



**LOS PUEBLOS INDIGENAS Y LA CONSULTA PREVIA EN
COLOMBIA**

**EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA CONSULTA PREVIA
EN RAZON DE PRESERVAR SU CULTURA Y TERRITORIO”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE ESPECILISTA EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

PRESENTA:

**XIOMARA MEJIA CANAY
Cohorte 17**

**DOCENTE Y TUTOR
Dr. EYDER BOLIVAR MOJICA**

CUCUTA SEPTIEMBRE DE 2016



LOS PUEBLOS INDIGENAS Y LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA CONSULTA PREVIA EN RAZON DE PRESERVAR SU CULTURA Y TERRITORIO”

INTRODUCCION

EL presente trabajo de investigación trata de los derechos que les asisten a los pueblos indígenas en Colombia a ser consultados Previamente en razón de preservar su cultura y territorio mediante el mecanismo idóneo.

En Colombia Históricamente los pueblos indígenas han sido comunidades objeto de discriminación, olvidadas por las mayorías y no tenidas en cuenta en las prioridades de muchos gobiernos. A través de los años la situación ha sido casi la misma, sumando el conflicto armado interno y los diversos fenómenos políticos que ha padecido la nación y que han repercutido en la organización, integridad e incluso en la existencia de las comunidades que antes de la Conquista habitaban el territorio que hoy constituye nuestro país y de las cuales sobreviven algunas.

La Constitución Política de 1991 establece que el Estado colombiano reconoce y Protege la diversidad étnica y cultural, señalando que es su obligación y la de todas las personas, proteger las riquezas naturales y culturales de la nación colombiana.

Por lo anterior el estado colombiano debe adoptar medidas acordes con las tradiciones y culturas de los pueblos con el fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones. Para tal efecto debe recurrir, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos. *Rodríguez Gloria Amparo la consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia-2010- pagina 11 y 12*

Los pueblos indígenas constituyen una minoría que no solo merece ser reparada, sino además asistida como sujeto vulnerable y de especial protección, por lo cual se hace necesario que cada decisión legislativa, administrativa, política o de cualquier índole capaz de tener incidencia directa sobre la comunidad les sea consultada para considerar sus intereses o posición y que esta consulta pueda incidir en la decisión que se vaya a tomar, pues medidas que afectan de alguna manera u otra a una comunidad indígena generan consecuencias sobre sus prácticas, creencias, estabilidad ,organización y cosmovisión¹. *La consulta*

¹ Cosmovisión es la forma como una persona, un grupo o una comunidad perciben el mundo a partir de sus creencias y costumbre.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

previa resulta, entonces, una forma de salvaguardar la integridad de los pueblos indígenas, debido a que gracias a ella se tiene en cuenta su punto de vista respecto a las medidas o decisiones que pueden repercutir en la comunidad. - La cursiva no me pertenece

Frente a la nombrada posición de los pueblos indígenas y la necesidad eminente de protegerlos, la Ley 21 de 1991 aprobó el Convenio 169 de la OIT² –cuyo fin principal es garantizar la supervivencia de los pueblos indígenas y preservar sus territorios y cultura–, establece que los valores, las prácticas sociales, culturales y religiosas deben ser respetadas mediante consultas realizadas a través de procedimientos e instituciones apropiadas, que deberán ser efectuadas de buena fe y siempre que se prevean medidas legislativas o administrativas capaces de afectar a los pueblos indígenas directamente.

En virtud de lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-058/1994 (M.P. Mauricio Gonzales Cuervo), las comunidades indígenas comparten propósitos comunes, mantienen valores propios de su cultura y poseen la capacidad de identificarse con su pasado. Son precisamente la preservación y el respeto por este arraigo cultural y territorial, que conservan la generalidad de las comunidades indígenas, factores determinantes para la integridad e incluso preservación de las mismas.

Así, el Estado tiene la obligación de garantizar la participación, administración y la conservación de los territorios indígenas para preservar los intereses de estas comunidades. *También los artículos 2º, 7, 40 y 330 de la Constitución Política de Colombia establecen – respectivamente– como fines del Estado³. Kleber Sierra María Alejandra -el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa- pagina 27.*

Los pueblos indígenas y los indígenas como individuos –como agrega la Declaración– son titulares de todos *los derechos humanos y libertades fundamentales* reconocidos en los diversos instrumentos internacionales sin obstáculos ni discriminación.

Ahora bien “El enfoque basado en derechos humanos es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que está cimentado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional se encuentra orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos”,

² Organización Internacional del trabajo

³ Facilitar la participación de todas aquellas decisiones que afecten la vida de la nación, el deber de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural, la participación ciudadana como derecho político y la facultad de los territorios indígenas para ser entes autónomos, junto con el deber del gobierno de fomentar la participación de los representantes de las comunidades en las decisiones sobre explotación de recursos naturales presentes en territorios indígenas.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

El preámbulo de la Declaración ⁴afirma “que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos”, y reconoce “al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”. Igual mente “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” ⁵. Reafirma la importancia de la contribución específica de los pueblos indígenas al desarrollo y pluralismo ⁶ de la sociedad, entre otros, el deber de los Estados de **“reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social”**. (Negrillas me pertenecen). Kleber Sierra María Alejandra -el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa pág. 26, 27.

En este trabajo trataremos de aportar una mirada diferente del derecho a la consulta desde la perspectiva de los derechos humanos y respeto por los territorios de los pueblos indígenas, así como aportar a la aplicación del derecho a la consulta previa, libre e informada, y el goce efectivo de los derechos y de sus procedimientos vigentes en nuestra legislación.

LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

El Estado colombiano está a la vanguardia de América Latina en el reconocimiento

Constitucional y legislativo de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Sin embargo, circunstancias como las del conflicto armado interno, el crimen organizado y el narcotráfico, patrones históricos de discriminación, e intereses económicos, hacen indispensable que el Estado además actúe eficaz y especialmente para proteger los derechos de los pueblos indígenas y crear los mecanismos necesarios para garantizarlos.

Uno de estos derechos es el de la consulta previa, libre e informada ante medidas legislativas y administrativas del mismo Estado, y ante proyectos económicos y de desarrollo. La experiencia en Colombia nos demuestra que es preciso revisar constantemente la aplicación efectiva de este derecho con la activa participación de los pueblos indígenas ⁷ y otros grupos étnicos con iguales derechos.

⁴ Declaración universal de los derechos humanos

⁵ La *Declaración de Viena*, resultado de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993.

⁶ sistema basado en la coexistencia de distintos grupos o partidos.

⁷ Los pueblos indígenas son sujeto de derechos *que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos*” Los indígenas son reconocidos como sujetos de derechos colectivos e individuales.



La Corte Constitucional de Colombia reafirma que los derechos fundamentales Son aplicables tanto a los miembros de las comunidades indígenas individualmente considerados, como a “la comunidad misma que aparece dotada de singularidad Propia”

Para efectos de la consulta libre, previa e informada, el titular de derechos es el pueblo indígena, en reconocimiento de sus derechos colectivos. No obstante, es necesario tener en cuenta que los impactos de las medidas consultadas afectan de manera diferenciada a los distintos miembros y grupos del pueblo. Especialmente reconocen los instrumentos internacionales a las mujeres, niños y población vulnerable. Grueso Castelblanco Libia Rosario - ACNUR- El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada- Pág. 7,8 y 9.

