

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO COMO INSTRUMENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TERRITORIOS ANCESTRALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Germán Vallejo Almeida*

De forma progresiva, la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales ha ido ocupando un lugar cada vez más importante en la agenda internacional, al punto de que el sistema de las Naciones Unidas, mediante la Organización Internacional del Trabajo, ha dado lugar a un reconocimiento de los derechos de estos pueblos en el Convenio 169 de 1989 como referente universal para la protección de estos pueblos.

El Convenio 169 generó un cambio paradigmático en la comprensión de los derechos de estas comunidades, al admitir sus aspiraciones de asumir el control de sus propias instituciones, sus formas de vida y su desarrollo. Para ello, incluyó sendas disposiciones en relación con sus derechos colectivos, no discriminación y ser consultado sobre cualquier decisión legislativa, administrativa y económica que pudiera afectar sus derechos y sus territorios —presupuesto fundamental para la garantía del resto de sus derechos—.

.....
* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Cooperación y Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona, España y doctor en Derecho del programa conjunto de la Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. Es profesor de la Universidad Católica. Correspondencia: germanvallejo@hotmail.com o gvallejo@ucatolica.edu.co

Con el presente artículo se pretende examinar la importancia de la incorporación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales en el Sistema universal e interamericano de derechos humanos, para identificar sus principales avances en Colombia y sus criterios de aplicación.

El trabajo se divide en cuatro apartes: primero, una reflexión sobre la comprensión de los territorios ancestrales como eje de los derechos de los pueblos indígenas y tribales; segundo, un análisis sobre el valor del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como herramienta para la protección de los territorios ancestrales y su incorporación en Colombia; tercero, una revisión de algunas fuentes jurídicas internacionales y nacionales que han desarrollado los postulados del Convenio 169 y que bogan por la protección de los territorios ancestrales y cuarto, un examen sobre la consulta previa como mecanismo de protección de los territorios tribales y sus referentes normativos y jurisprudenciales en Colombia.

Protección de territorios ancestrales

Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas y, desde su cosmovisión, la tierra y los territorios son elementos esenciales en su vida cultural, social y espiritual. Para una porción considerable de ellos, el territorio tiene un significado sagrado que dista de las concepciones economicistas y productivistas del desarrollo social moderno, pues en él se sustenta la supervivencia, sus instituciones tradicionales espirituales y su cultura particular.

Para Mikel Berraondo, los derechos de los pueblos indígenas por el territorio gravitan en dos dimensiones: el espacio y los procesos. En el primero, la reivindicación territorial se expresa en la demanda por el uso, goce y manejo de los recursos naturales; en el segundo, se configura el derecho a la libre determinación, que se traduce en controlar sus procesos de orden político, económico, social, cultural y espiritual, para asegurar la continuidad material y cultural como pueblos indígenas.¹²⁴ Desde esta perspectiva, el territorio es un “sistema de re-

124 Mikel Berraondo, *Territorios indígenas. Entre los reconocimientos de papel y la garantía de un derecho* (Pamplona: Instituto Promoción de Estudios Sociales, 2013), 26.

cursos y jurisdiccional” en donde se ejercen derechos colectivos cuyo titular es dicho pueblo.¹²⁵

Tal concepción material e inmaterial sobre el territorio contraría la visión occidental que se ha construido sobre este, en la cual la posesión sobre la tierra y los recursos se vincula en exclusiva al poder político y económico de quien la posea. Como se verá a continuación, para los pueblos indígenas y tribales, el reconocimiento de sus derechos colectivos sobre sus territorios ancestrales tiene diversas vertientes —territoriales, jurídicas, culturales, sociales, económicas, políticas y espirituales— que emanan de su derecho a la libre determinación.

El reconocimiento otorgado a los pueblos indígenas y tribales en el Convenio 169 de la OIT es fundamental para la recuperación y la protección de sus tierras, de su hábitat y la convivencia armónica condición sin la cual no se podría asegurar su supervivencia como colectivo, más aún después de haber sido víctimas de seculares despojos de sus territorios ancestrales y tradicionales.

Dadas estas nociones sobre la concepción de territorio, es conveniente examinar el reconocimiento de estos derechos en el Sistema internacional de los derechos humanos, en particular a partir de la promulgación del Convenio 169 de la OIT y su impacto en Colombia.

Convenio 169 de la OIT como herramienta para la protección de territorios ancestrales

La Organización Internacional del Trabajo ha tenido como una de sus prioridades la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Desde sus primeras investigaciones, orientadas a analizar las condiciones de trabajo forzoso en el mundo, esta Organización prestó especial atención a la grave situación de explotación laboral en la que se encontraban “trabajadores nativos”, desprovistos de sus derechos.

Tras la creación de las Naciones Unidas, en 1945, la OIT amplió su campo de estudio sobre la situación de los trabajadores indígenas y, con participación de otras agencias del sistema de la ONU, condujo la elaboración del Convenio 107 de los pueblos indígenas y tribales, que fue sustituido en 1989 por el Convenio 169, en un intento por consolidar diversas normativas orientadas al reconocimiento de

.....
125 Elena Lazos, “Ideas sobre identidad, pueblos indígenas y territorios”, https://www.researchgate.net/publication/265920858_Ideas_sobre_Identidad_Pueblos_Indigenas_y_Territorios (acceso octubre 9, 2017).

la voluntad de dichos pueblos a asumir el control de su forma de vida, desarrollo económico y fortalecimiento de su identidad.

