alguien podría afirmar que es imposible volver a ellos si queremos tener suficientes alimentos en un país determinado.

5. Sería bueno, verbi gracia, repensar los cálculos sobre la producción de alimentos, pues podría resultar que en no pocas ocasiones el agricultor somete el suelo a sobreexplotación y lo maltrata con fertilizantes y matamalezas en forma inmisericorde, pero se encuentra después con una producción muy superior a las necesidades del mercado y así queda sometido a las reglas de éste: oferta excesiva igual a quiebra de los precios, con lo cual escoge la opción menos sostenible desde la bioética, cual es la destrucción sin utilidad de los excedentes. La comunidad indígena produce para las necesidades, necesidades que podían incluir el mercadeo, no para someterse a una política de precios totalmente exógena a su *modus vivendi*.

6. En estos casos no se trata simplemente de incorporar sus principios; el Convenio pertenece al ordenamiento jurídico del país porque forma parte del bloque de constitucionalidad.



y la voluntad de las comunidades tenga peso y eficacia en el ordenamiento legal y en las obras de infraestructura tan vinculadas al modelo de desarrollo en boga. La Sentencia T-129 de 2011 completó el proceso.

Aunque el Convenio Internacional 169 de la OIT, cuyo artículo 6.º sienta unos principios importantes sobre la consulta<sup>7</sup>, forma parte del bloque de constitucionalidad<sup>8</sup> y el parágrafo del artículo 330 constitucional ordena su realización, existían muchas dudas en torno a) de su calificación constitucional, b) de las ocasiones en que debe practicarse, y c) del procedimiento al que debe ajustarse.

a) En sucesivas sentencias se resaltó que el deber gubernamental de realizarla es consecuencia directa del “derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura”<sup>9</sup>, o “expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica”<sup>10</sup>, pero lo más importante es que tal derecho actualmente se considera fundamental au-

tónomo y por lo tanto es posible defenderlo en forma directa mediante la acción de tutela, siempre que sea vulnerado o esté en peligro de serlo, por el Estado o por los particulares.

b) En cuanto se refiere a la oportunidad, la Corte distingue entre la consulta de las medidas legislativas y aquella vinculada con la explotación de los recursos naturales o los proyectos de infraestructura.

En el primer caso la consulta deberá practicarse siempre que las medidas normativas incidan “específicamente en las comunidades indígenas en su calidad de tales”<sup>11</sup>. En el segundo, en todas las ocasiones en las que los efectos de la obra se produzcan de manera directa, no sólo en aquellos en los que la intervención sea grave<sup>12</sup>. Las reglas que sentó la jurisprudencia señalan que la participación de los grupos debe llevarse a cabo tanto en la etapa previa –estudios de factibilidad, estructuración del proyecto, etc.– como en todas las subsiguientes –aprobación, ejecución, etc.– para asegurar que las comunidades intervengan<sup>13</sup> en todas las fases del proyecto de infraestructura que pueda afectar sus tierras<sup>14</sup>.

7. Por ejemplo, incluye el principio de buena fe como determinante de la legalidad de la consulta.

8. Ver, entre otras, Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU-083/2003; Sentencia C-175/2009.

9. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-208/2007.

10. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-030/2008.

11. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-169/2001.

12. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-129/2011.

13. El lenguaje de la jurisprudencia tiende siempre a la afirmación de la igualdad entre todos los pobladores de Colombia; sin embargo, la frase que a continuación citamos muestra lo difícil que a veces resulta conservar la coherencia perfecta; en efecto, en la Sentencia T-175/2009 la Corte dice que “los indígenas deberían participar de los proyectos en sus territorios desde su misma concepción por los interesados, para que entiendan nuestros propósitos y nosotros sus necesidades”; en realidad unos y otros debían contemplarse como comunes.