La normatividad al respecto no ha sido suficiente y faltan mecanismos, instrumentos y herramientas que permitan tener claridad sobre la forma como debe realizarse la consulta previa, la manera de validación y concertación. Por eso se pretende aportar algunos elementos de solución a los problemas planteados con el ánimo de generar espacios de diálogo que permitan buscar una salida, atendiendo en primer lugar los planteamientos que en esta materia realizan los pueblos indígenas y las comunidades étnicas. Kleber Sierra María Alejandra -el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa pág. 26

Evolución del marco normativo de la consulta previa en Colombia

Declaración de los derechos humanos

Por la ONU⁸ mediante Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989)

La OIT fue fundada en 1919 y se convirtió en la primera agencia especializada de la ONU⁹ en 1946. Sus objetivos principales son “promover los derechos

⁸ Organización de las Naciones Unidas.

⁹ ONU: La **Organización de las Naciones Unidas (ONU)**, o simplemente **Naciones Unidas (NN. UU.)**, es la mayor organización internacional existente. Se define como una asociación de gobierno global que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho internacional, la paz y



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

laborales, fomentar oportunidades de empleo dignas, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo” En 1957, la OIT adoptó el Convenio 107, que consagraba de manera general algunos derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios que habían habitado tradicionalmente, pero no tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos.

El convenio comenzó a ser blanco de críticas por tender hacia la integración a la modernidad de los pueblos indígenas, a los cuales denominaba “poblaciones”. Todo ello fue reconocido por una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT en 1986. Como producto de la revisión del mencionado convenio, en 1989 la OIT adoptó el Convenio 169¹⁰ sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, uno de los instrumentos más antiguos e importantes de protección a las comunidades indígenas. Es una herramienta jurídica vinculante para los veinte países que lo han ratificado desde entonces.

El convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad o, por lo menos, llegar a un acuerdo. Ello lo desarrolla de manera amplia la Guía de Aplicación del Convenio 169, que la OIT adoptó como respuesta a numerosas solicitudes de los Estados parte, pueblos indígenas y organizaciones sociales que buscaban conocer con mayor profundidad el significado, el alcance y los impactos del convenio. En esta guía se manifiesta que los Estados deberán celebrar consultas, incluso cuando se modifiquen disposiciones jurídicas sobre las tierras y el territorio, pero que los pueblos indígenas, como “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país”. César Rodríguez Garavito, Meghan Morris Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá-consulta previa a los pueblos indígenas – estándares internacionales – Universidad de los andes – 2010.

Asamblea General de las Naciones Unidas Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas, 2007)

seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos

¹⁰ El Convenio 169 establece la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos susceptibles de afectarlos directamente, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art. 6º), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6º y 7º) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15).



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

La Declaración de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre del 2007 con 143 países a favor y cuatro en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladés, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania), mientras que 34 Estados no estuvieron presentes en la votación. Posteriormente, los gobiernos de Australia y Colombia también decidieron adherirse, aunque este último país lo hizo sin aceptar el derecho integral a la consulta previa.

Ley 21 de 1991

De acuerdo con la Ley 21 de 1991 que incorpora al derecho colombiano el Convenio 169 de la OIT, es el derecho que tienen las comunidades étnicas a que el Estado consulte previamente a su adopción todas aquellas medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectarles directamente como un medio de garantía de su *identidad cultural*.

Constitución política de Colombia

La Constitución Política de 1991 establece que el Estado colombiano reconoce y Protege la diversidad étnica y cultural, señalando que es su obligación y la de todas las personas, proteger las riquezas naturales y culturales de la nación colombiana.

Decreto 1745 de 1995 Reglamentario Ley 70 de 1993

En su artículo 5 trata sobre las funciones de la Comisión Técnica. En territorios ocupados por una comunidad negra, en los términos que establece la Ley 70 de 1993, y hasta tanto no se le haya adjudicado a ésta en debida forma la propiedad colectiva, se debe hacer, además, la consulta previa a la comunidad involucrada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

Ley 99 de 1993

Esta ley desarrolla el tema de la explotación de los recursos naturales los cuales deberán hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

Ley 165 de 1994.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Esta norma declara que se, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y **promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos se compartan equitativamente.** -Negrilla me pertenece.

Decreto 1320 de 1998

Este decreto aclara en su articulado que la consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas¹¹ o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.

Así mismo en el numeral 15 manifiesta que la Participación de las comunidades Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el Estudio de Impacto Ambiental¹², cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso. En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de **consulta previa** con comunidades indígenas y negras tradicionales.

¹¹ Los Pueblos Indígenas son, a nivel mundial, entre 300 y 500 millones de personas, lo que representa un 80 % de la diversidad biológica y cultural en el mundo, y ocupan un 20% de la superficie terrestre. Los Pueblos Indígenas son muy diversos. Viven en prácticamente todos los países y en todos los continentes del mundo y forman un espectro de humanidad, desde los tradicionales cazadores – recolectores y granjeros hasta los escolares de derecho. En algunos países, los Pueblos Indígenas constituyen la mayoría de la sociedad, en otros, en cambio, comprenden sólo pequeñas minorías. Los Pueblos Indígenas están preocupados por conservar la tierra, proteger la lengua y promover la cultura. Algunos de ellos se esfuerzan por preservar los tradicionales modos de vida, mientras que otros, en cambio, buscan mayor participación en las estructuras actuales. Como toda cultura y civilización, los Pueblos Indígenas están siempre adaptándose a los cambios en el mundo. Los Pueblos Indígenas reconocen sus problemas y trabajan para la auto-determinación; basada en el respeto por la Tierra.

¹² Es el efecto que produce la actividad humana sobre el medio ambiente, los efectos de un fenómeno natural catastrófico. Técnicamente, es la alteración de la línea de base ambiental. La ecología es la ciencia que se encarga de medir este impacto y tratar de minimizarlo. Las acciones de las personas sobre el medio ambiente siempre provocarán efectos colaterales sobre éste. La preocupación por los impactos ambientales abarca varios tipos de acciones, como la contaminación de los mares con petróleo, los desechos de la energía radioactiva o desechos radioactivos/nucleares, la contaminación auditiva, la emisión de gases nocivos, o la pérdida de superficie de hábitats naturales, entre otros.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Decreto 2820 de 2010

En este artículo del decreto se deja explícito que se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el Estudio de Impacto Ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso. En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de **consulta previa** con comunidades indígenas y negras tradicionales y al Decreto 1320 de 1998 o al que lo sustituya o modifique.

Ley 1098 de 2006

La ley de infancia, adolescencia y juventud tampoco fue ajena a legislar en favor de las comunidades indígenas por ello encontramos en su artículo 13. DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DEMÁS GRUPOS ÉTNICOS. Manifiesta que los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social.