El Convenio refleja el consenso entre los mandantes tripartitos de la OIT (trabajadores, empleadores y representantes de Gobierno) en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales y las responsabilidades de los Gobiernos de protegerlos. Por su naturaleza de tratado internacional, adquiere carácter obligatorio para los Estados, por lo cual, una vez ratificado, tienen el deber de revisar y adecuar la legislación y la normatividad interna en torno a las disposiciones del Convenio.

El objetivo del Convenio, como se ha mencionado, es superar las prácticas discriminatorias que afectan a los pueblos indígenas y tribales para garantizar su participación en las decisiones y los procesos que impacten la subsistencia.¹²⁶ Por lo anterior, este Tratado se fundamenta en el reconocimiento de los valores culturales y espirituales que los pueblos indígenas atribuyen a sus territorios ancestrales, dado que son esenciales para garantizar el conjunto más amplio de sus derechos. En el Convenio se advierte:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.¹²⁷

126 Además, el Convenio cubre una amplia gama de derechos relativos a los pueblos indígenas, "que incluyen el empleo y la formación profesional, la educación, la seguridad social y la salud, el derecho consuetudinario, las instituciones tradicionales, las lenguas, las creencias religiosas y la cooperación a través de las fronteras". Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989* (núm. 169). *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013), 1.

127 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (Ginebra, 27 de junio de 1989), art. 14.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

Los Estados que ratifiquen el Tratado deberán acordar los procedimientos apropiados para establecer las tierras que han ocupado estos pueblos y asegurar la protección efectiva de los derechos de propiedad, goce y utilización libre de la misma. A estos derechos se vinculan otros igualmente esenciales para el libre desarrollo de la identidad: el respeto por la relación cultural y espiritual de los pueblos con la tierra y el territorio;¹²⁸ la protección especial a la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras;¹²⁹ el respeto por las tradiciones de transmisibilidad de los derechos sobre la tierra¹³⁰ y la asignación eventual de tierras en caso de no contar con las suficientes para garantizar su subsistencia.¹³¹

Otra consideración fundamental de este instrumento es la obligación expresa de llevar a cabo una consulta a los pueblos indígenas y tribales cuando se pretenda adoptar medidas administrativas o legislativas que de alguna forma interfieran con el pleno goce de sus derechos. Para James Anaya, relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, además de ser la piedra angular del Tratado,¹³² la consulta previa es un elemento central para un nuevo modelo de relaciones entre los Estados y tales pueblos, así como para un nuevo esquema de desarrollo en el que se asume al territorio indígena como presupuesto para el ejercicio de sus otros derechos.

Sobre este aspecto, en los Artículos 6, 7, 15, 16, 17, 22, 27 y 28, el Convenio 169 regula con amplitud la consulta previa como mecanismo de participación para que los pueblos indígenas accedan a los procesos de toma de decisiones que pudieran comprometer sus derechos, en especial los concernientes a la protección de los territorios ancestrales. Tal disposición implica para el Estado la obligación

128 OIT, *Convenio 169*, art. 13.

129 OIT, *Convenio 169*, art. 15.

130 OIT, *Convenio 169*, art. 17.

131 OIT, *Convenio 169*, art. 19.

132 Esta interpretación también reitera la Observación general sobre el Convenio núm. 169, 79.a, presentada por la CEACR, la cual establece que "la consulta previa resulta en la piedra angular del Convenio y la base de todas sus disposiciones. Encontrando en la participación de los pueblos indígenas, un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo". Organización Internacional del Trabajo [OIT], "Consulta y participación de los pueblos indígenas. CEACR Observación general Convenio 169", <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oitceacr/544-oit-ceacr-209-og-consulta.html> (acceso septiembre 12, 2017).

de consultar y adoptar medidas legislativas y administrativas que garanticen su cumplimiento.

La incorporación del Convenio 169 en la normatividad y la jurisprudencia de los países que lo han ratificado ha sido esencial para salvaguardar los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales de cada Nación. En consonancia con lo anterior, en el siguiente apartado se presentan los fundamentos con los cuales se incorpora el Convenio 169 en Colombia y su impacto en la normativa y la jurisprudencia nacionales.

Incorporación del Convenio 169 en Colombia

Durante la década del ochenta y la primera década de 2000, en el continente americano se llevaron a cabo procesos de reforma constitucional y consolidación de democracias. En Colombia, aunque no hubo exactamente un tránsito desde un régimen autoritario a uno democrático, se promulgó una nueva Constitución en 1991, caracterizada, entre otras cosas, por su generosidad en el reconocimiento de derechos constitucionales a sus habitantes. Por un lado, se incorporaron derechos civiles y políticos a grupos minoritarios y, por otro, en aceptación de la diversidad, se incluyó el otorgamiento de derechos especiales a pueblos indígenas y tribales, amparados en los avances del derecho internacional en esta materia. A partir de la expedición de la Constitución de 1991 se empezó a conceder fuerza jurídica interna a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los Artículos 53, 93, 94 y 214 constituyen las disposiciones superiores que ha usado la Corte Constitucional para fallar sobre el tema.

