



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**

---

**LA CONSULTA PREVIA PARA LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN  
TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL MARCO DEL CONVENIO 169 OIT Y  
SU EFICACIA EN LOS RESGUARDOS DEL GRAN PUEBLO DE LOS PASTOS QUE  
HABITAN EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO**

**CLAUDIA JANNETH VELA PERDOMO**

**Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho  
Bogotá, Colombia  
2011**

**LA CONSULTA PREVIA PARA LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN  
TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL MARCO DEL CONVENIO 169  
OIT Y SU EFICACIA EN LOS RESGUARDOS DEL GRAN PUEBLO DE LOS PASTOS  
QUE HABITAN EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO**

**Director:**

**Dr. Gregorio Mesa Cuadros**

Abogado

Magíster y Doctor en Derecho

**Línea de investigación:**

**DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**

**Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho  
Bogotá, Colombia  
2011**



A mis padres CARLOS Y ANITA, por su ejemplo, su sacrificio y confianza depositada.

A mi esposo GIOVANNY, mis hijos ANITA MARIA Y JOSE MANUEL, por su comprensión y compañía permanente.

A mis hermanos RICARDO Y CRISTINA por su apoyo incondicional.



# Contenido

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>10</b>
<b>1. EL DEVENIR DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS.....</b>	<b>13</b>
1.1 La alteración de la vida indígena en América: Conquista, Colonización Y República	15
1.2 Análisis de las principales normas que antecedieron a la Constitución de 1991 en materia de derecho indígena .....	19
<b>2. LA REGULACIÓN DEL MECANISMO DE CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO A PARTIR DEL CONVENIO 169 DE LA OIT.....</b>	<b>28</b>
2.1. Concepto, fundamento y alcance de la consulta previa.....	28
2.2 Fuentes internacionales del derecho a la consulta previa .....	33
2.2.1 La consulta previa en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.....	34
2.2.2 Estudio del Convenio OIT No. 169 sobre los pueblos indígenas y tribales. ..	37
2.2.3 Estudio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ....	40
2.2.4. Estudio de la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas. ....	41
2.2.5 Principales observaciones realizadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – CEACR. ....	45
2.2.6 Recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. ....	46
2.3 El bloque de constitucionalidad en Colombia y la consulta previa a los pueblos indígenas .....	48
2.4 Marco Constitucional de la consulta previa a los pueblos indígenas en Colombia ..	51
2.5 Marco legal de la consulta previa a los pueblos indígenas en Colombia .....	54
2.5.1 Estudio de la Ley 21 de 1991: .....	54
2.5.2 Estudio de Ley 99 de 1993. ....	55
2.5.3 Estudio del Decreto 1397 de 1996 .....	55
2.5.4 Estudio del Decreto 1320 de 1998 .....	57
2.6 Principales escenarios de la consulta previa en Colombia .....	63
2.6.1 La consulta previa en relación con la explotación de recursos naturales en territorios indígenas. ....	64
2.6.2 La consulta previa en relación con la adopción de medidas legislativas y administrativas. ....	66

<b>3. CONTEXTO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPALES DESARROLLOS LEGISLATIVOS EN LO RELACIONADO CON LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE BOLIVIA, ECUADOR Y PERÚ .....</b>	<b>71</b>
3.1 La consulta previa en Bolivia.....	72
3.1.1 La Constitución Política de Bolivia y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. ....	72
3.1.2 Desarrollo legal de la consulta previa en Bolivia .....	76
3.1.3 Aportes jurisprudenciales sobre la consulta previa en Bolivia.....	78
3.2 La Consulta previa en Ecuador .....	80
3.2.1 La Constitución política de Ecuador y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.. ....	80
3.2.2 Desarrollo legal de la consulta previa en Ecuador.....	83
3.2.3 Aportes jurisprudenciales sobre la consulta previa en Ecuador.....	85
3.3 La consulta previa en Perú .....	
3.3.1 La Constitución Política de Perú y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. ....	89
3.3.2 Desarrollo legal de la consulta previa en Perú.....	91
3.3.3 Aportes jurisprudenciales sobre la consulta previa en Perú.....	98
3.4 Sobre la consulta previa en Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia .....	100
<b>4. LÍNEA JURISPRUDENCIAL: EL ALCANCE DE LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS .....</b>	
<b>5. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN RECOPIADA EN RELACIÓN CON LOS RESGUARDOS DEL PUEBLO DE LOS PASTOS EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO .....</b>	<b>138</b>
CONCLUSIONES.....	148
RECOMENDACIONES.....	149
BIBLIOGRAFÍA .....	<b>150</b>

## Resumen

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no ha sido un asunto pacífico, sino el resultado de luchas y grandes sacrificios por parte de estas comunidades, en aras de reclamar el respeto de sus condiciones especiales y de la cultura y el territorio que les corresponde.

En este marco, la consulta previa es un derecho de especial importancia para estas comunidades y debe originar compromisos ineludibles para el Estado y la sociedad, al tenor de la Constitución de 1991, pues es un mecanismo para garantizar otros derechos de estos pueblos, tales como el territorio, la autodeterminación y la participación.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido a la consulta previa como derecho fundamental en todos los eventos de que trata el convenio 169 de la OIT, pese a lo cual la práctica demuestra falta de garantías para este derecho.

*Palabras clave: Consulta previa, pueblos indígenas, derechos fundamentales, derechos indígenas, participación, autodeterminación, territorio indígena.*



## Abstract

The recognition of the rights of indigenous peoples has not been a peaceful affair, but the result of struggles and great sacrifices of these communities, in order to demand respect for their policies and culture and their rightful territory .

In this context, consultation is a right of special importance to these communities and should lead to unavoidable commitments to the state and society, under the Constitution of 1991, as a mechanism to guarantee other rights of these peoples, such as territory, self-determination and participation.

Therefore, the Constitutional Court has recognized the consultation as a fundamental right in all the events referred to in the ILO Convention 169, although the practice which demonstrates lack of guarantees for this right.

Keywords: consultation, indigenous peoples, fundamental rights, indigenous rights, participation, empowerment, indigenous territory.

## Introducción

En la actualidad, el tema de los derechos fundamentales tiene gran importancia en el contexto jurídico y social, y alrededor del mismo giran álgidas disertaciones tendientes a definir y plantear conceptos adecuados, que expliquen su esencia y justifiquen válidamente su existencia y reconocimiento en los ordenamientos jurídicos.

Se trata pues de un tema que cobra aún más importancia si se examina a la luz del concepto de la Constitución Política, y obviamente, si se estudia desde la óptica del neoconstitucionalismo, dentro del cual, la noción de derecho fundamental es la que denota mayor relevancia, porque en su seno lleva implícito el reconocimiento de las especiales condiciones del ser humano, su papel y posición frente al Estado, de lo cual se deriva el planteamiento de las obligaciones y los derechos recíprocos evidentes en la relación Estado- particular, que adquieren una connotación especial en tratándose de un Estado Social de Derecho.

En lo anterior radica el interés del presente trabajo, esto es, en examinar desde una perspectiva jurídica y social, la situación de los pueblos indígenas colombianos frente al reconocimiento de sus derechos fundamentales, y específicamente el derecho a la consulta previa, más allá de la mera consagración normativa, e incluso, más allá de que sean tenidos en cuenta a manera de derechos humanos.

Se trata, pues, de examinar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el marco de los tratados internacionales, de la Carta Política, la Ley, la jurisprudencia constitucional, y además, de estudiarlo desde el punto de vista de la eficacia normativa.

Para tal propósito, se parte de entender que las comunidades indígenas requieren del Estado, y de los particulares también, un trato especial, que tenga consideración de su particular condición y que respete los derechos que tras arduas luchas han logrado reivindicar a su favor. Se trata de aceptar a las comunidades indígenas como parte integrante de la sociedad y a su vez, como aportadoras al pluralismo que caracteriza a nuestro país y que se ha reconocido en el propio texto constitucional como base y fundamento del Estado, pues sólo así se devela la importancia de velar por el respeto de sus derechos, y de asumir una posición garantista y activa frente a ellos.

Es así como en el presente trabajo se observará de que forma la interpretación y protección del derecho a la consulta previa ha estado en manos del Tribunal Constitucional, aún cuando la Constitución Política de 1991 se ha caracterizado por contener una amplia gama de derechos, y exigirle al Estado que asegure la

efectividad de los mismos a partir del concepto de Estado Social de Derecho, al lado del principio de igualdad material.

Se verá entonces como la Corte Constitucional ha estructurado posiciones variantes en relación con la naturaleza y el alcance de la consulta previa en Colombia, pero ha sido de esta forma como día a día los pueblos indígenas se acercan un poco más a su aspiración de participación en la vida económica, política y cultural del país, y en la toma de decisiones que les conciernen de forma directa. Esto permitirá comprender la importancia del desarrollo jurisprudencial en determinados temas, pero así mismo, avizorar las dificultades prácticas que de ello se puede derivar.

A lo largo del trabajo, al realizar un recuento sobre las luchas indígenas y los diferentes procesos que victimizaron a esta población se prepara al lector para la toma de conciencia sobre la verdadera dimensión de la problemática de estas comunidades. Este paso por la historia facilita la aproximación a la situación pasada y presente de los pueblos indígenas y, en general, de las minorías étnicas. El recuento histórico permitirá entonces dimensionar como en la práctica la consulta previa es un mecanismo de defensa de los derechos que han sido desconocido y vulnerados por décadas, y que ahora deben ser reivindicados por parte del Estado y de la sociedad.

A partir de este recuento histórico será valioso definir en la actualidad cual es la importancia, el concepto y el alcance de la consulta previa, y cual su justificación o fundamentación a partir del derecho internacional humanitario, del concepto de los derechos humanos, del reconocimiento a la diferencia, del derecho a la participación y al territorio. De este aspecto se ocupará el segundo capítulo del trabajo, en el cual a partir de los fundamentos supraconstitucionales, constitucionales y legales se comprende las esferas en que puede llevarse a cabo este procedimiento y las condiciones del mismo.

Una vez cumplido el anterior propósito se desarrollará un estudio sistemático bajo la técnica del comparativismo jurídico, tomando como elementos a comparar los ordenamientos jurídicos de Ecuador, Perú y Bolivia, en el tema concreto de consulta previa. Este análisis de derecho comparado se justifica por cuanto la problemática de las comunidades indígenas es generalizada en los diferentes países de América Latina, y es acertado examinar detalladamente la situación de sus derechos en los países mencionados, lo cual permitirá contar con más herramientas para realizar críticas y propuestas frente a la situación colombiana.

Después de este estudio se hará un repaso por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana de forma que se presentará una línea jurisprudencial que responde al problema jurídico concreto de si es la consulta previa un derecho fundamental en todos los eventos que se mencionan en el convenio 169 de la OIT o únicamente en relación con las medidas administrativas y legislativas

relacionadas con la explotación de recursos naturales, como se desprendería del texto constitucional nacional.

En esta línea jurisprudencial se identificarán las sentencias en las que la Corte se manifiesta sobre el problema jurídico descrito, lo cual permitirá construir el nicho citacional y posteriormente determinar la sentencia hito de la línea. Cada sentencia será analizada de forma estática en cuanto a la decisión que adopta, a las razones que la Corte considera fundamentales para llegar a esa decisión, y sobre la existencia o ausencia de aclaraciones y salvamentos de voto. Esta labor será productiva porque representa un estudio sistematizado y organizado en la materia que lleva a comprender la importancia de la Corte Constitucional en el trasegar de los pueblos indígenas hacia el reconocimiento de sus derechos.

Finalmente, el estudio de campo se realizará en relación con la situación de los resguardos del Gran Pueblo de los Pastos que habitan en el departamento de Nariño. Este trabajo de campo se hará previo acercamiento al conocimiento de las características principales de estas comunidades, de su forma de vida, su trayectoria en el territorio Nariñense, sus organizaciones internas, entre otras.

Específicamente el análisis realizado en los mencionados resguardos busca determinar si estos han sido consultados previamente por parte del Estado o de los particulares, antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que les afecten, o si por el contrario, en sus territorio se han llevado a cabo diferentes actividades sin tener en cuenta su criterio. En otras palabras, se busca medir la eficacia de la consulta previa en estos resguardos, esto es, el grado de aplicación que tiene y las condiciones en las que se realiza.

Como se puede ver, el trabajo que se presenta tiene un amplio contenido jurídico, y también aborda el tema estudiado desde la práctica y la cotidianidad, lo cual facilita visualizar el panorama del tema estudiado y comprenderlo en sus verdaderas dimensiones, sin limitarse exclusivamente al estudio del deber ser sino del ser cotidiano.

# 1. El devenir de los pueblos indígenas: una aproximación histórica en el marco de los derechos indígenas

---

*El indianismo es algo distinto a una simple reivindicación de los derechos individuales o del espíritu de algunos grupos, es algo diferente de un dinamismo revolucionario: es esencialmente la razón del genio autóctono, la reivindicación de los derechos de la tierra y la sangre Americana.*

**André Vicent\***

En una ponencia realizada por el Tratadista Roque Roldán dentro del seminario internacional de expertos sobre el régimen constitucional y pueblos indígenas en países de Latinoamérica<sup>1</sup>, llama la atención la referencia que hace el autor a la existencia de los pueblos indígenas antes de la formación del Estado, tendencia que se hace relevante, según él, en las Constituciones como la Paraguaya o la Boliviana.

Que se considere válida esa afirmación, implica decir que el derecho indígena es en sí mismo, el derecho americano originario, esto es, que hubo una construcción de normas consuetudinarias que dieron lugar a una organización política, social, económica y cultural propia de los pueblos indígenas.

En Colombia hay evidencias arqueológicas de pueblos que vivieron antes de la colonización Europea, que datan de los 1400 y 16.000 a.p (antes de la era presente) de modo que padecieron el proceso histórico que trajo la colonización, las luchas independentistas y la conformación de la República. Procesos históricos que irrumpieron sus costumbres y tradiciones, transformando su entorno.

Los pueblos originarios, tal como se narra por los tratadistas Raúl Arango y Enrique Sánchez en su obra "Los pueblos indígenas de Colombia 1997",<sup>2</sup> llegaron del Norte y el sur del Continente, provenientes de las migraciones oceánicas y desarrollaron tecnologías especializadas para los distintos ecosistemas que habitaron.

---

\* Vicent Andre. Derecho de los Indios y Desarrollo en Hispanoamérica. Cultura Hispánica. Madrid 1975

<sup>1</sup> SÁNCHEZ Enrique, Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina, Memorias del seminario Internacional de expertos sobre régimen Constitucional y Pueblos Indígenas en países de Latinoamérica. Disloque, Santa Fe de Bogotá, 1996, p 258.

<sup>2</sup> Arango Raúl, Sánchez Enrique, Los Pueblos Indígenas de Colombia 1997, TM Editores, Bogotá. 1998 p 24

Al territorio colombiano llegaron las migraciones provenientes de Mesoamérica, del sur del continente, de las Antillas y de las selvas amazónicas. Habitaron pueblos de habla Chibcha, Arawak, Caribe y Quechua, organizando su propia forma de vida y relacionándose con el ambiente.

En el mismo tratado<sup>3</sup>, se informa acerca de las clasificaciones que los arqueólogos han dado a los pueblos aborígenes. Dicha clasificación sólo se efectúa para mostrar el proceso vivido por estos pueblos amerindios que alcanzaron grandes desarrollos sociales y tecnológicos:

- Periodo Paleoindio: 4.000 a 7.000 años a.p (antes de la era presente) la vida era una de tipo nómada, su actividad principal era la caza, pero sobretodo en zonas frías, utilizaban para ello puntas de proyectil labradas en piedra y recolectaban frutos silvestres.
- Periodo Arcaico: 7.000 a 2.000 a. p. El nomadismo empieza a tener periodos estacionales y ocurren establecimientos en costas y Valles a orillas de los ríos, se da un incremento en la recolección. Empieza a surgir una especie de estructura social al generarse la división del trabajo de acuerdo a la edad y el sexo. Los habitantes de este periodo dejaron pruebas sobre el modo de vivir en los “cachales”, cúmulos de partes de conchas entre los que se hallan restos de herramientas de hueso y piedra.
- Periodo Formativo: 2.000 a.p hasta el siglo XVI de la era presente. Aparece la cerámica utilitaria, se da una organización social más compleja, posiblemente de tipo clanil presentándose incluso algunas comunidades relativamente estables de horticultores. En el periodo Formativo inferior se cultiva yuca y se desarrolla la cacería. En el periodo formativo medio existen ya grupos sedentarios dedicados a la agricultura: maíz y yuca. En la estructura social aparecen los cacicazgos, organización que agrupa clanes con alguna forma de economía sobre la metalurgia, el oro y el cobre. La cerámica adopta especies decorativas, aparece la estatutaria y se hacen tejidos de algodón.