Ley 1437 de 2011

En el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo también encontramos “que en los casos cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar. art 46 de la consulta obligatoria

Reconocimiento cultural de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas y tribales¹³ gozan plenamente de los derechos humanos y

Libertades fundamentales que han sido consagrados en Colombia. En la búsqueda de la protección de sus derechos y de garantizar el respeto de su integridad, el Estado colombiano debe asumir para tal fin la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática, incluyendo además medidas que aseguren que dichos pueblos gocen de los derechos y oportunidades otorgadas al resto de la población. También debe promover la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de estos pueblos y eliminar las

¹³ Tribal o tribual es un adjetivo que señala a aquel o aquello perteneciente o relativo a una tribu. Una tribu, por otra parte, es una agrupación de un pueblo antiguo o un grupo social de un mismo origen, ya sea real o supuesto.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

diferencias socioeconómicas de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida (Convenio 169 de la OIT).

Colombia cuenta con una gran diversidad de pueblos indígenas e importantes Avances en el reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, demanda un compromiso social activo liderado por el Estado. Las tensiones y los antagonismos¹⁴ entre la cosmovisión indígena y las dinámicas de la economía de mercado exigen, en un contexto democrático, la búsqueda de mecanismos que contribuyan al respeto de la diferencia en las concepciones del desarrollo, al reconocimiento de la diversidad cultural y a la protección de las culturas tradicionales frente a las tendencias predominantes. La consulta previa, libre e informada como proceso y diálogo contribuye al fortalecimiento de la interculturalidad.

La diversidad cultural en Colombia se configuró históricamente a partir de los pueblos originarios, los esclavizados de origen africano, los inmigrantes¹⁵ europeos y el mestizaje¹⁶.

Los derechos reconocidos internacionalmente a los pueblos indígenas y tribales en Colombia, más allá de los pueblos originarios, también se les reconocen a los demás grupos étnicos: las comunidades negras, palanqueras¹⁷ y raizales, y al pueblo rom¹⁸. *Grueso Castelblanco- Libia Rosario ACNUR- El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada- pag 26 y 27.*

"Esos derechos que nos han reconocido, los que llamamos hoy las normas jurídicas legales, las que se encuentran en la Constitución, y en las normas estatutarias u ordinarias, son un soporte del Derecho Mayor, de la Ley de Origen, de la Ley Natural. Pero la base para hacer reconocer esos derechos ha sido esa

¹⁴ Oposición sustancial en doctrinas y opiniones.

¹⁵ persona que llega a un país extranjero para establecerse en él.

¹⁶ El término mestizo fue aplicado por el Imperio español en el siglo XVI, para denominar a una de las "castas" o "cruzas" que integraban la estratificación social de tipo racista impuesta en sus colonias en América: la del hijo de un padre o madre de "raza" "blanca" y una madre o padre de "raza" "amerindia". Aunque se trata de un término muy discutido, en la actualidad y comúnmente, se utiliza el término mestizo para describir a las personas cuyo aspecto físico es intermedio entre los de dos o más etnias. Si bien originalmente se utilizaba para describir a los descendientes de progenitores blancos e indios, actualmente el término se utiliza para cualquier etnia.

¹⁷ El palanquero es una lengua criolla que se habla en San Basilio de Palenque, en Colombia, departamento de Bolívar, a 50 kilómetros de Cartagena de Indias, el cual es habitado por los descendientes de los cimarrones que se liberaron de la esclavitud, bajo el liderazgo de Benkos Biohó, al finalizar el siglo XVI y a comienzos del siglo XVII.

¹⁸ Se denominan gitanos, romaníes, zíngaros, rom, sinti o pueblo gitano a una comunidad o etnia originaria del subcontinente indio, que data de los Reinos medios de la India, con rasgos culturales comunes aunque con enormes diferencias entre sus subgrupos. Se encuentran asentados principalmente en Europa, ya que de hecho son la mayor minoría étnica de la Unión Europea, aunque están presentes también, pero en menor proporción, en el resto del mundo. El Día Internacional del Pueblo Gitano se celebra el 8 de abril, recordando aquel día de 1971 en Londres donde se instituyó la bandera y el himno de la Comunidad.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

filosofía, esos principios de nuestra identidad, esa realidad de que nuestros antepasados, gozando o sufriendo, se desarrollaron en nuestro continente durante 10, 20, 30 mil años. Eso es lo que nos hace tener esos derechos."- Muelas Hurtado, Lorenzo. *Resistencia Cultural y pueblos indígenas*, 1999.

Los derechos sociales y culturales fueron consagrados por la Constitución de Colombia como un gran avance y tienen que ver con la protección de la diversidad

Étnica y cultural, la autodeterminación, la autonomía y la equidad.

La Corte Constitucional entiende por diversidad étnica y cultural "la diversidad de formas de vida y concepciones del mundo, no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población. Por lo tanto, este principio supone la aceptación de la existencia de muchas formas de vida y sistemas de comprensión del mundo en un mismo territorio".

La identidad cultural¹⁹ se forma por medio de los vínculos históricos que los integrantes de cada comunidad entablan entre sí, "ello significa que sólo gracias a las diferencias que se suscitan en las relaciones de los agentes hacia el interior y hacia el exterior de su propia comunidad de vida, ellos construyen sus identidades como sujetos morales". En Colombia, como Estado democrático que es, pueden existir diversas formas de vida de manera equitativa y en condiciones necesarias para el respeto de las diferencias culturales, pues, "el pluralismo constituye una condición imprescindible para acoger las diferentes culturas". Tovar González, Leonardo - *¿es posible una democracia intercultural en Colombia?* -Ensayo, ministerio de cultura Bogotá -2000 pág. 69.

Los territorios, Las tierras, y los pueblos indígenas

El problema de la consulta previa está intrínsecamente vinculado por dos razones básicas. Primero, por la especial relación cultural, económica, espiritual que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual indica la importancia crucial de

¹⁹ es un conjunto de valores, orgullos, tradiciones, símbolos, creencias y modos de comportamiento que funcionan como elementos dentro de un grupo social y que actúan para que los individuos que lo forman puedan fundamentar su sentimiento de pertenencia que hacen parte a la diversidad al interior de las mismas en respuesta a los intereses, códigos, normas y rituales que comparten dichos grupos dentro de la cultura dominante. A decir de Jaime Fisher¹ la identidad cultural es el sentido de pertenencia a un determinado grupo social y es un criterio para diferenciarse de la otredad colectiva. Así, un individuo puede identificarse con alguno o algunos de los contenidos culturales de un grupo social (tradiciones, costumbres, valores) pero -y esto es significativo para comprender el concepto de identidad cultural desde Fisher- dentro de un mismo grupo aparentemente homogéneo existen varias identidades, puesto que cada uno de sus integrantes se identifica con varios -no todos, ni de la misma manera- con los componentes señalados.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

la cuestión de la consulta previa en cualquier proyecto o medida que afecte su territorio y su relación con éste.

Segundo, por el alto número de proyectos y medidas sujetos a consulta previa que pueden tener implicaciones y efectos significativos dentro de los territorios indígenas y sobre los recursos existentes en ellos. Por esas razones, la mayoría de los pronunciamientos del derecho internacional sobre consulta previa hacen alusión a la importancia de las tierras, los territorios y los recursos para los pueblos y comunidades indígenas, y a los efectos que esa relación tiene en la consulta previa y los derechos y deberes que surgen de ella. Conocer el concepto de 'territorio', 'tierras' y 'recursos' que han adoptado los diferentes pronunciamientos del derecho internacional, los derechos que han otorgado a los pueblos indígenas sobre éstos y correlativamente los deberes que les han atribuido a los Estados, es pertinente para comprender las situaciones en que debe realizarse la consulta previa y los efectos que de ella se esperan.