La incorporación de tratados internacionales de derechos humanos al derecho interno deberá ir siempre ligada a la lectura conjunta de los derechos fundamentales,¹³³ puesto que forman parte del bloque de constitucionalidad. En 1997, la Corte Constitucional dio el siguiente concepto sobre la composición del bloque de constitucionalidad:

[...] está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control

.....
133 La ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y el afianzamiento del sistema regional de derechos humanos han tenido como resultados más llamativos la ratificación de la Convención americana sobre derechos humanos y el reconocimiento de organismos principales del Sistema interamericano como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque “son normas situadas en el nivel constitucional”, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.¹³⁴

Así, ambos grupos de derechos deben complementarse y sostenerse mutuamente, formando una “doble fuente” y “doble protección” en el desarrollo de los derechos humanos. Esta “doble fuente” debe ser dinamizada entre el derecho internacional y el derecho constitucional, por lo que el intérprete de la norma debe optar por la más favorable a la realización de la dignidad de la persona.¹³⁵ Su utilización deriva del hecho de que la Constitución misma no es lo suficientemente amplia para cobijar todos los asuntos referentes a la constitucionalidad en una Nación o a su aplicación en el ámbito internacional. En esa medida, se vuelve necesario complementar con otras disposiciones —con un cuerpo normativo más flexible—, para atender nuevos asuntos normativos que sean consecuentes con los cambios históricos, sociales y políticos que ocurren en el mundo.¹³⁶

Sobre ese fundamento se incorporó en Colombia el Convenio 169 al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989”. Quinche Ramírez destaca:

[...] el Convenio núm. 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, especialmente por lo establecido en el artículo 17 del mismo, que prevé el derecho fundamental a la consulta previa. Se trata aquí de una norma internacional de aplicación directa, que contiene un derecho no expresamente consagrado en la Constitución Política, que ha dado lugar a numerosas declaratorias de inexequibili-

134 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997*, M. P. Eduardo Cifuentes.

135 Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal* (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2008), 57.

136 Al respecto, la Corte Constitucional manifestó que la incorporación de tratados internacionales son “verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-225 de 1995*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

dad, así como a un buen número de amparos proferidos en favor de las comunidades indígenas y sus miembros.¹³⁷

Este Tratado ha sido un elemento vital en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en Colombia al decidir el devenir y la protección de sus territorios, admitir su potestad de decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo y participar directamente por medio de la consulta previa en las decisiones que afecten sus derechos colectivos.

Previo a la elaboración del Tratado y su posterior ratificación por Colombia, los pueblos indígenas y tribales del país contaban con pocas herramientas jurídicas para salvaguardar su cultura y sus derechos sobre el territorio. Este desconocimiento sobre su identidad cultural condujo a numerosas violaciones de sus derechos, incluido el de decidir sus prioridades en lo concerniente al proceso de desarrollo económico, social y cultural.

Un elemento sustancial de la incorporación del Convenio 169 en Colombia —reconocido por la Corte Constitucional— es la afirmación del concepto de territorio que contempla este Tratado. El territorio se compone de la totalidad del hábitat que las comunidades ocupan o utilizan conforme a su visión y cultura, por lo que se impone a los Estados la obligación de asegurar su protección, en aras de salvaguardar su integridad cultural y sus derechos.

Desde su adopción, el Convenio 169 ha sido “el instrumento de derecho internacional más comprehensivo para proteger, en la legislación y en la práctica, los derechos de los pueblos indígenas y tribales”.¹³⁸

La protección del territorio en el Sistema universal de los derechos humanos

En el Sistema universal de protección de los derechos humanos, la protección de los territorios ancestrales toma especial importancia en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 2007, cuyos Artículos 8, 10, 25, 26, 27, 28, 29 y 32 detallan un amplio catálogo de derechos

137 Manuel Quinche Ramírez, “El control de convencionalidad” (tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia, 2013), 6, citado en Gloria Amparo Rodríguez, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia* (Bogotá: GIZ, 2014), 52.

138 Rodolfo Stavenhagen, *Los pueblos indígenas y sus derechos. Informes temáticos del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas* (Ciudad de México: Unesco, 2007), 17.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

al respecto. Entre sus aspectos más novedosos se destaca la obligación de los Estados de asegurar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas;¹³⁹ derecho a tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido¹⁴⁰ y el derecho a la reparación, restitución e indemnización justa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado.¹⁴¹

Si bien se ha entendido que la Declaración es un instrumento no vinculante —soft law—, sus consideraciones no han sido desconocidas dentro del Sistema interamericano¹⁴² y, en cambio, han sido altamente referenciadas por sus Altas Cortes para pronunciarse sobre el tema.

La Declaración es el primer reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales del mundo que se expone en un documento normativo oficial de Naciones Unidas y es el único instrumento jurídico internacional que los admite de manera expresa y abierta. Conseguir su implementación es un reto considerable para los Estados.

Sistema interamericano de los derechos humanos

En el Sistema interamericano de los derechos humanos, la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales se ha fundamentado en la interpretación del Artículo 23 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948 y en el Artículo 21 de la Convención americana sobre derechos humanos de 1969. Estos artículos contemplan el derecho a la propiedad del que gozan todas las personas, sin distinción alguna por su condición étnica u otra distinción particular.

139 Organización de Naciones Unidas [ONU], *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Resolución 61/295 de la Asamblea General (Nueva York, 13 de septiembre de 2007), art. 10.