En el periodo formativo superior se puede encontrar una compleja estratificación social y una mayor división social del trabajo, al punto de que se establecen confederaciones de tribus. En este periodo se destaca la cultura Tairona de la Sierra Nevada de Santa Marta y la Muisca; esta última ocupó el altiplano de Cundinamarca y Boyacá.

Al finalizar este periodo, la población indígena ya cuenta con parámetros de organización suficientes para llevar a cabo una vida en comunidad, su estructura de gobierno empieza a visualizarse con claridad, así también ocurre con la división del trabajo, la economía y la cultura. Puede afirmarse que tras varios periodos evolutivos, han determinado con autonomía su forma de subsistir en el territorio que habitan, e incluso, han perfeccionado principios y reglas para mantener el orden que les da su identidad y les permite sobrevivir en sociedad.

En este contexto, la autodeterminación de los pueblos amerindios no tenía que ser garantizada, ni consistía en un objetivo para sus gentes, ya que la sola naturaleza les había permitido explorar su significado, sin que en algún momento, se necesitara darlo a

---

<sup>3</sup> Ibíd.

conocer o exigirlo, pues ni siquiera era considerado un derecho, en tanto que gozaban de él como principio natural y esencial.

Precisamente por ello, es que la reivindicación de los pueblos indígenas lleva aparejada la lucha por recuperar su autodeterminación, la misma que les había sido asignada por orden natural, y que ahora debían reclamar como derecho pues fueron despojados de ella con la irrupción española, debiendo demostrar que su garantía implicaba también el respeto a su identidad alcanzada después de largos periodos de evolución.

## **1.1 La alteración de la vida indígena en América: conquista, colonización y república**

“El hispanoamericano está a la búsqueda de su carácter propio, de sus raíces propias: se apasiona por el pasado precolombino”<sup>4</sup>.

El pasado precolombino ha sido tema de estudio por décadas, no sólo por constituirse en un antecedente vital para el conocimiento de la historia, sino porque permite revivir, al menos en la narrativa, los acontecimientos y sucesos vividos antes de la llegada de los españoles.

No se tiene cálculo exacto del poblamiento de la América Precolombina a la época en que los españoles pisan suelo americano, se deduce estadísticamente que eran cerca de 10 a 40 millones de indígenas. España y Portugal van a repartirse este nuevo mundo en un acuerdo suscrito el 07 de Junio de 1494 denominado “Tratado de Tordesillas”, tras haber emprendido expediciones en el Continente Americano modificando la vida de los pueblos indígenas.

Según Raúl Arango y Enrique Sánchez Gutiérrez<sup>5</sup>, la conquista se inicia en el territorio de lo que hoy es Colombia con la llegada de Rodrigo de Bastidas, cuando las poblaciones indígenas tenían una distribución y desarrollo desigual. En la Guajira dominaba el complejo cultural Arawak; en la Sierra Nevada de Santa Marta la confederación Tairona que agrupaba los pueblos de habla Chibcha y sobre el litoral Atlántico se asentaban numerosas comunidades Caribes. Al occidente dominando el Atrato, estaban en Tule, sobre el Darién los cueva y sobre los ríos Sinú y San Jorge una densa población Zenú. En la costa pacífica los pueblos de Chocó divididos a lo largo de todo el territorio, en el noroeste andino se encontraban los pueblos, probablemente Caribe, como los Pozo, Carrampa, Nutibara y Arma.

En los actuales Departamentos de Caldas y Quindío se agrupaban los Anserma y los Quimbaya, en Santander, Caribes del pueblo Yariguie quienes dominaban la hoya del Magdalena. En Cundinamarca y Boyacá se encontraba la nación Muisca, la más numerosa que hallaron los conquistadores.

En el actual Valle del Cauca tenían asiento los Lilí y Gorrión, mientras que en Nariño vivía el pueblo de los Pastos.

---

<sup>4</sup> O.P Vicent Andre. Derecho de los Indios y Desarrollo en Hispanoamérica. Cultura Hispánica. Madrid 1975 p 17.

<sup>5</sup> ARANGO Ochoa Raúl, SÁNCHEZ Gutiérrez Enrique, Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Departamento de Planeación de Colombia. 2004, p 9

La forma como los españoles irrumpieron en el territorio americano fue a través de la fundación de ciudades y poblados, desplazando a los indígenas de sus propios territorios y convirtiéndolos en esclavos como la única forma de supervivencia. La autodeterminación de los pueblos indígenas se ve entonces diezmada por la imposición del dominio político e institucional.

El repartimiento, la encomienda y la mita (minera y urbana) se constituyeron en mecanismos de dominación pues obligaron a las comunidades de indios al pago de tributos y a trabajos forzados.

En 1500 se declaró a los indígenas como vasallos libres y en 1503 se permitió la esclavización mediante la declaración de la guerra justa, figura que dio lugar al requerimiento, un recitativo que hacían los españoles ante los indígenas para que admitieran la sujeción a la Corona y al Cristianismo.

Tal como se describe en el texto los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio:

*“La Colonia generó una sociedad estratificada, diferenciada de acuerdo a los códigos de pertenencia étnica, de escasa movilidad social. En la cima de la pirámide social dominaban los funcionarios, comerciantes, religiosos y encomenderos españoles que alegaban su condición de “sociedad blanca”, les seguía la población de origen español, nacida en América llamada “criolla” que no obstante su situación económicamente privilegiada, no tenía acceso a los cargos elevados de la administración Colonial.*

*Como sectores sociales subordinados estaban los mestizos, hijos de hispanos y de personas con algún grado de ascendencia indígena o africana que se dedicaban a la artesanía, el pequeño comercio, el trabajo asalariado y las labores agrícolas, les seguían los indios, declarados vasallos libres, pero reducidos a las encomiendas, las mitas, y luego a los resguardos territoriales tributarios”<sup>6</sup>.*

El nombre de indígenas se había adoptado para identificar la población oprimida, despojada de su libertad y su autonomía, los mismos que entraban a formar parte de la Metrópoli, lo que de alguna manera dio lugar a la necesidad de garantizar su supervivencia.

Sobre este último punto debe leerse en el texto “Derechos de los pueblos indígenas en las Constituciones de América Latina” lo siguiente:

*El régimen Colonial Español había arrebatado a los pueblos indígenas colombianos gran parte de sus tierras, pero, en un acto de interés y de inteligencia para la misma Metrópoli, había determinado reconocerles en propiedad las que todavía ocupaban para asegurar la supervivencia y la vida social y política de cada grupo.<sup>7</sup>*

En este sentido, si bien es cierto que el régimen español destruyó el sistema de gobierno indígena, e implantó los propios, y algunas comunidades mantuvieron sus gobiernos

---

<sup>6</sup> Ibíd.

<sup>7</sup> SANCHEZ Enrique, op cit p 62



locales que con el nombre de cabildos de indios surgidos de la voluntad de los asociados indígenas en el interior de los resguardos.

Hasta entonces, podría decirse que el poder de decisión de los pueblos indígenas estaba más que condicionado, pues habían sido víctimas de una irrupción política, económica, social y cultural que minimizó, por no decir exterminó, la autodeterminación de la que disfrutaban en la América Precolombina.

Los antecedentes históricos de la Colonia para algunos autores significó la opresión total de los pueblos indígenas, sobre este punto, el conocido estudioso en materia indígena, Roque Roldán<sup>8</sup>, manifestó que las relaciones entre las sociedades indígenas y el Estado Colonial español se hallaban enmarcadas en una doble manera de operar: de una parte, en función del interés y la voluntad de los conquistadores y colonizadores por apropiarse del oro, de las tierras, lo mismo que imponer el dominio militar y político de la Metrópoli; de otra parte, y por la misma exigencia de asegurar y expandir el dominio político, y de conseguirle una base económica de sustentación, en función de asegurar algunas condiciones mínimas de supervivencia a las poblaciones conquistadas y colonizadas.

Así mismo, explica que los efectos sobre la población indígena fueron a corto y mediano plazo, y que se relacionaron con la drástica reducción de su población, el desalojo de numerosos pueblos de sus espacios tradicionales de vida, la usurpación de las tierras, la muerte masiva de indígenas en las guerras, los trabajos forzados y las enfermedades desconocidas de los americanos.

No obstante a lo anterior, y por el carácter paralelo de la Colonia a la empresa del nuevo orden público, la conquista y la colonización de América se vio forzada, para alcanzar sus propósitos de obtención, consolidación y expansión del dominio político peninsular, a adoptar ordenamientos jurídicos y crear instituciones que favorecieron en alguna medida la conservación de las agrupaciones indígenas y el reconocimiento de algunos de sus derechos.

El grito de independencia del 20 de Julio de 1810 no representó para los pueblos indígenas un grito de libertad; si durante la conquista y la Colonia habían padecido el inclemente sometimiento a la voluntad de los españoles, a partir de 1810 sufrirían el sometimiento a las Leyes Republicanas.

Los indígenas, dejaron de serlo, para pasar a “gozar” de su nueva condición de ciudadanos iguales a los demás en cuanto a derechos y obligaciones:

*Ciertamente fue el Colonial un periodo de vejámenes y de opresión, pero tras largos siglos de resistencia, habían permitido a las naciones indígenas arrancar a la dominación peninsular algunas conquistas que les abrían espacios territoriales y administrativos para seguir, al menos en parte, con sus lenguas y pensamiento, su vida comunitaria y parte de sus tierras. En éstos términos, la igualdad jurídica de las Leyes Republicanas de 1810 en adelante, fue para los indígenas, por una cruel paradoja, no el final de un régimen Colonial sino la imposición de un sustituto, ejercido en nombre de los sagrados principios de libertad y*

---

<sup>8</sup> ROLDÁN, Roque. Manual para la formación en derechos indígenas: Territorios, recursos naturales y convenios Internacionales. Aya-Yala, Ecuador, 2004 p 23

*derechos del hombre, pero más despiadado porque, en el entendimiento de los inspiradores e impulsores de la democracia Republicana, la Ley no podía hacer excepciones, no tenía corazón, ni siquiera uno tan inescrutable y lejano como el del monarca Español<sup>9</sup>.*

El periodo Republicano llega acompañado entonces de una liquidación a los territorios comunales por considerarlos parte de un periodo atrasado y desueto, contrario a la economía libre y la vida democrática, razón de más para suprimir cualquier forma de gobierno creada por los indígenas que contrariaba la denominada república unitaria.

Este nuevo concepto de unidad homogeneizó la vida de quienes habitaban la República pues ello evitaba intentos de reconquista, por lo que no se distinguió a los indígenas como comunidades autónomas y con autodeterminación, sino por el contrario, se pensó en su liquidación, ahora con fundamentos legales, los mismos que se adoptarían como recurso para sacar a los pueblos indígenas de su modo de vida considerado estadio de “barbarie” y “salvajismo”.

En la presentación del texto “Fuero Indígena Colombiano” su autor, el tratadista Roque Roldán nos enseña:

*Primera etapa, de 1810 a 1890. Se cumple en este periodo una larga y persistente ofensiva del Estado colombiano por disolver las formas independientes de gobierno de las comunidades indígenas, y se intenta de diversos modos, pero particularmente con medidas de carácter legal, a los que la política de los legisladores de entonces asignaba un poder superior de transformación de las realidades sociales y económicas. Por esta última razón, se ha preferido darle a este periodo de 80 años el nombre de “etapa liquidacionista”<sup>10</sup>*

Es así, que la República no logra transformar la estructura inequitativa de la tenencia de la tierra, de formas atrasadas de trabajo y de garantía a otros derechos indígenas. Sobre la base de las ideas liberales y anticoloniales que emprendieron los distintos gobiernos una sistemática acción para terminar el régimen Colonial, dividir las tierras indígenas y los grupos indígenas.

Frente a esta división obligada de los resguardos y grupos étnicos, surge una ofensiva consolidada, que busca reivindicación, pero sobre todo autonomía, reconocimiento y autodeterminación.

La primera denuncia sobre abusos contra los indios de América, la hace Antonio de Montesinos en Diciembre de 1511<sup>11</sup>, y aunque el movimiento indígena se vive con intensidad a finales del siglo XX, este representa un antecedente importante en la campaña contra la opresión.

---

<sup>9</sup> SANCHEZ Enrique, op cit p 62

<sup>10</sup> ROLDÁN, Roque , Fuero Indígena Colombiano, Presidencia de la República, Bogotá. 1990.

<sup>11</sup> Casas, Bartolomé de las, Historia de las Indias, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, p 441. Citado por Claudia López Lomelí, Derechos Fundamentales y Estado, Universidad Autónoma de México, México, 2002, p 827.

Las posiciones en torno al reconocimiento de los derechos indígenas van desde idealizar al mundo indígena, hasta enaltecer la intervención española, proponiéndola como un prototipo de conquista y despojando a los indígenas de su calidad de sujetos de derechos, verbigracia la de Juan Ginés Sepúlveda<sup>12</sup>.

Reconocidas tesis a cerca del status indígena se conocen a lo largo de la conquista, la Colonia y la República como la de Francisco de Vitoria<sup>13</sup>, y Alonso de Veracruz<sup>14</sup>.

El papel de la iglesia también resulta crucial en la historia de los pueblos indígenas, pues muchos integrantes de la comunidad cristiana al menos reconocían la humanidad de estos pueblos, a pesar de que propusieran como medida proteccionista la “civilización”, sedentarización y “cristianización” de aquellos que aún pervivían para la época de la República, encomendándolos a misiones religiosas.

Mientras tanto, la lucha por el territorio mantenía su vigor, muchos de los resguardos indígenas habían sido declarados vacíos por los Consejos Municipales, y sus tierras habían sido rematadas, se emprendieron expansiones sobre las tierras comunales a las que denominaron “tierras sobrantes”, y se proclamó la idea de exterminar los territorios indígenas por constituirse en un obstáculo para el libre comercio de la tierra.

A penas en 1820 el Libertador Simón Bolívar emite un decreto ordenando la devolución de las tierras a los indígenas, reconociéndoles además su cualidad de hombres libres, naturales libres como los llamaron. Podría pensarse que con esta disposición se da inicio a una forma de protección para los pueblos indígenas, porque aparentemente procura incluirlos a la civilización, considerándolos parte de esa República Unitaria, sin embargo, hoy se sabe que la inclusión de los pueblos indígenas a la sociedad, sin consideración de las particularidades propias que los caracterizan, en nada garantiza sus derechos, ya que la lucha viene dada desde décadas atrás no por lograr hacer parte de una Nación, sino porque dentro de ella se reconozca la posibilidad de conseguir su propia identidad, autonomía, territorio y obviamente, autodeterminación .

## **1.2 Análisis de las principales normas que antecedieron a la Constitución de 1991 en materia de derecho indígena**

El estudio de la legislación sobre los indígenas, previa la expedición de 1991, se hace con el fin de ampliar el conocimiento a cerca de la evolución de los criterios que en una y otra época se tuvieron en cuenta para regular el tema, la mayoría de las disposiciones que se mencionarán no se encuentran vigentes, sin embargo, permiten proyectar el

---

<sup>12</sup> Apoyando la tesis de Aristóteles sobre la natural esclavitud de algunas personas, intenta despojar a los indios de todos sus derechos al calificarlos como irracionales para defender la posición de la Corona.

<sup>13</sup> Junto a la iglesia con la bula *sublimis Deus* del papa Paulo III hace un reconocimiento a la racionalidad indígena, esto es, aceptan su humanidad, y en consecuencia, su libertad e igualdad frente a los cristianos. Superan los planteamientos que se fundaban en las diferencias raciales para legitimar la invasión (tomado del texto, *Derechos Fundamentales y Estado*, Universidad Autónoma de México, 2002, p 827).