Aunque a simple vista, tierras y territorios de los pueblos indígenas son sinónimos, es importante aclarar el sentido y alcance de cada uno de estos conceptos, dado que las diferencias entre ellos se reflejan en las fuentes de derecho internacional sobre ellos y sobre los derechos y deberes que de allí se desprenden. En general, el concepto de 'tierras' tradicionalmente ha sido delimitado física y jurídicamente en cabeza de una persona natural o jurídica, mientras el de 'territorio'²⁰ abarca un área difusa, definida en virtud de usos y ocupaciones realizadas por todo un pueblo. *Rodríguez Garavito Cesar, Morris Meghan, Orduz, Natalia, Buritica paula -2010 La consulta previa a pueblos indígenas- Pág. 41 y 42*

Puede decirse entonces que la adopción del término "territorio" en el derecho internacional atribuido a los grupos indígenas implica que, para estos grupos, existe un vínculo especial y colectivo con las tierras, del cual depende su supervivencia física y cultural.

El Convenio 169 de la OIT es muy enfático en este sentido, pues su artículo 13.1 manifiesta que, "al aplicar las disposiciones de esta parte del convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación". *Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Encuentro Estratégico de Organizaciones-Redes por la Incidencia, Costa Rica, 19 a 21 de agosto del 2003.*

²⁰ El Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos describió el territorio de la siguiente manera: *Inicialmente debe decirse que el territorio es un espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas, y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado. Este espacio es reclamado como un derecho colectivo, indispensable para la sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados*



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

El vínculo especial y colectivo de los pueblos indígenas con sus territorios ha sido reconocido por la mayoría de pronunciamientos de derecho internacional sobre la cuestión indígena, y es fundamental para comprender los impactos de los proyectos y medidas sujetos a consulta previa, así como los efectos de la consulta previa misma.

La Corte Interamericana ha señalado que de este vínculo dependen, entre otras cosas, las tradiciones, las expresiones orales, las costumbres y lenguas, las artes, los rituales²¹, los conocimientos relacionados con la naturaleza, las artes culinarias y, en general, todo el patrimonio cultural que se transmite de generación en generación en función del entorno ambiental. También se han protegido aspectos espirituales de este vínculo, como el culto a los muertos dentro del territorio.

En varias oportunidades, la Corte ²²ha establecido que la relación entre comunidad

y territorio es en sí mismo objeto de protección, afirmando que *los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. Sentencia T-009/13 - Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, pag 14.*

QUE ES LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA.

La consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y

los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

²¹ Son acciones que están basadas en alguna creencia, ya sea una religión, una ideología política, un acto deportivo, las tradiciones, los recuerdos o la memoria histórica de una comunidad. Los rituales se realizan por diversas razones, tales como la adoración de un dios (lo que correspondería a un ritual religioso), un festejo nacional (como la independencia de un país), la muerte de un miembro de la comunidad (como un entierro). Es necesario diferenciar entre un ritual y una acción cotidiana que se repite desde hace mucho tiempo. Los rituales son conjuntos de acciones que están relacionados a creencias, por lo tanto, son acciones especiales, diferentes a las ordinarias, aun cuando se puedan practicar a diario. Los rituales responden a una necesidad, la de realizar o reforzar alguna creencia, en el caso de los religiosos por ejemplo para pedirle a un dios mejores cosechas y caza abundante.

²² Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 149. Cfr. También Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 131.

Se fundamenta la consulta previa en el derecho que tienen los pueblos 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. Además, en el derecho de dichos pueblos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (Artículo 7 Convenio 169 de la OIT)²³.

La Sentencia SU-039 de 1997²⁴ señaló los parámetros para la realización de las consultas previas con los grupos étnicos del país y en ella encontramos importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades. La Corte Constitucional dejó claro en esta jurisprudencia, que la consulta previa se constituye en un derecho fundamental cuando manifestó que *“la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación”*.

Y continúa la Corte Constitucional: *“De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La*

²³ 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, Pág. 20,21-Referencia: Expediente T-84771Peticionario: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA. Corte Constitucional Sentencias T-382 de 2006, T-693 de 2011.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es 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". -

Qué medidas se deben consultar

Debe consultarse cualquier medida estatal que pueda tener incidencia en la integridad cultural de su grupo étnico. En particular, deben consultarse todos aquellos actos específicos, individuales y particulares que puedan afectar o interesar a las comunidades indígenas, cuando éstos suponen un pronunciamiento estatal a través de un acto administrativo. Entre ellos, están los ligados a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, en especial las decisiones que permiten la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios. *La expedición de una licencia ambiental, la constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos o la contratación de una obra*²⁵

Asimismo, la Ley 99 de 1993, desarrollada por el Decreto 1320 de 1998, establece que las decisiones en materia de explotación de recursos naturales²⁶ se tomarán

Con previa consulta a los representantes de las comunidades asentadas dentro del área de influencia del proyecto que se pretenda realizar. A pesar de la existencia de este marco jurídico sobre el derecho de consulta previa del que gozan las comunidades indígenas, ha sido la Corte Constitucional la que ha venido supliendo algunos vacíos de la ley y estableciendo pautas adicionales necesarias para realizar consultas previas idóneas.

La Corte Constitucional ha establecido que deben ser consultadas antes de la adopción de las medidas administrativas, como, por ejemplo: la ejecución de los proyectos de explotación o aprovechamiento de recursos naturales, debe hacerse la consulta, es decir, desde la etapa de estudios de planeación, para que las comunidades puedan influir en el proceso decisorio. Sin embargo, éstas

²⁵ Corte Constitucional Sentencias T-382 de 2006, T-693 de 2011.

²⁶ Es un bien o servicio proporcionado por la naturaleza sin alteraciones por parte del ser humano. Desde el punto de vista de la economía, los recursos naturales son valiosos para las sociedades humanas por contribuir a su bienestar y a su desarrollo de manera directa (materias primas, minerales, alimentos) o indirecta (servicios). los recursos naturales se refieren a los factores de producción proporcionados por la naturaleza sin modificación previa realizada por el hombre; y se diferencian de los recursos culturales y humanos en que no son generados por el hombre.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

tienen la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención no sólo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra, conforme a los tiempos previstos de revisión a corto, mediano y largo plazo en la consulta inicial²⁷.

Si la consulta previa es requerida y se adoptan medidas administrativas sin ella, puede ocurrir que las comunidades decidan hacer efectivo su derecho a la misma. En efecto, en la medida en que la consulta previa es irrenunciable y constituye un derecho fundamental las obras, proyectos y actividades sujetas a la autorización estatal quedan condicionadas a la voluntad de la comunidad étnica afectada y la posibilidad de que ellas acudan a la acción de tutela estará siempre latente. Las medidas que puede adoptar un juez son múltiples, pueden ir desde la suspensión provisional de la opa en cuestión hasta tanto no se adelante la consulta.²⁸

Según la CID ²⁹no hay un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento. Dicho plazo se adopta conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo. No obstante, en el último tiempo el plazo otorgado por la Corte Constitucional en algunos proyectos ha sido de tres (3) meses.