14. Sería más propio hablar de sus territorios, “que de acuerdo a las creencias heredadas de sus antepasados es territorio sagrado para las

c) Dos valores se imponen a la hora de determinar el procedimiento para adelantar la consulta: la flexibilidad y la buena fe; en virtud de ellos la Corte ha señalado que éste debe consultarse también con las comunidades para asegurar que no se limite a notificar o informar y para evitar que, escogido unilateralmente por el gobierno, no resulte compatible con la preservación de la diversidad étnica y cultural, tal como la exige la Constitución<sup>15</sup>. Para subrayar que no se trata de un simple trámite, la jurisprudencia constitucional observa que su omisión es un vicio de inconstitucionalidad que “se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen”<sup>16</sup>.

Vale la pena subrayar que la jurisprudencia constitucional sobre este asunto ha traído a colación exigencias que coinciden con los que la bioética ha analizado y convertido en requisitos *sine qua non* para la validez del consentimiento de los pacientes y sujetos de investigación: información, comunicación, deliberación, entendimiento, oportunidad<sup>17</sup>.

Ahora bien, para entender cabalmente la importancia del desarrollo jurisprudencial en materia de consulta con las comunidades indígenas en un congreso cuyo tema central es medio ambiente y desarrollo sostenible, es preciso señalar que la Carta Política colombiana tiene un capítulo especial consagrado a los derechos colectivos y del ambiente (cap. 3.º tit. 2º); reconoce el derecho fundamental a gozar de un medio ambiente sano (art. 79.1); establece su protección por la vía de las acciones populares (art. 88); señala la formación encaminada al conocimiento y puesta en práctica de los medios para protegerlo como uno de los objetivos esenciales de la educación (art. 67) y contiene más medidas que le han merecido el calificativo de Constitución ecológica.

Igualmente, debemos subrayar que la Corte Constitucional ha recalcado el imperativo de mantener los usos y costumbres de las comunidades indígenas y su derecho de participar en los beneficios de todo aprovechamiento económico que tenga lugar en sus territorios<sup>18</sup>.

La protección del derecho a la consulta se ha hecho realidad varias veces en Colombia; quisiéramos subrayar que mediante Sentencia C-030 de 2008 la Corte declaró la inexecutable de la Ley 1021 de 2006 o Ley General Forestal por cuanto el legislador había omitido el trámite de la consulta; por otra parte, la Sentencia C-175 de 2009 estimó contraria a la Constitución la Ley 1152 de 2007 por la cual se dictaba el Estatuto de Desarrollo Rural porque el legislador no respetó la exigencia de oportunidad de la consulta, esto convirtió los supuestos procesos de participación en meras formas de difusión *a posteriori*. En Sentencia de tutela 129 de 2011 la Corte Constitucional expidió algunas órdenes como la de suspender la ejecución de las obras de una carretera en la región chococana y las actividades mineras en territorios de las comunidades Embera Katío, Chidima, Tolo y Pescadito, porque estimó vulnerado el derecho fundamental al cual venimos aludiendo.

Dada la importancia del tema y de los derechos involucrados, así como de los intereses constitucionalmente protegidos que están en juego en las relaciones con las comunidades ancestrales, con el fin de asegurar la certeza jurídica y la aplicación general de los principios y reglas establecidos por la Corte, esta institución exhortó al Congreso a expedir una ley estatutaria que reglamente en forma plena el derecho a la consulta y el consentimiento informado.

---

comunidades indígenas, donde habitan los espíritus sabios y donde la misma naturaleza les ayuda a tomar las decisiones que orientan el rumbo de sus comunidades, razón por la cual hacen lo posible para conservarlo en su estado natural y no ahuyentar de allí toda su naturaleza mística, de la cual aún depende el soporte espiritual de sus comunidades”.

15. Corte Constitucional. Sentencia C-030/2008; Sentencia T-17572009.

16. *Ibid.*

17. Corte Constitucional, Sentencia SU-039/1997. En la Sentencia T-195/2009 se dice que la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas.

18. Este tema abre el debate sobre la manera de asegurar la participación y sobre la institución encargada de manejar los fondos –si se involucran aspectos pecuniarios– y determinar el modo de repartir los beneficios. Podría abrir también el interrogante acerca del mal uso que pudiera hacerse de la promesa de reparto de beneficios como incentivo para lograr una respuesta afirmativa a la consulta sobre una ley o una obra de infraestructura.