<sup>14</sup> Veracruz fundamenta su tratado en principios básicos de derecho natural, orientados a regular aspectos concretos del gobierno de las Indias, como son: la transmisión de la propiedad y del poder político, la educación, el cobro de tributos, y la explotación de los recursos y la soberanía.

contexto indígena en lo relacionado con el derecho de autodeterminación de los pueblos, a partir de la expedición de las primeras normas positivas, y hasta nuestros tiempos.

CLASE DE NORMA Y FECHA	AUTORIDAD QUE LA EMITE	PRINCIPALES TÓPICOS
<b>Decreto : Mayo 20 de 1820</b> “Que ordena devolver a los naturales los resguardos”.	Simón Bolívar, Libertador y Presidente de Colombia etc, etc,”	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Devolver a los naturales, como propietarios legítimos las tierras que formaban los resguardos</li> <li>• Eliminación de las fundaciones que pesen sobre resguardos sin autorización.</li> <li>• Los naturales como cualquier otro hombre de la república , pueden ir y venir con sus pasaportes, comerciar su frutos y efectos</li> </ul>
<b>Ley 11 : Octubre de 1821</b> “Sobre la extinción de los tributos de los indígenas, distribución de los resguardos y exenciones que se les conceden”	“El Congreso de la República de Colombia”	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Abolición del tributo personal</li> <li>• Eliminación de los servicios personales y pago obligatorio del salario.</li> <li>• Declaración de igualdad jurídica, entendida como sometimiento de los indios al derecho común</li> <li>• Exención por cinco años de derechos o gravámenes que pesasen sobre los bienes de la comunidad</li> <li>• Orden de reparto de los resguardos, en “pleno dominio y propiedad”, antes de cinco años</li> <li>• Mantenimiento de los protectores de los indígenas en lo que corresponde a la acción comunal</li> <li>• Conservación del “Pequeño cabildo” como órgano transitorio de administración del régimen de usufructo.</li> <li>• Libre establecimiento de las parroquias indígenas, con la sola condición del pago de los arrendamientos de los solares.</li> </ul>
<b>Ley : Mayo 25 de 1824</b>	“El Senado y la Cámara de la República de Colombia unidos en Congreso”	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se reitera el respeto por las propiedades indígenas y se le garantiza la defensa, en la medida de lo posible, de las agresiones de sus vecinos.</li> </ul>
<b>Ley de Auxilio a los indígenas Julio 30 de</b>	“El Senado y la Cámara de la República de Colombia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Poder Ejecutivo se compromete a distribuir tierras de la República a las tribus de indígenas que</li> </ul>

<p><b>1824</b> “Por la cual se auxilie a las tribus indígenas que quieran abandonar su vida errante”</p>	<p>unidos en Congreso</p>	<p>quieran abandonar su vida errante.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se comprometen recursos del tesoro público para el establecimiento de estas Tribus</li> </ul>
<p><b>Decreto : Septiembre 18 de 1824</b></p>	<p>“Francisco de Paula Santander Vicepresidente de la República, encargado del poder ejecutivo etc etc”</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Promover la civilización y la propagación de la religión cristiana entre los indios gentiles</li> </ul>
<p><b>Resolución: Octubre 15 de 1828</b> “Que los indios colombinos paguen una contribución llamada contribución personal de indígenas”</p>	<p>“Simón Bolívar, Libertador Presidente”</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prohíbe la venta y división de tierras</li> <li>• Restablece el antiguo impuesto personal</li> </ul>
<p><b>Ley de repartimiento de los resguardos indígenas 1832</b></p>	<p>“El Senado y la Cámara de la República de Colombia unidos en el Congreso”</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ordenan el reparto de los resguardos en el término perentorio de un año, esto es, el fraccionamiento del territorio en el que se conformaron los resguardos.</li> </ul>
<p><b>Ley : Junio 02 de 1834</b></p>	<p>“El Senado y la Cámara de la República de Colombia unidos en Congreso</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Estableció que el repartimiento de los resguardos se lo haría entre los indígenas tributarios en razón a que sólo el tributo garantizaba el derecho al resguardo”</li> </ul>
<p><b>Ley : Julio 23 de 1843</b></p>	<p>“El Senado y la Cámara de la República de la Nueva Granada unidos en Congreso</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Amplía a un término de 20 años la prohibición de vender los bienes que eran adjudicados a indígenas.</li> <li>• Limitó los arrendamientos a un término de 3 años</li> <li>• Dejó sin valor el pago de mejoras que en muchos casos superaban el valor de las parcelas</li> </ul>
<p><b>Ley : 328 de 1871</b></p>	<p>“El Congreso de los Estados Unidos de Colombia”</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se asimila a los indígenas a la categoría menores de edad en cuanto a las ventas y al establecimiento de algún gravamen a sus posesiones</li> </ul>
<p><b>Ley 89 de 1890</b> “Por la cual se</p>	<p>“ El Congreso de Colombia”</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Catalogó a los indígenas en salvajes, semisalvajes y</li> </ul>

<p>determina como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”</p>		<p>civilizados, excluyó las dos primeras clasificaciones de la aplicación general de la República bajo la jurisdicción de las misiones y a la tercera en materia civil en asuntos relacionados con los resguardos.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Estableció un término de 50 años, prorrogables por los gobernadores para efectuar división de los resguardos con el fin de que vencido este término no existan ya los resguardos.</li> <li>• Aseguró la supervivencia de los gobiernos locales (cabildos) señalándoles facultades civiles y administrativas, así como funciones penales y de policía, de acuerdo con las costumbres de cada pueblo, pero siempre subordinadas a las autoridades locales.</li> <li>• Estableció que las faltas cometidas por indígenas serían castigadas por el gobernador de su cabildo</li> <li>• Dispuso la prohibición a los indígenas de vender, arrendar o hipotecar porción alguna del resguardo</li> <li>• A los indígenas que conserven los títulos de sus resguardos y que hayan sido desposeídos de estos violentamente se les permitió demandar en cualquier tiempo la posesión.</li> <li>• Se establecen medidas proteccionistas de integridad, territorialidad como la imprescriptibilidad, inembargabilidad y nulidad de las ventas dolosas hechas sin los requerimientos de Ley.</li> </ul>
<p><b>Ley 55 de 1905</b></p>	<p>“La Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa”</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La Nación sede a los Distritos Municipales los terrenos de resguardos de los indígenas ubicados dentro de la jurisdicción, pero los Distritos, por su parte, deberán respetar los derechos de</li> </ul>

		los indígenas.
<b>Ley 32 de 1936</b> "Sobre la igualdad de las condiciones para el ingreso a los establecimientos de educación"	"El Congreso de Colombia"	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Establece que ningún establecimiento de educación primaria, secundaria o profesional podrá negarse a admitir alumnos por motivos de nacimiento ilegítimo, diferencias sociales, raciales o religiosas.</li> </ul>

Con fundamento en la Ley 89 de 1890 se incrementaron las luchas de los indígenas, el reconocido caudillo de los Paeces Manuel Quintín Lame Chantre inicia su movimiento contra el latifundio y el terraje, elaborando un programa de lucha de siete puntos que orientó el movimiento reivindicatorio y que tendría repercusiones en el movimiento social indígena reciente. Los puntos que integraban tal programa eran: la recuperación de la tierra de los resguardos, la ampliación de las tierras de los resguardos, el fortalecimiento de los cabildos, el no pago de terraje, dar a conocer las Leyes sobre los indígenas y exigir su justa aplicación, defender la historia, la lengua y las costumbres indígenas, formar profesores indígenas<sup>15</sup>.

A partir de los años cincuenta la Convención Internacional de Patzcuaro de abril de 1940, dio inicio al proceso mediante el cual se crea el Instituto Indigenista Americano y se adoptaron políticas comunes en muchos países de la región.

En 1961 se expidió la Ley 135 o reforma agraria, que trajo disposiciones benéficas para los territorios indígenas, pretendiendo disolver el improductivo latifundio y modernizar el agro, se prohibieron las adjudicaciones de baldíos que estén ocupados por comunidades indígenas y que constituyan su hábitat, pues sólo era permitida únicamente y con destino a la constitución de resguardos (artículo 29). Así mismo, se encargó al Instituto de la Reforma Agraria la Constitución, previa consulta al Ministerio de Gobierno, de resguardos de tierras en beneficio de los grupos o tribus indígenas que no los posean (artículo 94).

En los años 80 se conforma en Bosa, Cundinamarca, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), se expide el Programa Nacional de desarrollo de los Pueblos Indígenas. En 1982 es suscrito el Convenio 169 OIT quedando obsoleto el Convenio 107.

La coexistencia de estos derechos: el "derecho blanco" y "el derecho indígena" es hasta hoy tema de debate. Si en la época de la Colonia, la Conquista y la República distinguimos una lucha por el reconocimiento de los pueblos indígenas y por las garantías para su supervivencia, hoy en día, la lucha se centra en la autonomía como tal, y en su autodeterminación al interior del derecho común, ya que si bien es cierto, las Leyes del territorio deben ser aplicadas a todos sus habitantes, no significa que ello deba hacerse sin detenerse en las particularidades del sujeto o comunidad destinataria, la igualdad ante la Ley, no se predica por la exacta aplicación de la misma a todas las personas que participan de ella, sino de la que se efectúa de conformidad a las necesidades y situaciones particulares de los sujetos o comunidades.

<sup>15</sup> Ochoa Arango Raúl, Sánchez Gutiérrez Enrique. Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Departamento de planeación República de Colombia, Bogotá 2004, p 20.

Sólo hasta finales del siglo XX se empieza un reconocimiento real de los pueblos indígenas en la legislación, antes de este periodo, ni siquiera se tiene en cuenta su especificidad, muchas de las normas dictadas con anterioridad, pasan por alto su identidad, y su propia forma de concebir el mundo, sus verdaderas necesidades, que se ven menguadas debido a la imposición de un derecho creado para una comunidad generalizada, que olvida que en las comunidades indígenas ya existía un concepto de territorio, una forma de gobierno, organización social, desarrollo económico y cultural genuinos, que deben respetarse y que los distingue del resto de la sociedad.

Por ello, es necesario un acercamiento a lo que los hace diferentes, a sus costumbres y sus creencias, a su identidad indígena. El derecho común debe entonces garantizar su derecho a organizarse y dirigirse de acuerdo a su propio pensamiento. Así como debe propender por la efectiva protección del derecho a su territorio, que para ellos representa algo más que un pedazo de tierra como medio de producción, representa la existencia misma de ser indígena, una tierra especial, donde vivieron, trabajaron y se desarrollaron sus antepasados, la efectiva protección en este campo posibilita el ejercicio de otros derechos como el de elegir a sus propias autoridades y gobiernos, para legislarse y gobernarse de acuerdo a las necesidades de cada comunidad; el derecho a la reconstrucción de la economía propia, para que la producción, la distribución y el desarrollo sea de acuerdo a las propias capacidades de sus pueblos; para que puedan controlar y usufructuar los recursos que les pertenecen por estar dentro de su territorio, y así ver relacionar su economía con la economía del país. Así mismo, el derecho a su cultura, respetando sus tradiciones y costumbres; y el derecho a la educación de acuerdo a su propio pensamiento, a su historia y en su propia lengua.

El gran avance en la materia de regulación, quizás si lo representa la Constitución de 1991, en la que participaron tres indígenas como representantes en la Asamblea Nacional Constituyente, porque en ella se plasma el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural en Colombia, la misma que supone la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, de tal manera que las garantías a los pueblos indígenas que, incluso durante la vigencia de la Constitución de 1886, eran de rango legal, ingresan al ordenamiento jurídico en el nivel Constitucional por considerarlas parte de esa diversidad étnica y cultural declarada. El nuevo orden Constitucional le confiere a los territorios indígenas un rango de instituciones político- administrativas, permitiéndoles ejercer su derecho a gobernarse por sí mismos, establecer tributos, participar en las rentas de la Nación, administrar sus propios recursos y prestar los servicios públicos propios de los entes territoriales, como la salud, la educación, el saneamiento básico y la infraestructura comunitaria.

En la Constitución de 1991 ya se percibe al menos una concepción de los derechos humanos de los pueblos indígenas quienes debieron desde lo individual, pero también desde lo colectivo abogar por sus derechos, pues la violación de éstos genera riesgos para su supervivencia como grupo étnico, por ello, en el artículo 7º Constitucional no sólo se reconoce la existencia de estos pueblos, sino que además se encarga al Estado y a los particulares la labor de protegerlos, de tal manera, la nación colombiana adopta un carácter multiétnico y pluralista, que no puede entenderse sólo como una enunciación sin relevancia, pues implica prácticas importantes al interior del país, al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-380 de 1993 manifestó:

“El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de



multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, diferentes de los de la cultura occidental. El reconocimiento exclusivo de los derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes, como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios Constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”<sup>16</sup>

Así mismo, mediante sentencia T-523 de 1997 esta misma Corporación expresó:

“El reconocimiento Constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo en abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida.”<sup>17</sup>

En los términos que establece la Constitución las culturas existentes deben ser respetadas en su autonomía, en igualdad de condiciones y con respeto de sus valores culturales, costumbres, religiones, idiomas y territorios. Este concepto encuentra relación directa con la política de la diferencia, y debe entenderse desde el punto de vista que explica Charles Taylor , quien afirma que *“con la política de la dignidad igualitaria lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo, una canasta idéntica de derechos e inmunidades, con la política de la diferencia, lo que pedimos que sea reconocido es la identidad única de este individuo de este grupo, el hecho de que es distinto de los demás...”*<sup>18</sup>

Hace parte de los derechos humanos de los pueblos indígenas, el reconocimiento a un territorio propio, en el que estos pueblos puedan establecerse como comunidad, es quizás el principio básico y fundamental de su pensamiento, ello se evidencia desde épocas inmemorables. Tal como pudo leerse en párrafos anteriores, la Colonia, la Conquista y la República fueron escenarios de una cruenta pugna por el territorio, alrededor de este concepto giró la lucha por el dominio, pues en aquellas épocas, la expansión territorial correspondía con el poderío de sus poseedores, situación que no es ajena a la actual.

En la actualidad, el tema del territorio sigue siendo prioritario en diversas esferas del desarrollo social, económico y político de un país, con tal magnitud que las fronteras, hoy en día, resultan infranqueables para el resto de países por constituirse en el límite material de sus soberanías. El concepto de territorio entonces, desde lo institucional y jurídico, es reducido a estas consideraciones, sin que en él se incluyan valoraciones diferentes a las meramente materiales, visión que no corresponde con el pensamiento

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 Septiembre 13 de 1993, M P Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>17</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523 Octubre 15 de 1997. M P Carlos Gaviria Díaz.

<sup>18</sup> TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y “la política de reconocimiento”, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 61. Citado por CAMILO BORRERO, En: Multiculturalismo y derechos indígenas, Cinep, Bogotá, 2003, p. 20

indígena, en el cual las barreras materiales nunca han existido sino para efectos de defenderlo.

Los pueblos indígenas tienen un arraigo con el territorio que va más allá de la concepción material de las cosas, sus principios están basados en el pensamiento de la cosmovisión, la relación del hombre con la tierra, el bien y el mal, el cielo y el infierno, la luz y la oscuridad, dos componentes unidos, inherentes al ser, lo espiritual y lo material. En la mentalidad de los pueblos indígenas no cabe la noción de un espacio delineado, del espacio trazado; esta visión es la que les fue impuesta desde occidente, y que desde la perspectiva indígena no hace más que limitar al individuo y obligarlo a aceptar conceptos como la propiedad y la posesión. El indígena se desplaza libremente por su territorio, sin límites de fronteras, pues la única forma de topografía existente es la natural. Acoger la figura instituida durante la conquista y la Colonia: el **resguardo**, sistema creado para consolidar un medio productivo y la posibilidad de generación de impuestos por aquellas épocas, en el mismo afán de no perder su medio ambiente, fue una situación que trastocó su cosmovisión indígena, pero que debieron asumir a fin de salvar lo poco que les fuera permitido.