Impacto y licencias ambientales en territorios indígenas

El responsable del proyecto, obra o actividad que requiera la realización de la consulta previa, debe efectuar el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural con la participación de las comunidades indígenas o negras. En caso que las comunidades se nieguen a participar o no den respuesta alguna, el interesado podrá prescindir de su participación en la elaboración de dichos estudios. Sin embargo, estos estudios deben ser socializados y discutidos con las comunidades durante el proceso de consulta previa.

El Estado no puede expedir ningún contrato de concesión³⁰ dentro del territorio de una comunidad indígena hasta que se realicen los respectivos estudios previos e integrales del impacto ambiental y social. Estos estudios deben evaluar los posibles daños e impacto del proyecto u obra e informar a las comunidades

²⁷ Sentencia T-129/11 Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, pág. 47.

²⁸ Sentencias T-116 de 2011. Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORT, pág. 38

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia PUEBLO SARAMAKA Vs. SURINAM, Sentencia T-129 de 2011

³⁰ Contrato por el cual el Gobierno otorga a empresas o a particulares la gestión y la explotación de ciertos bienes públicos:



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Étnicas sobre éstos antes de efectuarse el trámite consultivo para el proceso de otorgamiento de concesiones o contratos³¹.

El propósito de la Licencia Ambiental no sólo se dirige a la protección de los recursos naturales, sino también contempla la obligatoriedad de que las comunidades étnicas se pronuncien sobre su tramitación. Por tanto, para el otorgamiento de la Licencia Ambiental se debe llevar a cabo el proceso previo de consulta. Igualmente, para que se pueda adelantar el proyecto u obra el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (INCANH) debe de aprobar un plan de manejo arqueológico. *Lancheros Gámez Juan Carlos - Burgos Carolina - consulta previa en Colombia -derecho justo org. - Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia SARAYAKU Vs. ECUADOR*

COMO SE DEBE HACER LA CONSULTA PREVIA

Con los importantes desafíos que encara el gobierno nacional en el 2014 y para darle celeridad a la ejecución de numerosos proyectos, recientemente fue firmado un decreto para poner en marcha el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa, para muchos uno de los puntos de tranca en el avance de la infraestructura en Colombia.

Los países de Latinoamérica comparten una riqueza natural muy alta, y en la misma medida albergan un gran número de pueblos indígenas y minorías étnicas, que se encuentran asentadas en las zonas más prósperas de esos territorios, blanco de multinacionales³² de extracción de recursos como los proyectos de minería, de madereras, plantaciones industriales, entre otras. Fundamentados en la ratificación internacional del respeto a los derechos humanos, países como Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia han desarrollado herramientas legales que buscan articular los intereses de progreso económico nacional, con el respeto a los territorios ancestrales y la cultura propia de cada población indígena o minoría étnica.

La Consulta Previa está catalogada como un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales del mundo, reconocido además por la ONU³³, que

³¹ Corte Constitucional Sentencias SU-039 de 1997, T-129 de 2011. Sentencia T-693 de 2011.

³² Una empresa multinacional es aquella que fue creada y registrada en un país, pero que cuenta con filiales en todo el mundo, y aunque crea ofertas de trabajo en esos lugares, la mayor parte de las ganancias regresan al país de origen de la multinacional. Son también un poderoso agente de globalización. Actúan con una estrategia global para obtener el mayor margen de beneficios; compran las materias primas donde les resulta más barato; instalan sus fábricas en los lugares más favorables y venden sus productos en cualquier punto de la Tierra. El término multinacional debe entenderse en lo que a mercado se refiere, no a la naturaleza de la compañía: de hecho, es habitual que se califique el término multinacionales como engañoso y se prefiera llamarlas transnacionales; ya que, aunque operen en varios países, el planteamiento de su estrategia y su administración central está en un sólo país.

³³ La Organización de las Naciones Unidas (ONU), o simplemente las Naciones Unidas (NN. UU.), es la mayor organización internacional existente. Se define como una asociación de gobierno global que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los humanos. La ONU fue fundada el 24 de octubre de 1945



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

busca salvaguardar a las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de esos pueblos, así como reconocer y proteger sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas, espirituales e institucionales. Sin embargo, para las empresas es el primer paso a cumplir cuando quieren realizar procedimientos extractivos en cualquier región del país o aquellos ligados con infraestructura de transporte, minería y energía.

En Colombia esta dirección está adscrita al ministerio de Interior y Justicia y funciona a través de espacios permanentes de diálogos, establecidos en mesas de trabajo que son las encargadas de representar a estas minorías que en nuestro país ocupan el 23% del territorio nacional. Se puede afirmar que es una responsabilidad compartida entre los representantes de los proyectos y el Estado, a través del ministerio.

Actualmente en el país se adelanta un gran número de estos procesos. Para el año 2012, solo en el primer cuatrimestre se llevaron a cabo 470 protocolizaciones con grupos étnicos en 65 procesos de consulta previa, en su mayoría en los sectores minero, energético y ambiental, según la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior; por lo que conocer en detalle su aplicación es esencial para el desarrollo de las regiones. En ese sentido, se resume los 10 pasos a seguir para realizar consulta previa en Colombia:

1. Solicitud de certificaciones de presencia de comunidades étnicas al Ministerio del Interior e Incoder³⁴: Presentar el modelo de oficio que han dispuesto estas entidades para evaluar objetivamente la presencia o no de minorías étnicas.
2. Apertura del proceso: Reunión con los diferentes actores involucrados donde oficialmente se informa el inicio del proceso de Consulta Previa.
4. Pre-consulta: Explicación del proyecto a realizar en la zona, evaluación de medidas de mitigación y compensación de los impactos identificados en el proyecto.
5. Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo: Realización de mesas de trabajo participativo con la comunidad que será beneficiaria de las medidas de compensación³⁵ que se acuerden.

en la ciudad estadounidense de San Francisco, por 51 países, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas.

³⁴ Instituto Colombiano de Desarrollo rural (en liquidación).

³⁵ Las medidas de compensación son las obras o actividades que compensan los daños causados por la construcción o implementación de un proyecto. Estas medidas están destinadas a los impactos inevitables, que no se pueden prevenir o mitigar totalmente. Tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente al efecto adverso identificado. Incluyen el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad. Las medidas de compensación, se implementan en las áreas o lugares en que se presenten los impactos ambientales. Según el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010), son las

6. Pre-Acuerdos: Formalización de los compromisos acordados entre las partes.

La consulta debe realizarse de buena fe

Uno de esos criterios mínimos, el deber de llevar a cabo las consultas de buena fe, está contemplado en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, que establece que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. *Rodríguez Garavito Cesar, Morris Meghan, Orduz Natalia, Buritica paula. -2010 La consulta previa a pueblos indígenas pág. 71.*

De acuerdo con la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007, antes de la adopción y aplicación de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas, los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con las comunidades interesadas³⁶. Esta obligación ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en jurisprudencia reciente sobre el caso del pueblo Saramaka contra Surinam, señaló respecto de la obligación de consultar:

“Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo”³⁷. Comisión Colombiana de Juristas - Boletín No. 2: Serie sobre el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes 2008 – pág. 2

La consulta debe conducir al conocimiento pleno por parte de las comunidades afectadas de las disposiciones que se van a implementar.