140 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, art. 26.

141 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, art. 28.

142 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C No. 172; *Caso comunidad indígena xákmok kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C No. 214; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2012, serie C No. 212; *Caso pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012, serie C No. 245.

Desde el Sistema Interamericano, la Comisión interamericana de derechos humanos (CIDH) se ha ocupado de aprobar resoluciones y dictaminar recomendaciones especiales a los Estados en materia de protección de los derechos humanos de estas comunidades. La CIDH ha reaccionado positivamente por la aceptación del Convenio 169 por parte de los países de la OEA y ha reiterado la obligación que tienen estos en cuanto a la protección de estos pueblos y en especial de los territorios ancestrales colectivos. Sobre esta materia ha enfatizando en:

[...] adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como incluir medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones. También ha explicado la CIDH que los Estados deben aplicar mecanismos adecuados de control y seguimiento para monitorear el desempeño de las autoridades estatales y asegurar, así, el disfrute efectivo de los derechos y garantías que se comprometieron a respetar al ratificar el Convenio 169. La falta de reglamentación no es excusa para no cumplir con la aplicación del Convenio 169.¹⁴³

Durante las últimas décadas, tanto la CIDH como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han tenido un peso significativo en los países de la región en materia de derechos de los pueblos indígenas, en particular en el reconocimiento y la protección de sus territorios ancestrales.

Para la CIDH, como organismo especializado en la protección y observancia de los derechos humanos,¹⁴⁴ la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales es un asunto de especial importancia por las vulneraciones a las que han sido sometidos y por la comprensión del territorio, puesto que es un elemento sustancial que condensa sus derechos económicos, sociales, culturales y políticos.

.....
143 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf> (acceso septiembre 18, 2017).

144 "1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia". Organización de Estados Americanos [OEA], *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General* (La Paz, octubre de 1979), art. 1.1.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

Por su parte, la Corte IDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre el tema y ha recalcado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”.¹⁴⁵ Cabe resaltar que, al ser la Corte IDH un tribunal internacional, sus sentencias —reconocidas dentro del Sistema como *hard law*— son de obligatorio cumplimiento para los países miembros de la OEA, lo cual repercute directamente tanto en las obligaciones que se les imponen a los Estados como en la protección a los derechos de los pueblos.

Algunos casos emblemáticos que la Corte IDH ha decidido sobre esta materia¹⁴⁶ han señalado las responsabilidades de los Estados en relación con los derechos sobre los territorios ancestrales y reafirman una concepción amplia y diferente sobre el territorio como un elemento esencial para su libre determinación.

Protección de los territorios ancestrales en Colombia

En Colombia, la protección de los territorios ancestrales ha constituido una obligación de carácter constitucional. En primer lugar, son reconocidos como principios fundamentales en la Constitución el deber del Estado de “reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural”¹⁴⁷ y también de “proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.¹⁴⁸ En segundo lugar, tales principios

145 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79*, párr. 148, p. 82.

146 A partir de la sentencia histórica del caso Awás Tingni de 2001, la Corte ha dictado seis nuevas sentencias entre los años 2005 y 2012, que no solo confirman la doctrina asentada en la primera, sino que la refuerzan positivamente, al avanzar en el difícil camino de la implementación de los derechos. Estas son: *Comunidad mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C No. 79*; *Caso de la comunidad moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, serie C No. 124*; *Caso de la comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, serie C No. 125*; *Caso comunidad indígena sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C No. 146*; *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C No. 172*; *Caso comunidad indígena xákmok kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C No. 214*; *Caso pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, serie C No. 245*. Todas estas sentencias se pueden consultar en la página web de la Corte Interamericana de derechos humanos. <http://www.corteidh.or.cr/>

147 República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Legis, 1991), art. 7.

148 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 8.

constitucionales se han integrado a las normas de tratados internacionales que se han ocupado de amparar estos derechos, de conformidad con el Artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

Entre los estándares nacionales también se encuentra el marco normativo especial desarrollado en decretos reglamentarios y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional,¹⁴⁹ la cual ha sido una de las más progresistas en el continente americano. Por ese motivo, es común encontrarla referenciada en varios casos de la Corte IDH. Para Catalina Botero existen dos grandes “tipos” de sentencias de la Corte Constitucional:

[Uno] referido a las obligaciones en cabeza del Estado derivadas del reconocimiento de la propiedad de las comunidades indígenas sobre los territorios ancestrales, y otro, en relación con las facultades de los miembros de la comunidad respecto del territorio que habitan.¹⁵⁰

Según esta Corporación, el derecho de propiedad sobre los territorios tiene la mayor relevancia en el esquema constitucional y explica el carácter fundamental del derecho al territorio colectivo en los siguientes términos:

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas [...].

Sin este derecho, los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al

149 Al respecto, pueden verse las siguientes sentencias en materia de protección de territorios ancestrales: Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-188 de 1993*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; *Sentencia T-079 de 29 de enero de 2001*, M. P. Fabio Morón Díaz; *Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003*, M. P. Álvaro Tafur Galvis; *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*, M. P. Rodrigo Escobar Gil; *Sentencia T-909 de 25 de octubre de 2002*, M. P. Jaime Córdoba Triviño; *Sentencia T-433 de 23 de mayo de 2011*, M. P. Mauricio González Cuervo.