La misma Corte Constitucional ha admitido el valor que el territorio tiene para los pueblos indígenas, y de ahí también surge la necesidad de garantizarlo, en sentencia T-154 de 2009, esta corporación manifestó:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios que ellos habitan reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales, que es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso<sup>19</sup>, 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.”<sup>20</sup>

De esta manera, y aunque el criterio material que hoy en día se adopta para definir el territorio no corresponda con la visión que del mismo tienen los pueblos indígenas, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarlo como derecho básico de las comunidades que lo habitan, ello garantiza su supervivencia y les permite el ejercicio de los demás derechos reconocidos Constitucional o legalmente en Colombia.

Tal como se puede leer del ensayo temático “Los derechos colectivos y ambientales”<sup>21</sup> la propiedad que los pueblos indígenas tienen sobre los resguardos y territorios son de tipo comunitario, la tierra es un elemento muy importante de su identidad cultural. Sin el territorio, las culturas indígenas tienden a desaparecer porque él es su espacio de socialización y vida.

Los artículos 63 y 329 de la Carta establecen que los resguardos son propiedad colectiva, por lo que tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables y corresponde a la Ley orgánica de ordenamiento territorial desarrollar este precepto

<sup>19</sup> Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989.

<sup>20</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-154 de 2009, M.P Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>21</sup> MESA Cuadros, Gregorio. Ensayo temático: “Los derechos colectivos y ambientales”. Universidad Nacional de Colombia defensoría del pueblo, Bogotá DC. 2001. p 35

Constitucional con participación de representantes de las comunidades y territorios indígenas.

Sin embargo, el derecho al territorio de los pueblos indígenas no se reduce a la posibilidad de acceder a él, además, es necesario que el goce esté también plenamente garantizado, esto es, que puedan ejercer con autonomía sus propias formas de organización, política, económica y social, libre de interferencias e invasiones, lo cual resulta muy difícil en un contexto como el nuestro, en el que el territorio no puede permanecer sin que produzca lo suficiente para satisfacer las políticas y metas del mercado.

Hay muchas formas de privar a los pueblos indígenas del derecho a disfrutar de su territorio, y son varios los actores e intereses que pueden interferir de manera directa o indirecta en el mismo, verbigracia, la negación del derecho a la autonomía, el desconocimiento de los derechos de propiedad, la fundación de Megaproyectos, la exploración petrolera, la producción ilícita de cultivos, la fumigación intensiva, el desalojo del territorio, la presencia guerrillera y paramilitar, las actuaciones indebidas del Estado colombiano, la política extranjera, la explotación de recursos no renovables (fauna y flora), la legislación por parte del Estado en contra de la autonomía indígena.

Para efectos de mitigar estas interferencias al territorio se creó el mecanismo de consulta previa como una forma de participación e incidencia de los pueblos indígenas en la decisión que les afecte, según lo manifestado por la Corte Constitucional:

“La consulta previa es un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, para salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país.”

Según la alta Corporación, esta es la forma de garantizar que las decisiones adoptadas sean acordadas y concertadas con los pueblos indígenas afectados y por consiguiente el mecanismo para garantizar su participación en asuntos que les conciernen.

El tema de la consulta previa fue tenido en cuenta sobre todo con la ratificación del convenio 169 OIT, las principales normas que lo regulan se describen a continuación.

## **2. La regulación del mecanismo de consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano a partir del convenio 169 de la OIT**

Uno de los objetivos planteados para el desarrollo de esta investigación es precisamente el de examinar la regulación del mecanismo de consulta previa en las normas jurídicas colombianas a partir del convenio 169 de la OIT y otras fuentes de derecho internacional, no sin antes realizar una breve aproximación al concepto, fundamento y alcance de la figura mencionada.

Con lo anterior se pretenden diversas finalidades, cada una de las cuales se justifica en sí misma en el marco de una investigación jurídica que se propone ser no sólo descriptiva sino crítica y propositiva. De esta manera, en el presente capítulo se presentarán las bases conceptuales de la consulta previa, y posteriormente se estudiarán las fuentes internacionales de este derecho, a fin de conocer de cerca cuales son las exigencias de los organismos internacionales sobre la materia.

Finalmente, se dará paso a un examen detallado de la normatividad nacional sobre el tema, la cual incluye las disposiciones constitucionales y legales, con el objetivo de examinar la medida en que estas corresponden a las exigencias internacionales que en virtud del concepto de bloque de constitucionalidad hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico, y en consecuencia, determinar si estas normas satisfacen el requisito de la coherencia interna, entendida como la correspondencia de la norma inferior a las que le son jerárquicamente superiores dentro de un sistema jurídico<sup>22</sup>.

### **2.1. Concepto, fundamento y alcance de la consulta previa**

En aras de realizar una conceptualización de la consulta previa, es de anotarse que la misma debe entenderse como una vía para garantizar la participación de las comunidades indígenas, pues éste es su fundamento. En este sentido, la consulta previa puede definirse como un instrumento o mecanismo que permite a los pueblos indígenas participar ante los poderes Estatales, en la toma de decisiones que les afecten en forma directa, y de esta manera, delimitar sus prioridades y tomar partido en la definición de sus políticas y directrices, lo cual asegura además, que sus otros derechos sean respetados, que sus intereses sean tenidos en cuenta como válidos, y que se propenda por la

---

<sup>22</sup> A la luz de lo expuesto por Norberto Bobbio en su obra "Teoría General del Derecho", la coherencia del ordenamiento jurídico se justifica en cuanto el mismo debe ser una unidad sistemática, o una totalidad ordenada, lo cual se da cuando los entes constitutivos están en relación con el todo y en relación de coherencia entre sí. Bobbio manifiesta que "Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles...sistema equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas"

preservación de su integridad étnica, social, económica y cultural, pues esto asegura su subsistencia como grupo social.

Por su parte, el convenio 169 de la OIT no trae una definición de la consulta previa, pero la menciona como un derecho de los pueblos indígenas. De esto se puede concluir que la consulta previa tiene una doble connotación, pues por un lado se entiende como un derecho (al tenor del mencionado convenio), y por el otro, como un instrumento para garantizar un derecho (según la definición dada en el párrafo anterior y que se apoya en el fundamento de la figura), pero en los dos casos reviste gran importancia, como se pasa a explicar:

Respecto a la consulta previa como derecho de las comunidades indígenas, debe decirse que la Corte Constitucional lo ha reconocido como un derecho fundamental en algunas sentencias de tutela, lo cual implica que debe existir por parte del Estado y sus órganos un compromiso especial para asegurar su efectivo cumplimiento, y para entregar en manos de estas comunidades las herramientas jurídicas necesarias para su defensa y protección. Ahora bien, en este momento no se ahondará acerca de la posición jurisprudencial de la Corte sobre este punto, porque la misma será analizada de forma detallada al momento de desarrollar la línea jurisprudencial del capítulo IV, aunque no sobra advertir que esta Corporación ha manejado criterios cambiantes, aunque siempre progresistas a favor de las comunidades étnicas y raizales.

Si cabe precisar sobre este tema que, en los anteriores términos, la consulta previa a los pueblos indígenas se trata de un derecho fundamental innominado, por no encontrarse consagrado de forma expresa en el capítulo I del título II de la Constitución Política. Sin embargo, no obstante su falta de consagración normativa a manera de derecho fundamental, en el mismo confluyen condiciones indispensables para su declaración por vía jurisprudencial, tales como: i) En el marco de los Estados Democráticos la consulta previa representa un mínimo moral al que se le reconoce una pretensión de universalidad, esto es, que es tenido como válido en aquellos países en que tienen presencia las comunidades indígenas y tribales, por lo tanto, ii) este mínimo moral que es aceptado de forma universal exige cada vez más su positivización en los ordenamientos jurídicos internos, así como en los instrumentos de derecho internacional, con el propósito de limitar y vincular a los poderes públicos para la toma de decisiones y la adopción de políticas adecuadas para garantizar este derecho, comprendiendo que iii) al reconocerlo como fundamental debe impregnar el resto del ordenamiento jurídico, esto es, las disposiciones que se encuentran en un nivel más bajo, y que deben ser filtradas por el orden de valores que se subyace a la consulta previa, sin que ello conlleve a desconocer que iv) al igual que todos los derechos fundamentales, el de los pueblos indígenas a ser consultados tiene límites formales y materiales porque hacen parte de un grupo de principios, en el que los límites están dados por los otros principios reconocidos constitucionalmente y por su propia estructura.

De esta forma, puede concluirse que se trata de un derecho que ha sido reconocido en virtud de los cambios históricos, los cuales trajeron consigo otra forma de concebir la sociedad, y de reivindicar a las comunidades indígenas que habían sido maltratadas por tanto tiempo. En este sentido, este derecho a la consulta previa, se orienta a satisfacer necesidades fundamentales de las colectividades indígenas, pues la existencia y permanencia de éstas depende en gran medida de la protección a su identidad, su cultura y su territorio. Además, tal como se ha venido diciendo, se trata de un derecho

por el cual se garantiza el goce efectivo de otros derechos previamente reconocidos, cuyo desconocimiento implicaría la aceptación de un estado de cosas inconstitucional.

Lo dicho permite entender como los criterios formales para la identificación de los derechos fundamentales en Colombia, resultan insuficientes, pues se caracterizan por ser limitados y estáticos, desconociendo con ello las transformaciones sociales y las necesidades de la colectividad, que impone la exigencia de un sistema jurídico dinámico. De hecho, es por esta razón que el derecho a la consulta previa ha sido elevado al rango de fundamental por vía jurisprudencial, lo cual implica que se acepta como un derecho subjetivo e individual, es decir, que se atribuye a sujetos concretos, y que tiene al menos una pretensión de justiciabilidad, pues les entrega las acciones jurídicas que el ordenamiento consagra para la defensa de este tipo de derechos.

No puede sino concluirse que el derecho fundamental a la consulta previa, si bien no está consagrado expresamente en el texto constitucional, si se deriva del mismo, y refleja la forma del Estado Colombiano y el orden de valores que el mismo adopta y que vincula a toda la organización estatal, lo cual reclama adicionalmente una protección reforzada y lo excluye de cualquier posibilidad de negociación política, transacción mercantil o acto de enajenación, lo que implica, a su vez, que razones de tipo económico o presupuestal no son suficientes para su negación.

En cuanto a la consulta previa como instrumento de participación, es menester anotar que, tal como se ha venido diciendo, la participación es un derecho reconocido constitucionalmente a todos los Colombianos frente a diferentes aspectos de la vida política, económica, social y cultural, no obstante ello, en cuanto atañe a las comunidades indígenas, la participación adquiere una connotación especial en razón de las condiciones que les son propias, las cuales imponen una necesidad de mayor colaboración por parte del Estado y de más garantías para su cumplimiento.

Es por lo dicho que a fin de que se materialice tal propósito, es necesario que se cumplan ciertos requisitos mínimos, tales como la identificación del objetivo que se pretende alcanzar, la oportunidad en su realización, la buena fe en su desarrollo, la idoneidad de su procedimiento y sus alcances, los cuales se explicarán más adelante al estudiar el convenio 169 de la OIT. Sin embargo, si es posible anticipar que ante la ausencia de tales condiciones, las consultas que se realicen pierden toda significación y por tanto, no dan cumplimiento a las exigencias internacionales sobre la materia, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional en las sentencias que se relacionan en la línea jurisprudencial de este trabajo.

Por otra parte, en renglones anteriores se explicaron de forma sucinta algunos sucesos de especial importancia en la vida de los pueblos indígenas colombianos, específicamente las luchas que tuvieron que emprender en defensa de su condición natural, de su integridad como grupo y de su identidad. Por tanto, lo primero que debe pensarse es que, si bien es cierto hace lustros atrás estas luchas tomaban la forma de la guerra, en la actualidad las mismas se siguen presentando cotidianamente pero encierran procesos políticos y jurídicos que se desenvuelven en el contexto de un Estado pluralista y que por tanto, encuentran diferentes formas de manifestación, pero que no por ello siguen siendo la expresión de motivaciones particulares en pugna.

Es en este climax que se justifica el derecho a la participación de las comunidades indígenas, pues éste se convierte en la herramienta con la cual defienden sus intereses y

dan nuevas luchas por sus derechos, evitando que la sociedad en general, o los poderes públicos, atenten de una forma u otra, contra su esencia como pueblo y se den pasos de retroceso en medio de sus luchadas victorias.

De esta manera, es comprensible que se hayan creado procedimientos por los cuales se garantice la posibilidad de la participación de los pueblos indígenas, y que los mismos deban adaptarse a las especiales circunstancias que los rodean. Así, el fundamento principal de la consulta previa no es otro que el derecho a la participación como mecanismo para velar por el respeto de sus demás derechos. Y dicho sea de paso, ha de entenderse entonces que dicha participación adquiere rasgos especialísimos tratándose de estas comunidades y que adopta una connotación especial, a diferencia de la participación que debe garantizarse a los demás miembros de la sociedad que no integran un grupo étnico minoritario, pero que se reconoce en su condición de integrante de la sociedad.

Es por esto, que si bien es cierto en un Estado participativo como se pregona el colombiano, la participación en los procesos políticos es un derecho de la colectividad, y corresponde al Estado establecer las condiciones jurídicas y fácticas para que ello se cumpla, también es indiscutible que dicha participación se convierta en una cuestión sumamente especial en relación con las comunidades indígenas y exige por ello un tratamiento concreto y diferente, esto es, un tratamiento que se sustente en el reconocimiento y la aceptación de las diferencias, y en el reconocimiento de la importancia que las culturas de estos pueblos representan para una nación, y que constituya una alternativa para alcanzar la igualdad material de estas comunidades.

No podría ser de otra forma si la Carta Política colombiana incluye desde su primera disposición la aceptación del carácter pluralista del Estado, y a lo largo de su texto hace referencia al papel que juegan las comunidades indígenas en la conformación del mismo, y les entrega especiales derechos y facultades de rango constitucional.

Por lo anterior, y a manera de conclusión, vale reiterar que la consulta previa se fundamenta en el derecho a la participación de las comunidades indígenas, diferenciado del que se radica en cabeza del resto de la colectividad, y este derecho a su vez, se justifica en el reconocimiento de Colombia como un Estado pluralista y multiétnico, en el que la historia de los grupos indígenas impregna la historia de la Nación misma, y su cultura hace parte de todo el patrimonio cultural.

De esta manera, bien podría decirse que la inclusión de la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano se explica a partir del año 1991 porque responde a un cambio de perspectiva social acerca del entendimiento de las comunidades indígenas y de sus culturas, es decir, a una asimilación de sus valores como válidos y respetables en el contexto del país. Se trata pues, de un cambio de paradigma, en el que los grupos indígenas dejan de estar social y políticamente relegados, para ser aceptados e incluidos de forma especial en la sociedad, sin que ello repercuta en la pérdida de sus rasgos distintivos. Atiende a un cambio institucional que se concreta con el proceso constituyente de 1991 y que representa una transformación de la forma de entender la sociedad y sus valores.

En consecuencia, y desde el punto de vista jurídico, podría afirmarse que el derecho a la consulta previa en Colombia, se sustenta inicialmente en las disposiciones contenidas en los artículos 1º, 2º y 7º superiores, sin perjuicio de otros que aceptan la diversidad

étnica y cultural, así como las demás leyes que de forma especial se refieren a estas poblaciones específicas, pero que son de obligatorio cumplimiento para toda la sociedad. Esto se explica porque si bien los pueblos indígenas son sujetos de los derechos y obligaciones de las demás personas que habitan en el país, igualmente son poseedores de derechos especiales, entre los que se cuentan los de participación social que de paso a una democracia efectiva. En palabras de la Doctora Gloria Amparo RODRIGUEZ, se puede leer:

“La consulta se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos indígenas y comunidades de decidir sus propias prioridades en lo que concierne al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y la 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, la consulta se cimenta en el derecho de los pueblos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”<sup>23</sup>

En lo que atañe al alcance de la consulta previa no podría dejarse de lado que existen diversas situaciones en las que ésta debe llevarse a cabo, por ejemplo: cuando se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que les afecten en forma directa a las comunidades indígenas, cuando se vayan a adoptar decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales en sus territorios, cuando se vayan a otorgar licencias ambientales para obras o proyectos, cuando se vayan a realizar obras de exploración, explotación e inversión en territorios indígenas, o cuando se vaya a realizar la determinación de las áreas indígenas restringidas al interior de las zonas mineras, entre otros.