Las comunidades indígenas y tribales deben tener conocimiento pleno sobre las medidas que se pretenden adoptar. En este caso, debían tener conocimiento

acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos.

³⁶ Artículo 19 Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

³⁷ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, No. 172, párr. 134.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

sobre el contenido, implicaciones y consecuencias de las disposiciones previstas en el proyecto de ley que dio origen al Estatuto de Desarrollo Rural.

Sobre el particular señaló la Corte Constitucional en sentencia SU-039 de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, que la implementación del derecho a la consulta debe pretender: *“Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.*

“Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares”.

La consulta debe hacerse por conducto de las instituciones representativas de las comunidades con miras a obtener su consentimiento libre e informado.

El procedimiento de consulta debe ser respetuoso de las autoridades y organismos representativos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Al respecto señala la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas:

Artículo 32 1-Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2- 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.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (negrilla fuera de texto).

Por su parte, la Corte Constitucional³⁸ ha señalado *“Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las*

³⁸ Sentencia C-891 de 2002, M.P.: Jaime Araujo Rentería, citando la *“Guía para la aplicación del Convenio 169”*.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas debe identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos”.

La consulta debe garantizar la participación efectiva de las comunidades, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, teniendo en cuenta los métodos tradicionales de toma de decisiones.

Los mecanismos empleados para adelantar la consulta deben buscar, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

*“Que se le de (sic) la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas de proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierne a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una **participación activa y efectiva** en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”³⁹ (negrilla fuera de texto).*

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia que resuelve el caso de la comunidad Saramaka Vs Surinam señaló:

“El Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka”⁴⁰.

La consulta debe surtir antes de presentar el proyecto de ley, Sin embargo, es claro que, en este caso, la entidad debe brindarles a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto son, sobre todo, para que puedan participar activamente y e intervenir en su modificación, si es preciso.

No obstante, lo anterior, puede presentarse el caso de que la composición inicial del proyecto sea producto del esfuerzo conjunto y concertado de entidades y comunidades, evento en el cual se evidenciaría con más veras el cumplimiento de la participación indígena” (negrilla fuera de texto).

³⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁰ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, No. 172, párr. 129.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

La consulta debe surtirse sobre el trámite de consulta mismo

La Corte Constitucional señaló en sentencia T-737 de 2005, M.P.: Álvaro Tafur Galvis: *“El proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo. Ciertamente, el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”*.

Debe prestarse el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades consultadas, como elemento esencial del derecho a la consulta.

Es necesario avanzar de la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado el cual les permite a los pueblos ejercer de manera real su derecho a la

y a decidir su futuro como pueblos indígenas. En este sentido es importante destacar que, la consulta previa se fundamenta en el derecho a la participación, la cual en últimas no implica la toma definitiva de la decisión por parte de los pueblos indígenas, contrario a lo que sucede con el consentimiento libre, previo e informado que se fundamenta en el principio a la libre determinación de los pueblos, en virtud del cual pueden establecer su condición política, lograr libremente su desarrollo económico, social y cultural, es decir, que pueden decidir sobre los proyectos que logren afectarles y además les permita a los pueblos indígenas tomar la decisión final directamente. *Rodríguez Gloria Amparo la consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia-2010- pagina 70.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en jurisprudencia sobre el caso del pueblo Saramaka contra Surinam, citando al Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas se ha pronunciado frente al tema⁴¹.

⁴¹ “Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que: “Siempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales. comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia. “En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que

Por su parte, en la sentencia T-382 de 2006, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional calificó de manera similar el consentimiento que debe perseguir la consulta previa:

“El derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo. Sin embargo, la influencia que el derecho pudiera ejercer sobre tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo mas universal posible alrededor de la medida legislativa”.

De modo que, cuando un proyecto de ley susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales no cumple con los requisitos anteriormente señalados, es inconstitucional, por desconocer el derecho fundamental de las comunidades indígenas y tribales a la Consulta Previa. *Comisión Colombiana de Juristas – 2008*

El consentimiento libre, previo e informado, como un derecho humano fundamental de los pueblos indígenas frente a las actividades extractivas de todo tipo, y la adopción de políticas y normatividad que puedan afectarles directamente, ha sido un tema abordado en la Organización de las Naciones Unidas⁴² (ONU), en especial por la Declaración de Pueblos Indígenas que

“[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.

⁴² Art. 11.2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado, o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 29.2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 32. 2. 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. Lo anterior significa que los pueblos indígenas deberían tener derecho al veto de los proyectos, contrario a lo que sucede con la consulta previa donde esto no se da, y porque este es el mecanismo para garantizar la efectiva participación de estos pueblos en las decisiones que puedan afectarles.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

señala: Art. 10 Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso. *Rodríguez Gloria Amparo la consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia-2010- pagina 79.*

Consulta informada

Además del principio de buena fe, el derecho internacional ha sostenido el deber de suministrar información completa a las comunidades consultadas. La Corte Interamericana ha establecido que el deber de consultar “requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes” Asimismo, ha sostenido que el Estado debe asegurarse de que los miembros de las comunidades consultadas “tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento”⁴³.

Sobre el particular, el Foro Permanente ha establecido que las comunidades deben tener, como mínimo, información sobre [...] a. la naturaleza, el tamaño, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto o actividad propuestos; b. las razones por las que se quiere llevar a cabo dicho proyecto, c. la duración del mismo; d. las áreas que serían afectadas; e. las asesorías preliminares donde se establezcan los posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales de los proyectos; f. el personal que estaría involucrado en la ejecución del proyecto propuesto; e. los procedimientos que tendrían que llevarse a cabo para la realización del proyecto. Rodríguez Garavito César, Morris Meghan, Orduz Natalia Salinas y Paula Buriticá- Programa de Justicia Global y Derechos Humanos- Universidad de los Andes página 71.

Una consulta culturalmente adecuada

Otro factor central para la realización de una consulta efectiva, que no se limita a la mera provisión de información, es el desarrollo de procedimientos de consulta que sean culturalmente adecuados. Si bien el Convenio 169 y la Declaración de los Pueblos Indígenas simplemente ordenan que la consulta sea a través de “procedimientos apropiados”⁴⁴, la importancia de respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas en el desarrollo de las consultas ha sido reconocida y desarrollada por la CEACR en sus observaciones

⁴³ Corte IDH, *Saramaka vs. Surinam*, párr. 133.

⁴⁴ Convenio 169, art. 6º; Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 30.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

individuales a Colombia en el 2004 y a México en el 2005. En la primera observación, la CEACR afirmó que la consulta, para que realmente permita la participación, debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos.

En el caso de México, la CEACR⁴⁵ recomendó al Estado que determinara “un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinarlo los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas”. Por su parte, la Corte Interamericana también ha sostenido que los procedimientos de consulta deben ser culturalmente apropiados y según las “costumbres y tradiciones” de las comunidades consultadas. Asimismo, las consultas deben “tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones”. Si bien los pronunciamientos de derecho internacional no han establecido tiempos fijos dentro de los cuales se debe realizar la consulta, la cuestión temporal ha sido vinculada al respeto por las costumbres y formas de tomar decisiones de los pueblos indígenas.