150 Catalina Botero, “Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Precedente* (2013): 67.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat.¹⁵¹

Con esta sentencia como precedente, la Corte Constitucional ha dictado numerosos fallos favorables sobre la protección de los territorios ancestrales. Asimismo, ha contribuido a consolidar la idea de pluralismo jurídico y la importancia de mantener una jurisdicción especial para el tratamiento de asuntos de las comunidades indígenas y territorios colectivos de los pueblos tribales.

Otorgar tan particular reconocimiento al territorio ha sido necesario para avanzar en el sustento jurisprudencial de otros aspectos que son vitales para la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, el reconocimiento paralelo de los derechos sociales, políticos, económicos y culturales. Como muestra se puede mencionar el desarrollo que se ha hecho sobre derecho de uso, explotación y administración de los recursos naturales —al ser un elemento transversal de la protección de los territorios ancestrales— abordado por la Corte en las Sentencias T-634 de 1999; C-891 de 2002; C-620 de 2003; C-180 de 2005; T-778 de 2005; T-282 de 2011; C-366 de 2011; T-384A de 2014.

Adicional a las sentencias de la Corte, en 2014 el Gobierno nacional emitió el Decreto 2334, “Por el cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y los territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, y se adicionan los artículos 13,16 y 19 del Decreto 2664 de 1994”. Este Decreto es fundamental, ya que incorpora la protección de los territorios ancestrales de manera explícita: en primer lugar, reconoce la relaciones materiales e inmateriales entre los pueblos indígenas y el territorio, de acuerdo con sus usos y costumbres y que constituyen su ámbito tradicional, espiritual y cultural, en el marco de lo establecido en la Ley 21 de 1991;¹⁵² en segundo lugar, porque da prelación a la protección de la posesión de territorios ancestrales o tradicionales de comunidades indígenas en riesgo o situación de desplazamiento forzado¹⁵³ y en tercer lugar, porque fija

151 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-188 de 1993*.

152 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 2664 de 1994*, “Por el cual se reglamenta el Capítulo XII de la Ley 160 de 1994 y se dictan los procedimientos para la adjudicación de terrenos baldíos y su recuperación” (Bogotá: *Diario Oficial* 41.627, 7 de diciembre de 1994), art. 3.

153 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 2664 de 1994*, art. 7.

los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de los territorios ocupados ancestral o tradicionalmente por los pueblos indígenas.¹⁵⁴

Al día de hoy, pese a los múltiples retos que se deben superar desde el Estado, estamos avanzando en la superación de un legado de opresión, discriminación y desconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales de esas comunidades.

Referentes internacionales que regulan la consulta previa

En el Convenio, la OIT encuentra en la consulta previa una forma de diálogo que tiene por objeto la armonización de intereses que se contraponen, de manera que ayuda a evitar y resolver conflictos entre los sujetos participantes y se asume la importancia de los territorios indígenas como el medio apropiado para desarrollar su plan de vida y sus derechos como minoría.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 2007, como pronunciamiento más reciente acerca de la consulta previa, incorpora los criterios del consentimiento libre, previo e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras. También incluye la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas cuando se vean afectados sus derechos.¹⁵⁵ Si bien la Declaración no es un instrumento jurídicamente vinculante, sí implica un compromiso para los Estados y un instrumento de presión para los que no lo han firmado, por cuanto en el plano internacional la costumbre entre naciones sí comporta este carácter vinculante.¹⁵⁶

Otras instancias del Sistema internacional no vinculantes, pero sí relevantes sobre consulta previa son: Observaciones individuales de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR), encargada de evaluar el cumplimiento del Convenio 169 y emitir comentarios y recomendaciones a los Estados sobre la aplicación del mismo. Otro órgano es el Comité para la eliminación de la discriminación racial (CEDR), encargado de formular

154 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 2664 de 1994*, art. 1.

155 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 10, 19 y 28.

156 César Rodríguez Garavito, ed., *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2009), 12.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

recomendaciones a los Estados sobre la aplicación de distintas disposiciones del Convenio para su cumplimiento.

Dentro del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, está el relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, quien se encarga de investigar formas de superar los obstáculos existentes para proteger los derechos de los indígenas y recopilar información sobre violaciones de dichos derechos. Si bien sus pronunciamientos no tienen un carácter vinculante, los informes del relator pueden tener una considerable fuerza política y hacer visibles las violaciones o amenazas a los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

En el Sistema interamericano de derechos humanos, los principales instrumentos en materia de protección de los derechos humanos son la Declaración americana de derechos y deberes del hombre y la Convención americana sobre derechos humanos y sus dos órganos principales: la Corte IDH y la CIDH.

La Corte IDH, que es vinculante con los Estados parte, ha desarrollado una amplia jurisprudencia relativa a la consulta previa como herramienta de protección de sus territorios ancestrales y otros derechos que afecten su libre autodeterminación. Con sus sentencias se han detallado los eventos en los cuales debe adelantarse este procedimiento.