Los dos primeros eventos señalados corresponden a la mayoría de los casos en que se presenta la necesidad de realizar procedimientos de consulta previa, esto es, antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas, y ante la posibilidad de explotación de los recursos naturales en territorios indígenas. No obstante, tal como se verá al realizar el análisis del marco legal colombiano, no existe reglamentación legal idónea sobre estos puntos, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ofrece significativas pautas a tener en cuenta en estos casos.

De todas formas, la consulta frente a la adopción de medidas administrativas o legislativas, busca precisamente que las comunidades indígenas sean tenidas en cuenta cuando las decisiones puedan afectarles de forma directa. Con esto se protegen sus derechos a la autodeterminación como pueblos, a la subsistencia, y a la integridad, así como la facultad que tienen para decidir sobre sus propias formas de desarrollo integral.

Por su parte, la consulta previa ante la explotación de recursos naturales propende por la protección del derecho que sobre el territorio tienen las comunidades indígenas, lo cual se justifica por la especial relación que los une, en el entendido que el territorio ancestral representa para el pueblo una forma de vida y un elemento de subsistencia.

---

<sup>23</sup> RODRIGUEZ, Gloria Amparo. La consulta previa en medidas legislativas: perspectivas desde la jurisprudencia constitucional. Disponible en: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/cátedra-viva-intercultural/ur/Presentacion/>



Realizadas las anteriores precisiones se pasará al análisis de las fuentes internacionales del derecho a la consulta previa, advirtiendo que al desarrollar la línea jurisprudencial a la que se ha aludido antes, se desarrollarán de forma detallada algunas sub-reglas jurisprudenciales sobre la materia.

## **2.2 Fuentes internacionales del derecho a la consulta previa**

Antes de dar paso a la explicación de las fuentes internacionales del derecho a la consulta previa, se requiere manifestar que, sin lugar a dudas, es el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo la más importante de ellas, y que además, hace parte del bloque de constitucionalidad colombiano, tal como se explicará más adelante.

Sin embargo, existen otros instrumentos jurídicos en el marco del derecho internacional, que son de gran importancia para el tema en estudio, y que se analizan a continuación para cumplir con los fines de la presente investigación. Se trata básicamente del pacto internacional de derechos civiles y políticos, la declaración de los pueblos indígenas y algunas observaciones realizadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones (CEAC), sin perjuicio de otras fuentes de derecho internacional como las observaciones del Comité de derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión Internacional de los Derechos Humanos y del Comité para la eliminación de la discriminación racial, los informes del Foro permanente para las cuestiones indígenas en las Naciones Unidas y las observaciones realizadas por la Comisión Internacional de los Derechos Humanos<sup>24</sup>.

Ahora bien, por la importancia que representan los derechos humanos en el contexto internacional, antes de explicar cada una de las fuentes directas de la consulta previa, se realizará una explicación sucinta de la fundamentación de la consulta previa a partir del Derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>24</sup> Por la especificidad del tema, en esta investigación únicamente se abordarán los convenios internacionales que sirven de sustento a la consulta previa a los pueblos indígenas como medio de defensa de su derecho a la libre determinación, y no aquellos que en diferentes ámbitos contengan disposiciones que reconozcan otros derechos para estas comunidades o les brinden medios especiales de protección, como es el caso del Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, el convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, la convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial, la convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid, la convención de los derechos del niño, la convención internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, y el Convenio sobre la diversidad biológica.

### **2.2.1 La Consulta Previa en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.**

Partiendo de las consideraciones expuestas hasta este momento, específicamente las relacionadas con el fundamento del derecho a la consulta previa, será menester señalar que el mismo también se apoya en conceptos generales de los derechos humanos, y es necesario presentar sobre este punto algunas precisiones teniendo en cuenta que se está llevando a cabo el análisis de las fuentes internacionales del derecho mentado.

Lo primero que debe anotarse a este respecto es que en la actualidad aún no existe un criterio unificado acerca de la definición de los derechos humanos. Por esta razón han sido empleados diversos términos que pretenden dar cuenta de esto, por ejemplo: derechos innatos, naturales, individuales, garantías constitucionales, derechos fundamentales, de la personalidad, del hombre y del ciudadano, derechos subjetivos públicos, derechos esenciales del hombre, libertades públicas, derechos del gobernado, entre otros<sup>25</sup>.

Estas denominaciones empleadas, si bien es cierto no logran ofrecer la definición buscada, si permiten comprender que corresponden a diferentes teorías que justifican la existencia de estos derechos. Así por ejemplo, vale mencionar que a partir de la noción iusnaturalista será un derecho humano aquel sin el cual el hombre no puede perfeccionar ni afirmar su personalidad, y por eso el Estado debe garantizar su protección, o aquel a que todo hombre debería tener acceso por su condición de ser humano, o aquel que corresponde al ser humano por su naturaleza individual y colectiva. Por su parte, desde una visión iuspositivista se dirá que son derechos humanos las facultades que la norma atribuye a una persona con carácter de fundamental, o aquellas facultades que según el momento histórico concretan la libertad, la igualdad y la dignidad humana, siempre que estén reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídico nacional e internacional.

Sin embargo, en este trabajo no se pretende ahondar en la definición que corresponde a los derechos humanos, y por tanto, en relación con los derechos de los pueblos indígenas será preciso únicamente dejar planteado que estas comunidades elevan sus reclamaciones únicamente en virtud de su condición natural, y de su especial situación frente a la sociedad, pese a ello, mientras no existan consagraciones positivas, o por vía de la jurisprudencia constitucional se introduzcan como parte del ordenamiento jurídico los derechos reclamados, existirán permanentes violaciones de los mismos, y se negará con ello el especial vínculo que existe entre las comunidades indígenas y sus territorios, y demás circunstancias que hacen parte de su identidad colectiva.

Debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos parte de considerar al ser humano como un individuo con una condición especial, y que por tanto, debe ocupar un lugar significativo en el derecho internacional, independientemente del papel que cada Estado desempeñe al respecto. De esta manera, y en virtud del paso del tiempo, se considera al individuo como un sujeto de derechos por sí mismo, y también de obligaciones de carácter internacional, lo que al mismo tiempo le permite acceder a reclamarlos por vía de la reclamación internacional.

---

<sup>25</sup> Estas definiciones se ofrecen en el texto Teoría de los Derechos Humanos, del autor José Antonio García Becerra, Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1991. Disponible en: [www.bibliojuridica.org/libros/](http://www.bibliojuridica.org/libros/)

Es en este marco que el derecho internacional de los derechos humanos empieza a enfocar su interés hacia el individuo, y ya no únicamente hacia los Estados –como había sido lustros atrás-. Ese individuo que asume un papel dinámico y activo, con sus luchas y conquistas, y frente al cual se puede predicar la existencia de derechos universalmente aceptados, esto es, reconocidos como válidos y ciertos más allá de las fronteras nacionales, y en contextos temporales específicos. El beneficio obtenido con esto radica en que el desconocimiento de estos derechos por parte de los Estados, abre la posibilidad a otros Estados de intervenir en defensa del individuo, entendiéndose que el maltrato de unos de sus nacionales ya no se trata exclusivamente de un asunto que forma parte privativa de su jurisdicción.

Es así como, el derecho internacional de los derechos humanos encuentra en la intervención humanitaria, la inclusión de disposiciones relativas a la protección de algunos derechos previamente especificados en tratados internacionales, el sistema de mandatos de la Sociedad de Naciones, las normas internacionales del trabajo, las reglas relativas a la protección de las minorías, las disposiciones sobre protección a extranjeros, y el Derecho Internacional Humanitario o derecho de la guerra. Además de los mencionados, cabe citar a manera de precedente internacional de protección de derechos humanos, la declaración de los derechos internacionales del hombre, adoptada en 1929.

Para el caso que nos ocupa, es menester ahondar en las normas del derecho internacional de los derechos humanos que tienen relación con la protección de las minorías. Por lo tanto, vale decir que en cuanto atañe a las reglas sobre su protección, las mismas surgen con ocasión de la transformación territorial vivida en Europa como resultado de la primera guerra mundial, lo cual generó que se conformaran minorías étnicas, lingüísticas y religiosas. Esta es la razón por la que los países victoriosos celebraron tratados especiales con los Estados que habían sufrido la reestructuración territorial y la creación de nuevos Estados, con el objeto de proteger a tales minorías.

En estos regímenes de protección de minorías los Estados en parte se comprometían a no realizar acto de discriminación alguno contra sus nacionales, y a reconocer a su favor los derechos necesarios para preservar su identidad, su integridad étnica, religiosa y lingüística, así como a conservar el uso de sus lenguas propias, su educación y su religión.

Adicionalmente, en estos tratados los Estados suscribían una cláusula de garantía, en virtud de la cual aceptaban que las disposiciones convencionales relativas a las minorías eran obligaciones de carácter internacional, controladas por la Sociedad de Naciones, e inmodificables sin el consentimiento mayoritario de los miembros del Consejo de dicha sociedad.

Este sistema de derecho internacional clásico permaneció vigente durante década y media, esto es, entre los años 1920 y 1935, y se caracterizó por proteger los derechos de los individuos que conformaban las minorías, pero no los derechos colectivos de las mismas. Sólo en la década de los cuarenta, la filosofía de los derechos humanos, empezó a aplicarse también a las minorías étnicas, pues hasta tal momento, los derechos que les habían sido reconocidos no se fundamentaban en su condición humana, sino en su pertenencia a una minoría. Sin embargo, se le destaca haber sido un aporte inicial en el contexto del derecho internacional, al reconocimiento de los

derechos a las minorías, pues posteriormente fue la base para las consagraciones normativas más acordes con la realidad social de estas comunidades.

Posteriormente, con la culminación de la segunda guerra mundial se abrió paso al derecho internacional moderno, el cual se caracterizó por ser reaccionario ante las violaciones ocurridas durante el régimen de Adolfo Hittler. Es así como en 1942 se publica la Declaración de las Naciones Unidas, con el propósito de defender la vida, la independencia y la libertad, así como asegurar los demás derechos humanos en los 27 Estados aliados.

La mencionada Carta de las Naciones Unidas hace referencia a algunos derechos humanos, sin introducir definiciones ni enunciaciones taxativas, de lo cual, a manera de ejemplo vale citar el preámbulo, y los artículos 1, 13, 55, 56, 62, 68 y 76.

En el artículo 1º se menciona que el propósito de la Organización es desarrollar y estimular el respeto por los derechos humanos, en el mismo sentido, el artículo 55 dispone que la Organización promoverá el respeto universal a los derechos humanos y las libertades universales, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión; y de igual forma, las otras disposiciones anotadas se relacionan con los fines de la Organización de las Naciones Unidas, y con las obligaciones que asumen sus miembros.

Como se puede notar, esta Carta de las Naciones Unidas abre paso a la entrada de los derechos humanos en el derecho internacional, con una perspectiva que tiene en cuenta al individuo como tal, y no limita su funcionamiento al papel de los Estados. En este sentido, *“puede afirmarse que la Carta de la ONU introduce los derechos humanos en el ordenamiento internacional, abriendo la “jaula de hierro” que el Estado representaba para la condición jurídica del individuo en el derecho internacional.”*<sup>26</sup>

Es a partir de estos momentos que se empieza a gestar una conciencia colectiva sobre la necesidad de llegar a acuerdos internacionales que garanticen en cada Estado el respeto de los derechos humanos de nacionales y extranjeros, y en este contexto se suscribieron importantes declaraciones y pactos, como la Declaración internacional de los derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en general, otros convenios como el de la preservación y castigo del genocidio, el correspondiente a la eliminación de toda forma de discriminación racial y de discriminación contra la mujer, la convención contra la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros que no es posible detallar en este estudio por no estar directamente relacionado con el tema de los derechos de los pueblos indígenas.

Por lo dicho es dable concluir que el reconocimiento de los derechos indígenas en el plano internacional no ha sido un proceso rápido ni fácil. Las consagraciones normativas sobre minorías étnicas no fueron muy explícitas en su comienzo, ni tuvieron en cuenta la especial connotación de los pueblos indígenas. Sin embargo, con el paso del tiempo las disposiciones internacionales se fundamentaron en nuevos criterios, pues se comprendió que estas comunidades, al igual que otras minorías étnicas, existen en virtud de su organización colectiva, y por ello se vuelve imprescindible adoptar las medidas necesarias para la preservación de su identidad y su integridad como pueblo.

---

<sup>26</sup> CASTILLO DAUDÍ, Mireya. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ed: Tirant Lo Blanch. 2ª Edición. Valencia2006. p. 51

Lo anterior significa la consagración de los derechos de los pueblos indígenas debe estar permeada de un doble sentido jurídico y social, pues por un lado, los integrantes de estos grupos minoritarios, en tanto individuos de la especie humana, son portadores de los derechos que se predicen respecto de los demás miembros de la sociedad, y por el otro, en cuanto conforman una comunidad especial, son merecedores de un trato que les asegure su subsistencia comunitaria, y los medios de defensa necesarios para lograrlo.

Es en este sentido que resulta importante conocer y estudiar las disposiciones internacionales que de una u otra forma toman en cuenta las necesidades de las minorías étnicas, y los derechos que les deben ser reconocidos. Por esta razón, a continuación se dará paso al análisis de los instrumentos internacionales respectivos, los cuales a su vez se constituyen en fuente indirecta del derecho a la consulta previa, pues en la actualidad, la misma desarrolla otros derechos de las colectividades indígenas, tal como se anotó al referirse a su fundamentación, alcance y concepto, y esto constituye su fuente directa.

**2.2.2 Estudio del Convenio OIT No. 169 Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales.** Este convenio data del año 1989, fue aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, y se aplica a los pueblos tribales y a los indígenas de países independientes. A los primeros, siempre que sus condiciones sociales, culturales y económicas les diferencien de otros sectores del país, y que se rijan por costumbres y tradiciones propias o por una legislación especial; a los segundos, esto es a los pueblos indígenas, cuando hayan descendido de poblaciones que habitaban el territorio de un país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las fronteras estatales vigentes, y que conserven sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o al menos, parte de ellas.

Como ya se anotó, en el tema de la consulta previa a los pueblos indígenas la fuente formal internacional más importante es el convenio 169 de la OIT, el cual integra también el ordenamiento jurídico de los países de Noruega, México, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Dinamarca, Guatemala, Países Bajos, y Ecuador.

Su importancia se desprende de la consagración explícita de este mecanismo jurídico de participación, a diferencia de lo que sucede con los demás convenios internacionales que se limitan a consagrar el derecho de las minorías étnicas a su libre determinación. En otras palabras, el convenio 169 es el que impone a los Estados la obligación de implementar la consulta previa y promover así la participación de estos pueblos en los aspectos cultural, social y económico de su vida comunitaria.

El propósito del convenio no es otro que la protección de los pueblos indígenas en la totalidad de su integridad cultural y los derechos que se derivan de ello, para lo cual se impone a los gobiernos la obligación de desarrollar acciones coordinadas y sistemáticas, lo que deberá llevarse a cabo con la participación de los pueblos interesados, tal como lo dispone el numeral 1º del artículo 2º del convenio.

Dichas acciones deberán estar encaminadas a asegurar a estos pueblos el disfrute de los derechos y oportunidades que la legislación nacional concede a los demás nacionales, promover la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales en el marco del respeto por su identidad social y cultural y de sus costumbres, tradiciones e

instituciones, y ayudar a la eliminación de diferencias socioeconómicas entre sus miembros, de forma compatible con sus aspiraciones y forma de vida.

Por otra parte, además de los mencionados derechos que se proclaman a través del convenio 169 de la OIT, este instrumento internacional reconoce el respeto obligatorio por los derechos humanos y las libertades fundamentales de estos pueblos, sin obstáculos ni discriminación, y prohíbe toda fuerza o coerción que viole dichos derechos y garantías.

Ahora bien, en relación con el tema específico de la presente investigación, cual es el de la participación de los pueblos indígenas como mecanismo para garantizar su derecho al territorio y a la autodeterminación, debe decirse que el artículo 6º del convenio 169 de la OIT impone la figura de la consulta a los pueblos indígenas, exigiendo que se haga por medio de procedimientos adecuados, de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias.