La CEACR ha afirmado que “una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y pueden participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”.

La consulta como medio para llegar a un acuerdo

El procedimiento de consulta debe tener como propósito llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento, dependiendo de la fuente de derecho internacional que se revise.⁴⁶ En todo caso, el estándar mínimo sobre consulta entiende que no debe ser concebida como un simple procedimiento por el cual se socializan algunas decisiones ya tomadas sobre una medida específica, independientemente de las opiniones que puedan tener las comunidades afectadas al respecto, sino que debe entenderse y desarrollarse como un verdadero mecanismo de consulta, participación y conciliación, cuyo objetivo sea lograr un acuerdo entre las partes. Por otra parte, la consulta no debe ser concebida como una serie de procedimientos aislados, en que se entablan diálogos con las comunidades indígenas para poder realizar el proyecto o la medida.

Al contrario, la CEACR ha establecido que la consulta prevista por el Convenio 169 no se limita a un procedimiento en un caso preciso, sino que “tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas”, lo

⁴⁵ CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, Colombia, 2004, párr. 3

⁴⁶ Convenio 169, art. 6º; Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 19.



cual supone “un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”.

El carácter previo de la consulta

Ahora bien, en cuanto al momento en que debe realizarse la consulta, los pronunciamientos de distintos organismos internacionales han coincidido en afirmar que ésta tiene que llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades.

En el caso de medidas legislativas y administrativas, si bien el Convenio 169 no ordena específicamente en cuál etapa debe llevarse a cabo la consulta, la CEACR ha establecido que debe realizarse previamente a la adopción de las medidas.²¹² En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la admisibilidad de las medidas que afecten a los pueblos indígenas, incluidas las legislativas, depende de que las comunidades “hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas”.⁴⁷

En relación con los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, tanto el Convenio 169 como la Declaración de los Pueblos Indígenas establecen explícitamente que la consulta debe realizarse antes de su aprobación.

Por su parte, en su Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, la Comisión Interamericana solicitó al Estado colombiano asegurar “que antes de autorizarse la explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras de los indígenas se celebren las consultas pertinentes con las comunidades indígenas afectadas”.⁴⁸

La Corte Interamericana, en el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, estableció que los pueblos indígenas deben ser consultados “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso”. A juicio de la Corte, tal aviso temprano es importante, pues “proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”.⁴⁹

Los pronunciamientos de derecho internacional han establecido principios fundamentales que deben ser tenidos en cuenta en el diseño de los procedimientos para realizar las consultas. El establecimiento de principios

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, *Apirana Mahuika vs. Nueva Zelanda*, párr. 9.5, 9.8.

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 1999, cap. x, “Los derechos de los indígenas en Colombia”.

⁴⁹ Corte IDH, *Saramaka vs. Surinam*, párr. 133.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

generales y flexibles en vez de un procedimiento fijo y rígido responde a la necesidad de que los procesos de consulta se adapten a las particularidades de cada caso y a las características culturales de cada pueblo, especialmente a sus propios procesos deliberativos y de toma de decisiones. Dichos principios deben ser implementados de manera que garanticen la participación efectiva de los pueblos y el respeto a sus costumbres y cosmovisiones, y que tiendan hacia el objetivo de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento libre, previo e informado según el caso. *Rodríguez Garavito César, Morris Meghan, Orduz Natalia Salinas y Paula Buriticá- Programa de Justicia Global y Derechos Humanos- Universidad de los Andes pagina 71*

QUIENES PARTICIPAN EN LA CONSULTA

A partir del Convenio 169 la Corte Constitucional ha definido los siguientes actores:⁵⁰ Los *pueblos* directamente afectados; sus autoridades, líderes y organizaciones representativas definidas de manera autónoma.

La *Dirección de Etnias* Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM del Ministerio del Interior y de Justicia, cuya obligación es coordinar y garantizar el cumplimiento de las condiciones adecuadas para el desarrollo de la consulta.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial cuando se trata de una consulta para proyectos que requieran licencia ambiental.

El Ministerio Público: la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Personería Municipal, que ejercen funciones de control consistentes en vigilar la legalidad y transparencia del proceso de consulta previa, libre e informada.

La empresa privada o pública interesada en el proyecto, que tiene el deber de informar a las instituciones y al pueblo indígena afectados sobre todo lo concerniente al proyecto de manera previa, clara y suficiente.

En los casos previstos para erradicación de cultivos para los que se presumen usos ilícitos, la consulta se realiza con la participación de:

La Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior y de Justicia en representación del gobierno nacional.

Las comunidades asentadas en los territorios donde existen cultivos para los que se presumen usos ilícitos.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-323 de 2003.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

La Dirección Nacional de Estupefacientes como entidad responsable de las políticas para erradicación de cultivos de uso ilícito.

La Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional como ejecutores de los mecanismos de erradicación de cultivos de uso ilícito.

Los organismos de control: Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Personería.

Cuando el proyecto, obra o actividad que se pretende desarrollar afecte al pueblo indígena y sus territorios estén estos titulados o no, se debe proceder a la realización de una consulta previa, libre e informada.

El procedimiento que se debe cumplir, y el papel que las entidades, así como las comunidades y organizaciones de los pueblos afectados deben jugar, responde a las siguientes funciones, y para lo cual se propone tener en cuenta algunos comentarios⁵¹.

Corresponde al Ministerio del Interior y de Justicia certificar la presencia de comunidades indígenas o negras, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica.

Los pueblos indígenas afectados tienen derecho a participar en el diseño de los procedimientos más adecuados para el reconocimiento e identificación de las comunidades afectadas. Esta observación está respaldada por la sentencia T-737 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis: *“El Estado colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa, libre e informada no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas”, y “el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”*.

Corresponde al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) certificar la existencia de territorio legalmente constituido. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la identificación de sus territorios no titulados afectados por la obra o actividad, para ser consultados sobre el uso de los mismos.

Corresponde a las autoridades ambientales competentes (Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y las corporaciones ambientales regionales) certificar la presencia de estas comunidades, en caso de existir discrepancia. El término para expedir las certificaciones (Decreto 1310) es dentro

⁵¹ Los organismos de control y la OACNUDH identificaron en los talleres realizados sobre el derecho a la consulta previa los aspectos que siguen abajo como observaciones para tener en cuenta durante el desarrollo de los procedimientos y el desempeño institucional según sus competencias.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de la consulta emitida por las empresas, entidades ejecutoras del gobierno o de los mismos pueblos, de acuerdo con el derecho a la autodeterminación contemplado en el Convenio 169.

La certificación de la presencia de pueblos indígenas debe realizarse teniendo en cuenta sus usos y costumbres dentro de sus hábitats naturales y culturales. Un territorio en uso u ocupación por pueblos indígenas y tribales tendrá con frecuencia una gran adaptación al medio natural. De allí que su presencia no sea fácilmente identificable. Es por ello que los procedimientos de verificación deben partir del conocimiento y los estudios previos sobre dichos pueblos, su cultura, prácticas y costumbres. *Grueso Castelblanco Libia Rosario - ACNUR- El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada- Pág. 52,53*



CONCLUSIONES

Nuestra constitución política de 1991 reconoce ampliamente la diversidad cultural y natural y en ella le impone al estado y a los particulares el deber de proteger esa riqueza de la cual somos afortunados en tener como pocos países en el mundo. la protección y fortalecimiento de la participación de los pueblos indígenas en Colombia garantizan la pervivencia, su cosmovisión y formas de organización; sin embargo pese a que existen diferentes instrumentos jurídicos, normas internacionales, tratados y leyes no son suficientes y es de enorme importancia que se establezcan mecanismos claros y efectivos para el goce de los derechos que les atañen como grupo étnico.