En casos como *Yakye Axa vs. Paraguay* (2004) y *Saramaka vs. Surinam* (2007), la Corte IDH ha señalado la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado —por encima de la consulta— y desarrollar el concepto del territorio para las comunidades indígenas conforme a su espiritualidad y cultura.¹⁵⁷ Sobre este tema, tanto la CIDH como la Corte IDH han hecho extensiva la obligación que tienen los Estados de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios. El relator especial de las Naciones Unidas ha formulado la obligación general en los siguientes términos:

De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio No. 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales

.....
157 Rodríguez Garavito, ed., *La consulta previa a pueblos indígenas*, 19.

y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado [...]. El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares.¹⁵⁸

La consulta previa en Colombia

En la normatividad nacional, el derecho a la consulta previa puede comprenderse desde dos dimensiones: primera, desde el derecho procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la ejecución de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o que pueda afectar su identidad cultural y étnica; segunda, como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas pueden tener acceso a la participación informada, de buena fe y culturalmente adecuada sobre las decisiones que atañen a su derecho a la libre determinación.¹⁵⁹

En Colombia, el desarrollo de la figura obedece a diversas normas que incluyen a la consulta previa como un deber del Estado ante cualquier proyecto que se desee adelantar y que afecte a los pueblos indígenas y tribales. Por ejemplo, a partir de la Ley 99 de 1993, para explotaciones de los recursos naturales deberá hacerse consulta previa a los representantes de las comunidades, con respeto por su integridad cultural, social y económica.¹⁶⁰

En armonía con lo anterior, puede identificarse que el Decreto referido busca adaptarse a las exigencias del Convenio, según el cual la consulta previa es obligatoria en todos los casos en los que se adopten medidas administrativas o legislativas que afecten a los pueblos indígenas. En contraste, pese a los avances

.....
158 Organización de las Naciones Unidas [ONU], *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo* (Nueva York, 5 de octubre de 2009), párrs. 62-63.

159 Carlos Eduardo Salinas, "La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia", *Derecho del Estado*, núm. 27 (2011): 238.

160 Colombia, Congreso de la República, *Ley 99 de 1993*, "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 41.146, 22 de diciembre de 1993), art. 76.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

progresistas del Estado en la adopción del Convenio 169, se incorporó en la normatividad nacional el Decreto 1320 de 1998, que provocó una gran controversia entre los pueblos indígenas y el Gobierno, entre otras circunstancias, por la manera en la que esta norma salió a la luz pública y por sus implicaciones.¹⁶¹

En primer lugar, su elaboración y expedición se adelantó sin haber consultado previamente a las comunidades indígenas y sin atender las disposiciones del Decreto 1397 de 1996, pues tampoco fue concertado con la Comisión Nacional y la Mesa permanente antes mentadas.

En segundo lugar, insta al responsable del proyecto, de la obra o actividad a hacer la consulta previa e impone un plazo de veinte días para que los pueblos indígenas y tribales den respuesta para su participación en la elaboración de los estudios ambientales.¹⁶² Tal disposición ha causado polémica, dado que el Estado se aleja de su responsabilidad de llevar a cabo la consulta, como lo establece el Convenio 169. Además, el procedimiento y los tiempos que fija el Decreto no cumplen con los criterios de buena fe, de ser culturalmente adecuada y de tener el propósito de llegar a un acuerdo, pues desconoce los espacios propios de reflexión y análisis de cada comunidad para determinar la mejor conveniencia para sus pueblos, lo que resulta “inflexible y por lo tanto vulneratorio [sic] de los usos y costumbres de los pueblos”.¹⁶³

En tercer lugar, ignora la concepción amplia de territorio formulada en el Convenio, al regular el mecanismo de consulta previa solo para la explotación de los recursos naturales. Tal disposición excluye la noción de territorio, entendida como el espacio físico donde los pueblos indígenas y tribales controlan sus procesos sociales, culturales, políticos, económicos y espirituales.

Para varios autores como Londoño,¹⁶⁴ Salinas¹⁶⁵ y Rodríguez,¹⁶⁶ lo dispuesto por el Decreto se abstrae de lo señalado en el Convenio 169 y rompe con uno

161 Rodríguez, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, 201.

162 Colombia, Congreso de la República, *Decreto 1320 de 1998*, “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 43.340, 15 de julio de 1998), art. 50.

163 Beatriz Londoño, *Comentarios al decreto 1320/98 sobre consultas* [documento inédito] (Bogotá, 1998).

164 Londoño, *Comentarios al decreto 1320/98 sobre consultas*.

165 Salinas, “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos”, 238.

166 Rodríguez, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, 201.

de los propósitos fundamentales de la consulta, ya citado por James Anaya, de transformar las relaciones entre los Gobiernos y los pueblos indígenas en favor de la construcción de un nuevo modelo de desarrollo. Para Rodríguez, las disposiciones del Decreto también son contrarias a la Carta Política, vulneran los derechos de los pueblos indígenas y muestran que existe un conflicto de normas, por lo que añade:

Bajo estas premisas, evidentemente el decreto 1320 de 1998 es contrario a la Carta Política y vulnera los derechos de los pueblos indígenas y muestra que existe un conflicto de normas: unas normas superiores que establecen los principios (las normas constitucionales) además de una ley (ley 21 de 1991) que ratifica el Convenio núm. 169 de la OIT que integra el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas como lo ha sostenido la Corte Constitucional en reiteradas sentencias. Ambas disposiciones tienen prevalencia frente a un decreto reglamentario (el 1320) que vulnera los principios constitucionales y por lo tanto generan inseguridad jurídica y limitan los derechos de los pueblos indígenas.¹⁶⁷