Como se puede ver, la norma referenciada representa un avance para los pueblos indígenas en relación con sus derechos a la participación y a la libre determinación, pues no sólo crea el mecanismo de la consulta previa, sino que además, exige que se lleve a cabo mediante procedimientos adecuados, con la participación de las instituciones representativas de la comunidad, garantizando la participación sin apremios a todos los niveles, y con el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de estos pueblos; incluso, dichas consultas deben ser guiadas por el principio de la buena fe y en todo caso deben adaptarse a las circunstancias para llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Sin lugar a dudas, se trata de una disposición que podría definirse como garantista y proteccionista, cuya aplicación requiere por parte de los gobiernos un gran esfuerzo y el uso de diferentes recursos económicos, humanos y tecnológicos en aras de que se verifique su real cumplimiento, no obstante, mal haría en desconocerse que este convenio no reconoce el carácter de fundamental del derecho a la consulta previa, de forma que en Colombia este avance se debe en gran medida a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Las dificultades generadas con la norma citada sean quizás algunas de las razones por las que en no pocas oportunidades se denuncia a los Estados parte del convenio por infringir esta obligación, aunado a intereses coyunturales que se suscitan con la adopción de medidas legislativas o administrativas, con el desarrollo de proyectos económicos de exploración y explotación, entre otras.

Esta obligación que se impone a los Gobiernos representa, además, el reconocimiento y la aceptación de las diferencias económicas, sociales y culturales propias de los pueblos indígenas, por tanto, pasarla por alto lleva implícita la negación de la diferencia o la implementación de un trato formalmente igualitario que en realidad desconoce derechos y principios de los ordenamientos jurídicos vigentes, y que se opone a los criterios

plasmados en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional en relación con el principio de igualdad.<sup>27</sup>

Pese a ello, la realidad cotidiana demuestra que en no pocas ocasiones se omite prestar las garantías que encierra la consulta previa para los pueblos indígenas, pues la misma puede llegar a convertirse en un trámite que no fluye con facilidad, y que al juicio de algunos, entorpezca la adopción de las medidas oficiales que se pretenda implementar. Por esta razón, al explicar posteriormente la figura en cuestión, en el marco de la legislación colombiana, se analizarán uno a uno sus requisitos y se evaluará si los mismos corresponden al espíritu del convenio 169 de la OIT, y posteriormente, se examinará la eficacia de dichas normas en relación con los pueblos indígenas en los resguardos de la etnia de los Pastos que habitan en el Departamento de Nariño.

De la misma forma, el derecho a la participación al que se ha venido aludiendo también se reconoce en el referido convenio por medio del artículo 7º, en el cual se dispone a favor de los pueblos indígenas la facultad de decidir sobre sus prioridades en relación con el proceso de desarrollo económico, social y cultural, y en cuanto este afecte sus vidas, creencias, bienestar espiritual, instituciones y las tierras que ocupan, e igualmente, les reconoce el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de perjudicarles directamente.

Por su parte, el artículo 15 del convenio reconoce los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras, los cuales gozan de especial protección. En cuanto a la participación por medio del procedimiento de consulta en relación con este derecho, el inciso segundo del artículo mentado dispone:

*“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.*<sup>28</sup>

Como se puede ver, la norma transcrita desarrolla no sólo el derecho a la participación de los pueblos indígenas, sino además, el derecho a las tierras y a los recursos

---

<sup>27</sup> En sentencia C-454 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional analizó el principio de igualdad en relación con los pueblos indígenas, y consideró la comprensión de la igualdad a partir de la *diferenciación al definirla como la diferencia entre distintos, aseverando que esta definición se encuentra regulada en el artículo 13 incisos 2º y 3º de la Constitución. (adopción de medidas en favor de grupos marginados o débiles)*. Sobre esto debe decirse que la Constitución Nacional de 1991 y sus Leyes reglamentarias establecen el derecho de diferenciación positiva e importantes mecanismos para la protección y desarrollo de los derechos étnicos y culturales, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha retomado insistentemente para garantizar dichos derechos.

<sup>28</sup> Op. Cit., artículo 7º

naturales, los cuales, en virtud de la especial protección que les ha sido reconocida, podrían ser preservados a través de la consulta que debe llevar a cabo el Gobierno antes de proceder a su explotación.

A partir de lo anterior se puede notar que la figura jurídica de la consulta previa está íntimamente relacionada con los derechos más significativos de los pueblos indígenas, esto es, su identidad como una comunidad, su desarrollo integral, su educación y sus territorios. En esto quizá radica su importancia en la actualidad, es decir, que no sólo desarrolla el derecho a la autorregulación y autodeterminación, y garantiza en sí misma el derecho a la participación, sino que además es el medio de protección y defensa de otros derechos de los pueblos indígenas.

**2.2.3 Estudio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el día 16 de Diciembre de 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual entró en vigor en Marzo de 1976.

El aporte que se encuentra en este instrumento en relación con la consulta previa a los pueblos indígenas se concreta en la consagración de sus artículos 1º y 27. Así, el artículo 1º incluye el derecho de los pueblos a su autodeterminación en los siguientes términos: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen así mismo a su desarrollo económico, social y cultural.”*<sup>29</sup>

Tal como se ha manifestado anteriormente, una de las formas como se garantiza el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas es a través de su participación, lo cual se lleva a cabo por medio de la consulta previa, por tanto, si este mecanismo no es implementado en todos los casos exigidos por las normas y de tal forma que satisfaga realmente el objetivo que persigue, se vulnera también este pacto internacional.

Por su parte, el artículo 27 del Pacto que se estudia reconoce a las minorías étnicas el derecho a tener su propia vida cultural, a practicar y profesar su religión y a conservar y hacer uso de su propio idioma. Como se puede ver, el artículo no consagra literalmente el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, pese a ello, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado esta norma en el sentido de que la misma protege los derechos individuales y culturales de las minorías.

En relación con lo anterior, es decir, respecto a las observaciones que la mentada Comisión ha proyectado acerca del artículo 27 que se ha citado, es pertinente transcribir lo afirmado por Meghan Morris y otros autores en el texto relacionado con los estándares internacionales de la consulta previa a los pueblos indígenas, en cuyas páginas se puede leer:

“La observación también señala que los derechos culturales de estas minorías se relacionan íntimamente con sus recursos y territorios, puesto que “La cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso

---

<sup>29</sup> PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Artículo 1º



de los pueblos indígenas”, razón por la cual puede verse necesario adoptar “medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”. De esta manera, la Observación afirma que los derechos consagrados en el artículo 27 del PIDCP sí implican el derecho de los grupos indígenas a participar de las decisiones que los afecten.”<sup>30</sup>

En este sentido, lo cierto es que si se reconoce el derecho de los grupos indígenas a participar de las decisiones que les afecten, se acepta con ello que, tal como se ha venido afirmando, la consulta previa se entiende como un mecanismo para la protección de otros de sus derechos, incluidos los civiles y políticos, y que por tanto, ésta debe llevarse a cabo de conformidad con las exigencias legales nacionales e internacionales.

Es por esto que a lo largo del texto se ha sostenido como una posición personal, la doble condición de la consulta previa, pues si bien es cierto esta puede ser considerada como un derecho en sí mismo, tal como lo consagra el convenio 169 de la OIT, cada vez se hace más evidente su estrecha relación con la protección de derechos consagrados en otros instrumentos internacionales y nacionales.

**2.2.4. Estudio de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas.** El día 13 de Septiembre del año 2007 la Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas, en cuya elaboración se había empezado a trabajar aproximadamente desde 1983, esto es, hace más de dos décadas. En el año 2007, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda votaron en contra de esta declaración, y otros 14 países se abstuvieron de hacerlo, entre los cuales se encuentra Colombia como el único de América Latina que asumió tal posición.

Pese a la negativa y a la indiferencia asumida por algunos países en relación con esta declaración, la misma representa un gran avance en la materia, y específicamente, constituye un significativo logro de los pueblos indígenas empeñados en no aceptar por más tiempo las injusticias que a través de la historia se han cometido en su contra.

Ahora bien, sobre la Declaración de los Derechos de los pueblos indígenas debe aclararse que la misma no tiene un carácter vinculante -a diferencia de lo que si ocurre con los convenios de derechos humanos-, por lo cual no genera para los Estados la obligación de rendir informe sobre su cumplimiento, lo cual refrenda su característica de fuente blanda de derecho, tal como ya se advirtió. Sin embargo, no se puede desconocer que lo mismo ocurre con la Declaración de los Derechos Humanos, y pese a ello, jamás se podría negar la importancia que tiene su contenido en todos los tratados internacionales sobre el tema y en las normas internas de todos los países, de forma que, la naturaleza jurídica de la Declaración de los Derechos indígenas no es óbice para considerar que este instrumento sea un punto de referencia para la interpretación de sus derechos contenidos tanto en legislaciones nacionales como en normas de carácter internacional, y de aquí se deriva la importancia de su estudio.

---

<sup>30</sup> MORRIS, Meghan *et al.* La Consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Ediciones Uniandes. Bogotá, Colombia. 2009. Pág. 13

Este instrumento internacional reconoce la igualdad entre los pueblos indígenas y los demás pueblos, y al mismo tiempo, el derecho de los primeros a ser diferentes de los segundos, y respetados pese a la diferencia, porque ella contribuye a la diversidad y la riqueza de las civilizaciones y culturas, lo cual conforma patrimonio común de la humanidad.

Este instrumento parte de la necesidad de reconocer y promover los derechos de los pueblos indígenas derivados de sus estructuras políticas, económicas y sociales, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos, pues así podrán reforzar sus instituciones, tradiciones y promover su desarrollo.

Además, esta declaración acepta la trascendental importancia del derecho de todos los pueblos indígenas a la autodeterminación, pues a través de esta pueden estipular libremente su condición política y propender por su desarrollo económico, social y cultural, tal como ya se había aceptado en la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración del Programa de Acción de Viena.<sup>31</sup>

Así, la declaración a la que se ha aludido desarrolla derechos de carácter político, económico, social, civil y cultural, entre los que cabe destacar para el propósito de este trabajo los siguientes:

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se consagra en el artículo 3º, y comprende la posibilidad de determinar autónomamente su condición política y perseguir el desarrollo económico, social y cultural. No obstante, aun cuando la definición parece sencilla, esta disposición encierra un contenido verdaderamente complejo, pues no podría desconocerse que no existe verdadera autodeterminación donde no se garantiza la adecuada libertad, y al aludir a esta condición, no se pretende hacer referencia únicamente a la libertad física de cada persona que integre la comunidad indígena, sino a la verdadera libertad de elección, la que se caracteriza por la ausencia de presiones de cualquier tipo, tales como sociales, políticas o económicas, pues si éstas existen, las decisiones de las comunidades indígenas implicadas ya no tendrán como único punto de referencia su verdadero derecho a adoptar las determinaciones en los temas que les competen protegiendo su identidad y sus valores. Solo cuando dicha las determinaciones de estas comunidades se enmarquen en tal libertad podrá garantizarse de forma real su derecho a determinarse autónomamente, lo cual, a juicio personal, aun es una esperanza.

---

<sup>31</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales fue aprobado el 16 de Diciembre de 1996 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y reconoce en su artículo primero el derecho de los pueblos a la libre determinación, en virtud de lo cual pueden establecer autónomamente su condición política y proveer de la misma forma su desarrollo económico, social y cultural. Igual reconocimiento contiene el artículo primero del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya entrada en vigor data del 23 de Marzo de 1976. Por su parte, La Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, profirió en Junio 25 de 1993 la Declaración y Programa de Acción de Viena, en cuyo numeral 20 se reconoce la dignidad y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y por ello se compromete a garantizarles el bienestar económico, social y cultural; exige a los Estados el deber de garantizar la libre y total participación de estos pueblos en todos los aspectos de las sociedades y específicamente en los que les concierne, y así mismo, garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas.

En consonancia con lo antes mencionado, el artículo 4º dispone que en ejercicio de la libre autodeterminación, los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en los temas relacionados con sus asuntos internos y locales, así como el hacer uso de los medios necesarios para costear sus funciones autónomas. No obstante, y pese a esta valiosa consagración normativa, es bien sabido que, tal como se puede leer en la obra "La autonomía a debate": *"En América Latina por lo general, y a pesar de los desarrollos legales en el derecho internacional respecto a los derechos de los pueblos indígenas, establecer autonomías territoriales y regímenes autonómicos en beneficio de dichos pueblos sigue siendo concebido por las élites gobernantes como una amenaza a los principios de integridad territorial y soberanía estatal"*<sup>32</sup>.

Por su parte, el artículo 5º consagra el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus instituciones jurídicas, económicas, políticas, sociales y culturales, preservando su derecho a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Como se puede ver, esta declaración de los derechos indígenas incluye entre sus primeros artículos el derecho a la autodeterminación de los pueblos y a la participación en los asuntos de su interés, lo cual guarda estrecha relación con la participación a través del mecanismo de consulta previa y su libre determinación por medio de este procedimiento. Sin embargo, es innegable que además de la existencia de una consagración legal, los pueblos indígenas reclaman justificadamente la implementación de mecanismos que garanticen de manera efectiva el cumplimiento de tales derechos, esto por cuanto, desde el punto de vista jurídico, la existencia de una norma de derecho válida, no lleva consigo su eficacia, lo cual depende en todo los casos, de las acciones afirmativas asumidas por el Estado.

Como ya se dijo, esta autodeterminación que se reconoce en el instrumento analizado únicamente se puede concretar cuando existan verdaderos espacios de libertad para decidir y determinar los asuntos de las comunidades indígenas, y en esto también debe asumir responsabilidad el aparato estatal, a cuyo cargo está el deber de asegurar a sus integrantes la libertad y la paz, dentro de un orden marco jurídico democrático y participativo, para alcanzar un orden social, económico y político justo, tal como se anuncia desde el párrafo de la Constitución Nacional.

Por su parte, el artículo 8º de esta declaración exige a los Estados fijar mecanismos para prevenir todo acto que tenga por objeto la enajenación de las tierras de los pueblos indígenas, de sus territorios o de sus recursos, lo cual se constituye en una garantía relacionada directamente con el artículo 25, según el cual, los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y fortalecer su relación con las tierras, territorios, y en general, con los recursos naturales que tradicionalmente han poseído, ocupado y utilizado, e igualmente, tienen el derecho de poseer, utilizar y controlar dichas tierras y recursos adquiridos en razón de la propiedad tradicional, de ocupación o utilización, o de cualquier otra forma.

---

<sup>32</sup> Coordinado por Miguel González, Araceli Burguete Cal y Mayor y Pablo Ortiz-T. Quito : FLACSO, Sede Ecuador : Cooperación Técnica Alemana - GTZ : Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA : Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social - CIESAS : Universidad Intercultural de Chiapas - UNICH, 2010.

En el artículo 10º de la declaración se dispone el derecho de los pueblos a no ser desplazados de sus territorios por medio del uso de la fuerza, y se niega la procedencia de cualquier traslado sin el consentimiento previo, libre e informado, sin un acuerdo previo sobre la indemnización justa y equitativa, y siempre que sea posible, la opción de regreso. Esta disposición está imbricada con el procedimiento de la consulta previa, pues una de sus finalidades es precisamente la protección de los territorios indígenas, lo cual se garantizaría en mayor medida más allá de requerir su participación y se exigiera su consentimiento.

En virtud del numeral 2º del artículo 12 de la declaración, los Estados se obligan a reparar por medio de mecanismos eficaces, que pueden incluir la indemnización, y que hayan sido establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, la privación respecto de los bienes culturales, intelectuales y espirituales sin su consentimiento previo, libre e informado, o con desconocimiento de sus Leyes, tradiciones y costumbres.

Esta disposición es de una importancia fundamental porque parte de considerar que los pueblos indígenas deben aprobar las decisiones que les afecten, y además, obliga a los Estados a reparar los daños causados por no contar con dicha aprobación, lo cual es un mecanismo para obligar a los Gobiernos a respetar los artículos antes citados de la declaración, y a diseñar mecanismos idóneos para tal finalidad.