Históricamente en Colombia en las zonas donde existen territorios o resguardos indígenas han sido golpeadas duramente por la violencia interna de hace más de 50 años, dichos lugares se han convertido en sitios estratégicos y reservas ambientales , mineras y energéticas, las cuales han llevado a un choque de intereses económicos del país, empresas privadas y las diferentes multinacionales presentes en nuestro territorio; la lucha que se ha dado por parte de los pueblos indígenas por preservar estos recursos naturales se han convertido de cierta manera en botín de ciertos grupos insurgentes que han querido intervenir ilícitamente en la preservación de los territorios indígenas, llevando con esto a que sus líderes sean estigmatizados y su lucha justa desdibujada frente a un estado capitalista.

El alto incremento de la realización de proyectos de hidrocarburos y de minería en territorios ancestrales, preocupa desde cualquier punto de vista y se hace indispensable la revisión jurídica de las normas e instrumentos y de las diferentes licencias ambientales otorgadas sin ninguna justificación; violando los derechos que le atañen a las comunidades indígenas a la permanencia en sus territorios en un ambiente sano que les permita desarrollarse culturalmente como pueblos ancestrales, con espacios de convivencia espiritual como lo han planteado las mismas comunidades en lograr el diálogo entre lenguajes, cosmovisiones y modelos de desarrollo diferentes, y la consulta previa es un lugar propicio para ello.

Consideramos que es importante que el estado empiece a darle cumplimiento a esas diferentes normas internacionales entre ellas sino la más importante el convenio de la OIT y a las demás normas que se refieren a la consulta previa e iniciar a aplicarla de forma efectiva, real y clara con miras a buscar soluciones a los conflictos suscitados por los continuos y permanentes violaciones a los derechos humanos de estas comunidades ancestrales.



Así las cosas, la consulta previa toma un valor importante en el juicioso ejercicio de lograr proteger la integridad cultural, social y económica y sobre todo a la participación efectiva y a la permanencia de los pueblos en sus territorios, esto a través de una gestión participativa que permita buscar soluciones a los diferentes conflictos suscitados por el incumplimiento continuo de las normas existentes y sus procedimientos.

No se puede negar que en Colombia existe una legislación que regula el derecho a la consulta previa a las comunidades indígenas, pero no deja de ser también una realidad el tema de la legitimidad ya que en el desarrollo de la misma se da la mala costumbre de no ser concertada, ni previa como su nombre así lo indica; volviéndose un solo instrumento de tramitología : pero que a su vez refrenda la continua violación y explotación de territorios y comunidades legalmente protegidos por la constitución y la ley.

Por consiguiente, podríamos definir que la consulta previa además de ser un instrumento en el que se pretende el ejercicio real de la autonomía de los diferentes grupos étnicos en nuestro país; debiera ser un ejercicio de autocontrol y de articulación con los diferentes proyectos de desarrollo local, departamental y nacional con sus planes de vida, ahora de salvaguarda y sus modelos económicos; por Tal motivo la interculturalidad debe ser también un criterio para los procedimientos de la consulta previa e informada y de buena fe.

El estado colombiano como garante y respetuoso de los derechos humanos debe de comprometerse incondicionalmente y apoyar a los pueblos indígenas, garantizándole sus derechos, reconociéndole sus costumbres ancestrales y sus propias formas de vida y en consecuencia la consulta previa como instrumento primordial supere los inconvenientes presentados en el afán del desarrollo económico y social de nuestro país; superar los inconvenientes planteados significa contribuir al logro de la paz y a la pervivencia de las comunidades ancestrales tan golpeadas por la violencia como por la indiferencia estatal

Por lo anterior expuesto se hace importante y necesario implementar las mesas de concertación , garantizando la participación activa de los representantes indígenas y sus asesores; se propone entonces que no sea un simple ejercicio de consulta , sino de información , concertación y toma de decisiones conjuntas y justas frente a una realidad de conservar el medio ambiente, propender por la defensa de los recursos naturales y los más importante la vida y la supervivencia de estos pueblos ancestrales que se han caracterizado por la lucha de sus derechos y el respeto por la madre tierra.

Finalmente se exhorta al gobierno nacional a que se legisle sobre los vacíos en las normas existentes para concretar los procesos y procedimientos a seguir



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

frente a una consulta previa ; también para que se haga un buen uso de las herramientas y preceptos legales ; ya que se ha vuelto costumbre que las altas cortes terminan definiendo los vacíos encontrados en la legislación colombiana, en busca de que no se sigan vulnerando sistemáticamente los derechos de los pueblos indígenas so pretexto del desarrollo y la modernización de nuestro país.



BIBLIOGRAFIA

Cesar Rodríguez Garavito, Meghan Morris, Natalia Orduz, paula Buritica. -2010 La consulta previa a pueblos indígenas- Universidad de los Andes.

Comisión Colombiana de Juristas - Boletín No. 2: Serie sobre el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes 2008

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989)

Gloria Amparo Rodríguez – 2014 - Consulta previa al consentimiento libre e informado a pueblos indígenas –

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Encuentro Estratégico de Organizaciones-Redes por la Incidencia, Costa Rica, 19 a 21 de agosto del 2003.

Libia GRUESO CASTELBLANCO, investigadora – 2009 - El derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Libia GRUESO CASTELBLANCO. Artículo “La consulta previa algunos debates sobre sus alcances y limitaciones en el respeto de la diversidad cultural”. En: Revista Semillas No. 36/37. 2008.

Leonardo Tovar González - ¿es posible una democracia intercultural en Colombia? -Ensayo, ministerio de cultura Bogotá -2000 pág. 69.

Juan Carlos - Lancheros Gámez, Burgos Carolina -consulta previa en Colombia -derecho justo org. - Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia SARAYAKU Vs. ECUADOR -2008

María Alejandra Kleber Sierra -el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa- Estudiante de Derecho de la Universidad del Norte. mairaklebers@hotmail.com; kleberm@uninorte.edu.co. SF

MINISTERIO DE JUSTICIA, MINISTERIO DEL INTERIOR. Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena. Bogotá. Dirección General de Asuntos indígenas, DGAi. 1997.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA (2006). La consulta previa para proyectos de exploración de recursos naturales. Bogotá.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

MUELAS H., Lorenzo. "Resistencia cultural y pueblos indígenas". Ponencia presentada en el Taller sobre Resistencia organizado por Oilwatch en PORT HARCOURT, NIGERIA, FEBRERO DE 1999.

MUELAS H., Lorenzo. Ley 21 de 1991 que ratifica el Convenio 169 de la OIT. Bogotá: Fondo de Publicaciones del Senado de la República, 1997.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT). Ginebra, noviembre de 2001.