Pese a la expedición de este Decreto, la consulta previa se ha encontrado salvaguardada por las numerosas sentencias que ha expedido la Corte Constitucional en esta materia, con fundamento en los compromisos asumidos por el Estado en materia de protección de los pueblos indígenas al ratificar el Convenio 169. Un ejemplo de ello es la Sentencia SU-039 de 1997, considerada un hito en la jurisprudencia nacional. En este caso la Corte invocó el Tratado y suspendió la explotación sísmica de la empresa Occidental Petroleum en territorio u'wa porque no hizo consulta previa, libre e informada con esta comunidad. Sobre este tema, la Corporación indicó:

A juicio de la Corte, la 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 o la circunstancia observada en el sentido 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. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la

167 Rodríguez, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, 203.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.¹⁶⁸

Según lo ha establecido la Corte Constitucional —que en últimas ha sido el órgano encargado de proteger la figura invocando al Convenio 169 y darle alcance dentro del ordenamiento por medio de la construcción de una línea jurisprudencial uniforme— el incumplimiento de esta obligación acarrea consecuencias en distintos ámbitos, pues no solo supone eludir los compromisos internacionales asumidos por el Estado, sino también desconocer la Constitución.

Criterios para la aplicación de la consulta previa

Las normas internacionales y los pronunciamientos de órganos internacionales señalan con claridad los lineamientos básicos sobre la manera de adelantar los procesos de consulta con los pueblos indígenas y tribales. Estos parámetros constituyen, a su vez, el contenido esencial del derecho a la consulta previa.

Se otorga tanta importancia a la utilización del mecanismo porque se ha entendido que propender por la garantía efectiva de los derechos de estas comunidades culturalmente diferentes es un paso imprescindible para garantizar su supervivencia, pues se encuentran en situación de vulnerabilidad:

[...] por la presión ejercida sobre sus territorios, su forma de ver el mundo, su organización social, sus modos de producción y su concepción sobre el desarrollo, originada en la explotación de los recursos naturales y la formulación de proyectos de desarrollo de diversa naturaleza en sus territorios ancestrales.¹⁶⁹

168 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997*, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

169 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*, M. P. María Victoria Calle.

Estos estándares deben ser: el principio de buena fe, la consulta informada, una consulta culturalmente adecuada, el propósito de llegar a un acuerdo y el carácter previo de la consulta.¹⁷⁰

— Principio de buena fe: el Estado debe asegurar un diálogo genuino con los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el ánimo de llegar a un acuerdo. Cabe recordar que estas comunidades se encuentran en condiciones de exclusión y vulnerabilidad en el goce de sus derechos; por tanto, las medidas que deben adoptar son aquellas que permitan superar esta situación y entreguen herramientas efectivas a las comunidades para desarrollar el proceso de consulta.

— Consulta informada: la consulta debe contener toda la información relacionada sobre las posibles afectaciones que generaría una decisión legislativa o administrativa o la ejecución de un proyecto.

— Una consulta culturalmente adecuada: al hacer la consulta se deben respetar las costumbres, normas y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales.

— El propósito de llegar a un acuerdo: como el fin de la consulta es lograr un consenso, el Estado no debe imponer las formas y los medios, sino asegurar los mecanismos de los pueblos indígenas y tribales de toma de decisiones, con respeto por sus costumbres y estructuras organizativas, de modo que se les conceda la oportunidad de incidir de forma positiva en las decisiones que afectan sus intereses.

— El carácter previo de la consulta: la consulta debe garantizar la participación de los pueblos indígenas y deberá hacerse antes de tomar cualquier decisión administrativa, legislativa o que autorice la puesta en marcha de algún proyecto que pudiera afectarlos.

En Colombia, el desarrollo de estos criterios ha sido clave en materias administrativas que tengan un impacto en el ambiente y los recursos naturales. A la hora de hacer la consulta, se articulan diversas instituciones del Estado que se encargan de velar por el buen procedimiento, entre ellas, el Ministerio del Interior, por medio de la Dirección de Consulta Previa como principal responsable de los procesos de consulta a las comunidades étnicas.

170 Rodríguez Garavito, ed., *La consulta previa a pueblos indígenas*, 40.

La Procuraduría General de la Nación, por medio del Grupo de Asuntos Étnicos —adscrito a la Procuraduría delegada para la prevención en materia de derechos humanos y asuntos étnicos—, tiene el deber de velar por la promoción y protección de los derechos de los grupos étnicos e intervenir ante autoridades públicas en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, de las garantías y de los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales y colectivos de los grupos étnicos, así como apoyar los procesos de consulta previa que deben adelantarse en los territorios.

Otra institución que brinda acompañamiento es la Defensoría del Pueblo, por medio de la Defensoría delegada para indígenas y minorías étnicas y, cuando se trata de temas ambientales, corresponde a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y a la Corporación Autónoma Regional (CAR), que son las encargadas de otorgar las licencias y los permisos ambientales.

De esta manera, en atención a las disposiciones del Convenio 169, se ha desarrollado toda una arquitectura institucional para proteger los derechos de los pueblos y garantizar el debido cumplimiento de la consulta.