En el artículo 18 de la declaración de los derechos indígenas se encuentra específicamente la consagración del derecho a la participación en la adopción de decisiones que afecten sus derechos, la cual se lleva a cabo por medio de los representantes elegidos por ellos y de conformidad con sus procedimientos, así como a mantener y desarrollar instituciones propias para la adopción de decisiones.

Por medio del artículo 19 se impone a los Estados la obligación de realizar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas por medio de sus instituciones representativas antes de la adopción y aplicación de decisiones legislativas o administrativas que los afecten, lo cual se hará para contar con su consentimiento previo, libre e informado.

En relación con el derecho de los pueblos indígenas a determinar las prioridades y estrategias para el desarrollo o utilización de sus territorios, el numeral 2º del artículo 32 dispone que los Estados consultarán y cooperarán de buena fe con estos pueblos por conducto de sus propias instituciones representativas para obtener su consentimiento previo, libre e informado antes de aprobar proyectos que afecten a sus tierras y otros recursos, especialmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de los recursos minerales, hídricos o de otro tipo. El numeral 3º de este artículo impone a los gobiernos el deber de fijar mecanismos eficaces de reparación justa y equitativa por estas actividades, y adoptar medidas para mitigar las consecuencias nocivas de tipo ambiental, económico, cultural, social o espiritual.

El artículo 41 del instrumento analizado, consagra la participación de los pueblos indígenas en términos generales, esto es, en relación con los asuntos que les conciernen, y además exige a los organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y organizaciones intergubernamentales, su contribución para la realización de las disposiciones de la declaración de los derechos de los pueblos indígenas.

Como se puede notar, no son pocas las oportunidades en que la declaración de los derechos de los pueblos indígenas establece la necesidad de llevar a cabo consultas previas, en el entendido de que se trata de un mecanismo a través del cual se les garantiza la protección de otros de sus derechos reconocidos a nivel nacional e internacional. Es así como la consulta es necesaria en materia de educación, protección a la infancia indígena, eliminación de la discriminación, adopción de decisiones administrativas y legislativas, uso de sus territorios para actividades militares, aprobación de proyectos que afecten sus tierras u otros recursos, y el derecho de relación y cooperación con otros pueblos indígenas aún fuera de las fronteras nacionales.

### **2.2.5 Principales Observaciones Realizadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – CEACR.**

En el año de 1926 se estableció la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones con el propósito de que asuma la evaluación de los informes que cada Estado presente acerca del cumplimiento de los convenios auspiciados por la Organización Internacional del Trabajo. Las observaciones realizadas por esta comisión no son vinculantes, pero sirven como parámetro de referencia para conocer cual es el grado de cumplimiento por parte de cada Estado de las obligaciones que imponen dichos convenios.

En materia de consulta previa esta comisión ha evaluado el cumplimiento del convenio 169 de la OIT respecto de diferentes situaciones, tales como el otorgamiento de licencias ambientales, la propiedad y los proyectos de prospección y explotación de recursos naturales, adopción de legislación sobre propiedad de la tierra, traslado de las comunidades, adopción y formulación de medidas legislativas y administrativas, lo cual comprende también los planes de desarrollo.

En cuanto al caso colombiano, y a manera de ejemplo, se señala que las más recientes recomendaciones de esta Comisión se han formulado respecto a los habitantes de las zonas humanitarias y zonas de biodiversidad de las comunidades afrodescendientes del Jiguamiandó y Curvaradó; el pueblo Embera Katio del resguardo de Chidima- Tolo ubicado al norte del Chocó; la situación del pueblo Embera del Resguardo de Urabá Jiguamiandó, sin descartar otras importantes observaciones frente a la situación de las comunidades étnicas en Colombia.

Para esclarecer y ejemplificar la naturaleza de las recomendaciones, es pertinente citar la realizada por esta Comisión al Estado colombiano, con ocasión de la situación de los habitantes de zonas humanitarias del bajo Atrato e indígenas del Alto Guayabal, Chidima – Tolo, por causa de la ejecución del proyecto Mandé Norte<sup>33</sup>, en la cual se manifestó:

“En este sentido la Comisión insta al gobierno colombiano a suspender las actividades relacionadas con la implementación del proyecto Mandé Norte hasta que no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados

---

<sup>33</sup> Este puede definirse como un megaproyecto iniciado en el año 2008 que se dirige a la explotación de cobre, platino, uranio, molibdeno, tierras raras, para lo cual, la compañía minera MURIEL MINIG COMPANY tiene 11 permisos del gobierno nacional para llevar a cabo las actividades necesarias de exploración y explotación mineral en todo un anillo geográfico comprendido por los territorios de los municipios de Vigía del Fuerte, Urrao, Frontino, Mutatá, Dabeiba, Murindó, Carmen del Darién, entre otros.

a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio; "adoptar todas las medidas necesarias para poner fin al clima de intimidación, (...) y efectuar estudios, con la participación de los pueblos afectados, a fin de evaluar la incidencia del proyecto referido, de conformidad con los artículos 7, párrafo 3, y 15, párrafo 2, del Convenio, teniendo en cuenta la obligación de proteger la integridad social, cultural y económica de estos pueblos de acuerdo con el espíritu del Convenio".<sup>34</sup>

Como se puede notar, a través de esta observación la CEACR requiere al Gobierno colombiano en aras de asegurar la participación de los pueblos a través de la consulta previa, y para ello insta a la suspensión temporal de las actividades relacionadas con el proyecto Mandé Norte, y exige que se tomen las medidas tendientes a acabar con la violación de los derechos de los pueblos indígenas, y preservar su integridad social, cultural y económica.

Obviamente resulta de gran importancia para los pueblos indígenas la función desarrollada por la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, pues su participación se constituye en un mecanismo externo de control que coadyuva al cumplimiento del convenio 169 de la OIT.

### **2.2.6 Recomendaciones Formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

Como consecuencia de la ratificación de la Carta de Organización de Estados Americanos, todos los países del continente han aceptado la posibilidad de que la comisión Interamericana de Derechos Humanos pueda conocer de las violaciones de derechos humanos que surjan en sus jurisdicciones y emitir recomendaciones en caso de encontrar que dichas violaciones han ocurrido y que el Estado es responsable. Así mismo, y a raíz de la ratificación del Convenio 169 OIT y la reciente declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, los países están llamados a incluir en su derecho interno las obligaciones derivadas de la inclusión de estas disposiciones a su regulación nacional.

Se hace referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por cuanto es abundante la jurisprudencia de esta corporación relacionada con los derechos indígenas y tribales, en relación con su territorio y la posibilidad de extracción y explotación de recursos naturales por parte de los Estados. Especialmente es de destacar que con ella se han fijado reglas que corresponden a la finalidad de la consulta previa que regula el Convenio 169 de la OIT y que deberían plasmarse en el derecho interno de los países en los que habitan los pueblos indígenas.

La Corte Interamericana ha establecido un claro marco jurídico para resolver los conflictos que surgen entre los Estados y las comunidades indígenas o tribales debido a las concesiones otorgadas por los gobiernos para la extracción y explotación de los recursos naturales y el desarrollo de los territorios indígenas. En primer lugar, la Corte ha establecido que el derecho a la propiedad, protegido por el artículo 21 de la Convención Americana, abarca tanto el derecho a la propiedad privada de los particulares como el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas o tribales. Segundo, el Tribunal ha establecido que los pueblos indígenas que viven en tierras ancestrales de

<sup>34</sup> Disponible en: <http://justiciaypazcolombia.com/OIT-se-pronuncia-sobre-situacion>

acuerdo con sus tradiciones tienen el derecho a obtener el título sobre esas tierras y que los Estados tienen la obligación de legalizar la relación de los pueblos indígenas con sus tierras para proteger su derecho a la propiedad. Tercero, la Corte ha creado un marco jurídico para analizar en qué medida y extensión los recursos naturales que se encuentran en tierras de propiedad comunal pueden ser usados y disfrutados por los grupos indígenas y tribales, así como bajo qué circunstancias el Estado puede restringir este derecho.

Finalmente, al desarrollar el deber del Estado de consultar con los pueblos indígenas en materias que afecten sus derechos e intereses consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Corte articuló una serie de protecciones que los Estados deben observar al restringir los derechos de los pueblos indígenas y tribales a usar y gozar su propiedad.<sup>35</sup>

El reconocimiento del derecho al territorio a los pueblos indígenas, debe llevar aparejada la garantía de poder hacerlo efectivo, pues sólo esto posibilita su supervivencia. La consulta previa, tal como es concebida por el Derecho Internacional, resulta ser uno de estos mecanismos garantistas. En este punto, acertadamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como los de *Yakye Axa Vs. Paraguay* y *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, ha manifestado que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto la de sus integrantes, depende del acceso y al uso de los recursos naturales de su territorio “Que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí”<sup>36</sup>

No significa lo anterior que el derecho de los pueblos indígenas a su territorio constituya un derecho de carácter absoluto, pues es posible limitarlo siempre que las restricciones obedezcan a intereses de la sociedad, lo cual requiere, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que:

- a) hayan sido previamente establecidas por Ley.
- b) sean necesarias.
- c) sean proporcionales.
- d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática<sup>37</sup>.

En caso de que la restricción afecte el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad comunitaria de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, la Corte exige un elemento adicional: e) la restricción no puede “implicar una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”<sup>38</sup>

Adicionalmente, la Corte Interamericana ha sido enfática en afirmar que tratándose de un plan de desarrollo que tenga la potencialidad de afectar las tierras indígenas y sus recursos naturales, los Estados no pueden seguir adelante sin obtener el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad indígena o tribal implicada.

---

<sup>35</sup> Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia noviembre 28 de 2007. Serie C No. 172.

<sup>36</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párrs. 124 y 137 y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamax, párrs. 118 y 121.

<sup>37</sup> *Ibid.* párrafo 127.

<sup>38</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párrs. 144-145 y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamax,, párr. 137.

Estos, además de todos los lineamientos ofrecidos por el convenio 169 OIT y que ya se tuvo oportunidad de esbozar, se constituyen en los parámetros que deben seguirse al momento de implementar los mecanismos y procedimientos que efectivicen la consulta previa como derecho de los pueblos indígenas.

## **2.3 El bloque de constitucionalidad en Colombia y la consulta previa a los pueblos indígenas.**

En renglones anteriores se enunciaron algunas de las fuentes internacionales en las que se consagra el mecanismo de la consulta previa para asegurar la autodeterminación de los pueblos indígenas. Nótese que algunas de dichas fuentes son convenios internacionales (fuentes duras de derecho<sup>39</sup>), y otras no constituyen un cuerpo normativo en sí mismo y no son estrictamente vinculantes por esa misma razón (fuentes blandas de derecho<sup>40</sup>), sino que son declaraciones sin fuerza de Ley, o recomendaciones y observaciones formuladas por los organismos competentes, que no tienen carácter obligatorio para los Estados, pero que vale la pena tener en cuenta porque dan razón de las falencias de los gobiernos en materia de participación indígena y podrían ser una herramienta útil para avanzar en la adopción de medidas jurídicas idóneas para que los convenios en mención sean realmente aplicados y, además, porque en ocasiones pueden configurar verdaderos parámetros de constitucionalidad y su desconocimiento podría llegar a generar incluso la inconstitucionalidad de una determinada Ley.

Ahora bien, para desarrollar esta parte de la investigación es necesario partir de la comprensión de la figura del bloque de constitucionalidad, sin pretender desconocer con ello que no se trata de un trabajo fácil porque no existe un criterio unificado alrededor del tema ni desde la jurisprudencia ni desde la doctrina. La propia Corte Constitucional Colombiana no ha sistematizado sus conceptos, y por el contrario, se observa que en diferentes periodos de tiempo asume posiciones variables.

Pese a lo anterior, es posible ofrecer un criterio genérico de lo que se entiende por bloque de constitucionalidad, pretendiendo abarcar los diversos elementos que ha ofrecido la jurisprudencia. En este sentido, vale decir que el bloque de constitucionalidad alude al reconocimiento de normas que sin estar expresamente consagradas en la Constitución, hacen parte del ordenamiento jurídico y sus consecuencias son las mismas que se pueden predicar respecto de las normas constitucionales. Así, en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad la Carta Política pareciera tener más disposiciones

---

<sup>39</sup> Se utiliza este término en el sentido en que se conoce la “Ley dura”, es decir, como Ley vinculante, la misma que en el Derecho internacional comprende los tratados y acuerdos, y en ocasiones hasta algunas Leyes consuetudinarias (aún se presenta discusión conceptual acerca de la fuerza vinculante de la costumbre internacional, pero ha sido mayoritariamente aceptada como fuente formal del derecho) y son el resultado de compromisos jurídicamente obligatorios para los países firmantes. Con este término se hace referencia a las normas “indiscutibles” del derecho internacional

<sup>40</sup> Las fuentes blandas del derecho están representadas por los compromisos no vinculantes entre Estados, que se negocian de buena fe y se cumplen tanto como sea razonablemente posible. Generalmente están en forma de declaraciones o manifiestos, y pueden incluirse en este grupo las recomendaciones u observaciones no vinculantes de algunos organismos internacionales, y su papel más significativo es influir en el desarrollo de los futuros compromisos de cada Estado, por ello reciben también el nombre de “derecho indicativo”.



normativas de las que se encuentran en su texto, y como consecuencia de ello, existen también más parámetros de constitucionalidad frente a las normas jerárquicamente inferiores.

El abierto reconocimiento de esta posibilidad ha tenido lugar a partir de la expedición de la Constitución de 1991, pues antes de su promulgación se había aceptado en mínima medida que existan reglas con la fuerza de una norma constitucional sin que hayan sido consagradas de tal manera. Con la Carta Política de 1991 se presentó un cambio radical en este punto, y se empieza a concederle fuerza jurídica interna a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los artículos 53, 93, 94, y 214 constituyen las disposiciones superiores en las que la Corte Constitucional ha apoyado sus decisiones al respecto, las mismas en las que se ha admitido que los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos están llamados a prevalecer en el orden interno. De esta forma, se llega a la conclusión de que tanto las normas formalmente constitucionales como las normas materialmente constitucionales tienen la connotación de normas superiores y por tanto, de referentes de constitucionalidad.

Este reconocimiento es posible en los sistemas jurídicos como el colombiano por cuanto a diferencia de los códigos normativos, las Constituciones no tienen un carácter cerrado, y sus textos permiten hacer remisiones a reglas y principios no consagrados en ellas, pero que tienen valor constitucional por su relevancia práctica en el contexto histórico y social. Dicho de otra manera, el bloque de constitucionalidad permite la adecuación del texto superior a las cambiantes realidades de la sociedad, sin que para ello se acuda directamente a los mecanismos establecidos para introducirle modificaciones sustanciales.

Sobre este tema en sentencia C- 225 de 1995 la Corte Constitucional manifestó:

“Como vemos, el 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 de constitucionalidad de las Leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues 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”.<sup>41</sup>

En cuanto a las normas “extra-constitucionales” que conforman el bloque de constitucionalidad, la misma Corte ha señalado:

“Resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). (...) Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato

---

<sup>41</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero

sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las Leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las Leyes estatutarias”<sup>42</sup>.

Aunado a lo anterior, es obligatorio reseñar el criterio de la Corte en relación con la pertenencia de las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT al bloque de constitucionalidad, pues como se anotó en el anterior acápite, en materia de consulta previa no sólo debe citarse el convenio 169 de la OIT sino también las recomendaciones y observaciones realizadas por los organismos internacionales competentes. Sobre este punto, en palabras de la Corte se puede leer:

“Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados y los casos que sean similares.”<sup>43</sup>

Finalmente, y para dar aplicación a los anteriores conceptos sobre el tema de la consulta previa de los pueblos indígenas, debe anotarse que por medio de la sentencia T- 955 de 2003, la Corte Constitucional incluyó a la luz del convenio 169 de la OIT, en el bloque de constitucionalidad, el carácter obligatorio de la consulta previa en los procesos de toma de decisiones sobre los asuntos que puedan afectar a los pueblos indígenas y tribales, lo cual ya había sido aceptado anteriormente en la sentencia de unificación SU-083 del mismo año.