Conclusiones

La Organización Internacional de Trabajo, por medio del Convenio 169, ha contribuido a la promoción de la justicia social, en particular enfocada a los pueblos indígenas, como un elemento fundamental “para la paz universal y permanente” al reconocer los derechos de pueblos ancestrales olvidados tras siglos de sometimiento y exclusión.

Por lo anterior, este Tratado se ubica en un sitio importante en cuanto al reconocimiento de los valores culturales y espirituales que los pueblos indígenas atribuyen a sus territorios ancestrales, dado que son esenciales para garantizar el conjunto más amplio de sus derechos. Al respecto, un elemento sustancial que contiene el Convenio 169 es el reconocimiento del concepto de territorio como la totalidad del hábitat que los pueblos ocupan o utilizan conforme a su visión y cultura. Con base en ese concepto, se han logrado cambios sustanciales en la aplicación del derecho internacional e interamericano de los derechos humanos, así como en las normas de los países que han ratificado el Convenio.

Además, es un impulso para que las organizaciones sociales de estos pueblos y sus representantes comprendan sus derechos enmarcados en el sistema internacional. Este instrumento de participación ha sido elemental tanto para salvaguardar todo el catálogo de derechos que se vinculan a la defensa y protección de territorios ancestrales como un criterio fundamental en el ejercicio de su autonomía como pueblos.

Más que un mecanismo de participación, la consulta previa es un elemento clave en los debates y la elaboración de políticas públicas que afectan a los grupos étnicos que han encontrado en ella una herramienta vital para contrarrestar las políticas de afectación a sus territorios, de las que han sido víctimas durante siglos. Al ser un instrumento diseñado para participar en deliberaciones y construir consensos en torno a intereses contrapuestos, ha sido esencial para resolver los conflictos que afecten el desarrollo social, económico y cultural de estas comunidades.

En Colombia, ratificar el Convenio e incorporarlo a la Constitución Política como parte del bloque de constitucionalidad, ha convertido la consulta previa en un derecho fundamental para los pueblos y en norma obligante para cualquier decisión legislativa o administrativa que pueda afectar sus intereses.

También debe mencionarse el rol que ha desempeñado la Corte Constitucional en la protección de estas comunidades y en garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos, al invocar las líneas fundamentales del Convenio. Con su jurisprudencia, se ha exigido continuamente al Estado que cumpla sus compromisos nacionales e internacionales en su deber de salvaguardar los múltiples derechos de estas colectividades en beneficio de asegurar su pervivencia.

Gracias a las disposiciones del Convenio 169 y a los avances en la normatividad y la jurisprudencia nacionales y pese a las limitaciones institucionales, Colombia es un país más incluyente y que avanza, aún con esfuerzo y con dificultades, hacia la consolidación de un Estado social de derecho, participativo, pluralista y respetuoso por la dignidad de sus pueblos ancestrales.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

Referencias

- Berraondo, Mikel. *Territorios indígenas. Entre los reconocimientos de papel y la garantía de un derecho*. Pamplona: Instituto Promoción de Estudios Sociales, 2013.
- Botero, Catalina. “Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Precedente* (2013): 45-87.
- Colombia, Congreso de la República. *Decreto 1397 de 1996*, “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa permanente de concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 42853, 12 de agosto de 1996.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 99 de 1993*, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* 41.146, 22 de diciembre de 1993.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 1995*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003*. M. P. Álvaro Tafur Galvis;
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-079 de 29 de enero de 2001*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-188 de 1993*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*. M. P. María Victoria Calle.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-433 de 23 de mayo de 2011*. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-909 de 25 de octubre de 2002*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia, Presidencia de la República. *Decreto 1320 de 1998*, “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”. Bogotá: *Diario Oficial* 43.340, 15 de julio de 1998.
- Colombia, Presidencia de la República. *Decreto 2664 de 1994*, “Por el cual se reglamenta el Capítulo XII de la Ley 160 de 1994 y se dictan los procedimientos para la adjudicación

de terrenos baldíos y su recuperación”. Bogotá: *Diario Oficial* 41.627, 7 de diciembre de 1994.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf> (acceso septiembre 18, 2017).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.*
- Lazos, Elena. “Ideas sobre identidad, pueblos indígenas y territorios”. https://www.researchgate.net/publication/265920858_Ideas_sobre_Identidad_Pueblos_Indigenas_y_Territorios (acceso octubre 9, 2017).
- Londoño, Beatriz. *Comentarios al decreto 1320/98 sobre consultas* [documento inédito]. Bogotá, 1998.
- Organización de Estados Americanos [OEA]. *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General*. La Paz, octubre de 1979.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución 61/295 de la Asamblea General*. Nueva York, 13 de septiembre de 2007.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Nueva York, 5 de octubre de 2009.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. “Consulta y participación de los pueblos indígenas. CEACR Observación general Convenio 169”. <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oitceacr/544-oit-ceacr-209-og-consulta.html> (acceso septiembre 12, 2017).
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra, 27 de junio de 1989.
- República de Colombia. *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 1991.
- Rodríguez Garavito, César, editor. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.
- Rodríguez, Gloria Amparo. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ, 2014.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento•

Salinas, Carlos Eduardo. “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia”. *Derecho del Estado*, núm. 27 (2011): 235-259.

Stavenhagen, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos. Informes temáticos del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. Ciudad de México: Unesco, 2007.

Uprimny, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2008.