De esta manera, el convenio 169 de la OIT, adoptado en la legislación colombiana mediante la Ley 21 de 1991, es Ley de la república sometida a la jurisdicción constitucional, en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, por lo tanto es una norma que disfruta de doble connotación, ser legal y constitucional. A este respecto vale transcribir las palabras de la Corte, la cual señaló:

“Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos –art. 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en territorios,

---

<sup>42</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>43</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 568 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que surgen los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas del racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales- Declaración y Programas de Acción de Duban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad.

... Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como un Estado Social de Derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana –artículos 1º y 7º C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.”<sup>44</sup>

Por las razones antes expuestas resulta imperioso que el análisis del marco legal y constitucional de la consulta previa en Colombia, tenga como referente obligatorio al convenio 169 de la OIT, en el entendido que el mismo es un parámetro de constitucionalidad y una norma prevalente en el ordenamiento jurídico.

## **2.4 Marco constitucional de la consulta previa a los pueblos indígenas en Colombia**

Realizadas las anteriores precisiones acerca de las fuentes internacionales del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, y de la pertenencia del Convenio 169 al bloque de constitucionalidad colombiano, es posible pasar al análisis de las normas expresamente consagradas en la Constitución y que sirven de sustento a la consulta previa, teniendo en cuenta que las mismas delimitan el desarrollo legislativo sobre la materia, por lo cual revisten mayúscula importancia.

Para tal propósito, se debe recordar que en Marzo de 1991, en medio del proyecto reformista de la Asamblea Nacional Constituyente, se llevaron a cabo las elecciones de los delegados de los partidos políticos y de los sectores independientes que participarían en ella, y se logró con ello contar con una gran diversidad de constituyentes, entre los cuales se encontraban también representantes de los pueblos indígenas, en busca de poder estructurar jurídica y políticamente instituciones y normas efectivas y que generaran mayor credibilidad.

---

<sup>44</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU- 083 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño

Sin lugar a dudas, este es un aspecto que vale la pena destacar en el presente trabajo, pues pone de relieve el espíritu participativo de la Constitución de 1991, y la importancia que la misma le da a los sectores minoritarios, específicamente, a los pueblos indígenas colombianos, reconociendo con ello su derecho a decidir acerca de los asuntos que les incumben y a que tales decisiones se hagan a través de mecanismos realmente participativos.

Para los pueblos indígenas este proceso político representó la posibilidad de que sus derechos quedaran consignados en la nueva Carta Constitucional y estuvieran revestidos de la naturaleza de norma superior. Era la primera vez que las organizaciones indígenas adoptaban una posición participativa dejando atrás el abstencionismo político que las había caracterizado. En esta ocasión, los delegados para cumplir el propósito señalado fueron Francisco Rojas Birry –en nombre de la Organización Nacional Indígena ONIC-, Lorenzo Muelas Hurtado en representación del movimiento de autoridades indígenas de Colombia (AICO), Y Floro Tunubalá, quien había sido el primer gobernador indígena en el Cauca, y posteriormente, participó en la Asamblea Constituyente un representante de este sector con voz pero sin voto, Alonso Peña, quien fue representante designado del desmovilizado grupo de autodefensas indígenas Quintín Lame. Estos delegados asumieron una gran labor: cambiar el panorama de la Constitución anterior, que los había considerado como menores de edad y sin el derecho de gobernarse a sí mismos, y además, lograr el reconocimiento de la sociedad colombiana como pluriétnica y multicultural, y luchar por su autonomía territorial.

Por tanto, para el propósito de analizar el marco constitucional de los derechos indígenas será indispensable comenzar por la disposición contenida en el artículo 1º de la Carta Política, según el cual Colombia es un Estado social de derecho, organizado como una república democrática, participativa y pluralista. En virtud de esto, se reconoce las diferencias étnicas y raciales en el territorio colombiano, y se concede la posibilidad de participar a quienes lo habitan. Con ello se asegura que cada persona pueda ser escuchada en defensa de sus derechos e intereses, lo cual se hace extensivo a las minorías étnicas y específicamente a los pueblos indígenas, frente a quienes adquiere mayor relevancia esta definición por sus condiciones naturales.

En armonía con el artículo 1º constitucional, el artículo 7º dispone que *“el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”*<sup>45</sup>. Esta norma se erige como el pilar de diversas obligaciones positivas y negativas a cargo del Estado, encaminadas a garantizar y preservar la diversidad étnica, entendiendo que la misma hace parte del patrimonio cultural de la nación, y que debe contar con especiales sistemas de protección. En consonancia con esta exigencia constitucional, el artículo 8º superior reza que, es deber tanto del Estado como de los particulares, proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, entre las cuales, como ya se anotó, se incluyen las culturas de los pueblos indígenas colombianos, con la especial connotación que les ha sido reconocida como patrimonio cultural.

No obstante, la norma que se analiza no ha dejado de presentar diversas dificultades en su aplicación, y específicamente cuando ha tenido que ponderarse frente a otros derechos y principios constitucionales, por ello es importante citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, organismo que en sentencia de tutela 1127 de 2001 manifestó:

---

<sup>45</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 7º

(...) el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la **maximización de la autonomía de las comunidades indígenas**, y por lo tanto la de la **minimización de las restricciones** a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.

Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.gr., la seguridad interna),y
- b) Que se trate de una medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada una sus asuntos.”<sup>46</sup>

Por su parte, el artículo 10º constitucional señala que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios, sin perjuicio de que el castellano se reconoce como el idioma oficial del país. Esta disposición constituye la aceptación de la identidad de las minorías étnicas como pueblos, y así mismo, como sujetos de derechos especiales, individuales y colectivos, lo cual se complementa además con el derecho específico de los integrantes de los grupos étnicos a recibir una formación que respete y desarrolle su identidad cultural, tal como se consagra en el artículo 61 Superior.

Finalmente, y como una de las normas más importantes en relación con la participación y la consulta previa, ha de mencionarse el parágrafo del artículo 330 de la Constitución, el cual exige que la explotación de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas se lleve a cabo sin perjudicar la identidad cultural, social y económica de estos pueblos. Igualmente, impone al Gobierno el deber de propiciar la participación de las respectivas comunidades cuando se pretenda llevar a cabo dichas explotaciones. En relación con esta norma constitucional, la cual guarda estrechísima relación con el convenio 169 de la OIT, la Corte ha afirmado:

“En el plano del derecho internacional, el convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por nuestro país mediante la Ley 21 de 1991, se refiere a la autonomía de las comunidades indígenas y al reconocimiento de los derechos fundamentales constitucionales en sus territorios, como límite al principio de la diversidad étnica, al reconocer la aspiración de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones.”<sup>47</sup>

<sup>46</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1127 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería

<sup>47</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-379 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Por supuesto, existen otros artículos constitucionales que contienen un trato especial en relación con los pueblos indígenas colombianos, sin embargo, no han sido específicamente mencionados en razón a que los mismos no guardan relación estrecha con su derecho a la autodeterminación, a la participación, ni con el mecanismo de la consulta previa.

## **2.5 Marco legal de la consulta previa a los pueblos indígenas en Colombia**

A lo largo del presente trabajo se han presentado los parámetros internacionales y las normas constitucionales relacionadas con el mecanismo de la consulta previa a los pueblos indígenas. Ahora es necesario dar paso al análisis de las normas legales sobre la materia, en aras de verificar si las mismas se adecuan a los lineamientos superiores, por cuanto se trata de normas de inferior jerarquía que deben corresponder siempre a los postulados prevalentes.

En esta parte de la investigación se hará una presentación cronológica del régimen legal y se aportarán algunos criterios individuales en relación con el tema, teniendo en cuenta lo antes estudiado. De esta forma, las normas relacionadas con la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano son las que se presentan a continuación:

**2.5.1 Estudio de la Ley 21 de 1991:** Esta es quizás la norma más importante en materia de consulta previa y protección de los derechos de los pueblos indígenas, pues por medio de ella, el 04 de Marzo de 1991, Colombia aprobó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989, el cual, de conformidad al artículo 2º de la Ley, obliga al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional.

Ahora bien, sobre las exigencias que este instrumento internacional impone en relación con el mecanismo de consulta previa a los pueblos indígenas ya se realizó un recuento en renglones anteriores, y a manera de colofón habrá que decirse que son los artículo 6 y 7 del convenio los que imponen la obligación al Estado de garantizar la participación de los pueblos indígenas cuando quiera que se vayan a adoptar decisiones administrativas o legislativas que les afecten, y la posibilidad de participar para decidir sobre su desarrollo económico, social y cultural, en el marco del derecho a la autodeterminación.

Sobre esta Ley no se ahondará porque los apartes importantes del convenio fueron analizados anteriormente, no obstante, debe decirse que la misma es proferida en el contexto de la expedición de la Constitución de 1991, momento político en el cual se iniciaba un proceso democrático de reconocimiento por las diferencias, por la diversidad cultural y por dignidad de las etnias raciales. Así, la aprobación del convenio 169 de la OIT en el año de 1991 correspondió al nuevo movimiento y de cierta manera, algunos de sus fundamentos jurídicos y sociológicos fueron adoptados por la Asamblea Constituyente, gracias a la participación que en la misma tuvieron los pueblos indígenas a través de sus representantes.

**2.5.2 Estudio de Ley 99 de 1993.** El 22 de Diciembre de 1993 el Congreso de la República de Colombia profirió la Ley 99 de 1993, por la cual creó el Ministerio del Medio Ambiente, reordenó el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, organizó el sistema nacional ambiental -SINA- y dictó otras disposiciones.

La Ley en comento contiene diversos artículos en los que tiene en cuenta a las comunidades indígenas y negras, por ejemplo, el artículo 13 dispone que en el Consejo Nacional Ambiental tendrá participación un representante de los pueblos indígenas, para asegurar la coordinación intersectorial de las políticas, planes y programas en materia ambiental y recursos naturales renovables; por su parte, el artículo 26 establece que en el Consejo Directivo de las Corporaciones regionales autónomas tendrá participación también un representante de las comunidades indígenas o etnias.

El artículo 63 de la Ley contiene los principios normativos de la misma, e incluye específicamente el principio de la armonía regional según el cual las funciones constitucionales y legales relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables deben desarrollarse de manera coordinada y armónica y con sujeción a las normas superiores para asegurar un manejo adecuado de los recursos naturales que hacen parte del medio ambiente físico y biótico del patrimonio cultural de la nación.

Finalmente, la Ley 99 de 1993, en avenencia con lo señalado en el párrafo del artículo 330 de la Constitución Nacional, exige el cumplimiento de la consulta previa para llevar a cabo la explotación de recursos naturales, lo cual además, guarda estrecha relación con el principio de armonía regional pues propende por la armonía en el manejo de los recursos naturales. El tenor literal del artículo en comento dispone:

**Artículo 76º.**-“De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá 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”.<sup>48</sup>

Además, esta disposición está estrechamente ligada con el derecho de los pueblos indígenas a determinarse libremente y decidir sobre los asuntos que les afecten, pues somete la adopción de cualquier decisión que se adopte en materia de explotación de recursos naturales, a la consulta previa. Sin embargo, debe hacerse un llamado de atención sobre la necesidad de exigir el consentimiento de estas comunidades, además de su participación, pues a través de la manifestación de su aprobación o desaprobación sobre aspectos determinados es como se respeta su derecho a la autodeterminación.

**2.5.3 Estudio del Decreto 1397 de 1996.** Por medio de este decreto el Presidente de la República creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas. Dicha

---

<sup>48</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 99 DE 1993, Artículo 69

comisión está adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural, y en su conformación se incluye, entre otros, al presidente de la organización nacional indígena de Colombia –ONIC-, el presidente de la organización de pueblos indígenas de la Amazonía Colombiana –OPIAC-, y un delegado por cada macroregión Corpes o las regiones administrativas de planeación que se conformen según lo dispuesto en el artículo 306 de la Constitución Nacional, seleccionado por las organizaciones indígenas de la respectiva región. Además, serán invitados permanentes de esta comisión los senadores y los exconstituyentes indígenas.

La Mesa Permanente de Concertación que se crea a través de esta norma está llamada a cumplir el objetivo específico de concertar entre el Estado y las organizaciones indígenas todas las decisiones administrativas y legislativas que puedan afectarlos, así como evaluar el cumplimiento de la política indígena estatal, tal como se puede leer en su artículo 11.

De conformidad con el artículo 12 del Decreto en comento se establece entre las funciones de la Mesa Permanente, la de *“concertar el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario. La concertación se hará respetando los usos y costumbres de cada pueblo.”*

De forma complementaria a las dos disposiciones citadas, el artículo 16 aborda de forma específica el tema de la consulta y la concertación en los siguientes términos:

“Artículo 16. CONSULTA Y CONCERTACIÓN. En los procesos de consulta y concertación de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a las comunidades o pueblos indígenas determinados, podrán participar los indígenas integrantes de la Mesa Permanente de Concertación o sus delegados. Los procedimientos que se prevean realizar les serán informados con la suficiente antelación.”<sup>49</sup>

Como se puede notar, la norma en cuestión busca adaptarse a las exigencias del convenio 169 OIT, según el cual la consulta previa a los pueblos indígenas es obligatoria en todos los casos en que se vayan a adoptar medidas administrativas o legislativas que pueda afectarles. Sin embargo, la norma antes transcrita no exige que dicho mecanismo sea utilizado en todos los eventos en que se puedan afectar los derechos de las comunidades indígenas, sino que, cuando se lleven a cabo los procesos de consulta podrán participar los indígenas de la mesa permanente de concertación o sus delegados.

En este sentido, puede concluirse que en referencia con las ocasiones en que debe realizarse la consulta previa, es menester valerse del tenor literal del convenio 169 mentado, ampliando con ello el campo de aplicación de este mecanismo, y en cuanto a la participación de los grupos indígenas en dicho trámite, se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 1397 de 1996, esto es, se dará lugar a los integrantes de la mesa permanente que crea esta misma norma.

Igualmente, el numeral 8 del artículo 12 del Decreto que se comenta, impone a la Mesa Permanente de Concertación la obligación de preparar los procedimientos a utilizar para

---

<sup>49</sup> DECRETO 1397 DE 1996, Artículos 16.



llegar a los acuerdos entre los pueblos y las organizaciones indígenas, es decir, la propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones que puedan afectarles, hasta llegar a la expedición del decreto respectivo.

**2.5.4 Estudio del Decreto 1320 de 1998:** Este Decreto fue proferido el 13 de Julio del año 1998, es decir, dos años después de la creación de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de concertación. Esta norma es de gran importancia en el ordenamiento jurídico porque a partir de las exigencias de la Constitución Política, del Convenio 169 OIT, de la Leyes 70 y 99 de 1993, y del Decreto 1745 de 1995, desarrolla la figura de la consulta previa, como mecanismo que tiene por objeto *“Analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio,..., y las medidas propuestas para proteger su identidad.”*<sup>50</sup>

Como se observa, este decreto ofrece un enfoque diferente sobre el concepto de la consulta previa, pues la define como un mecanismo que permite conocer los impactos que pueden sufrir las comunidades indígenas o negras con ocasión de la explotación de los recursos naturales que se encuentran en su territorio, y generar propuestas de acciones encaminadas a proteger la identidad de estas comunidades.

Lo anterior significa que al tenor del artículo 1º del Decreto 1320 de 1998, la consulta previa ya no solo es un mecanismo para garantizar la participación de la comunidad indígena, sino para permitirle al propio Estado y a los interesados, conocer ampliamente las consecuencias de las decisiones en las que estén involucrados intereses de éstas comunidades. Así, podría concluirse que se trata de un mecanismo con una utilidad en doble vía: para la comunidad indígena porque le permite participar ampliamente, y para el Estado porque le da las herramientas que le facilita tomar decisiones respetuosas de los derechos de éstas comunidades, y por tanto, ajustadas a su deber de protector que se desprende del preámbulo de la Constitución Nacional, como se advirtió anteriormente.

No obstante, debe advertirse que se trata de una norma que carece de legalidad, pues su expedición se hizo sin haber consultado previamente a las comunidades indígenas, y sin atenderse las disposiciones del Decreto 1397 de 1996, pues tampoco fue concertado con la Comisión Nacional y la Mesa Permanente antes mentadas. Sin embargo, por ser la norma vigente sobre el tema, es necesario pasar a su análisis.

Este decreto establece la obligatoriedad de realizar la consulta previa en tres eventos. El primero de ellos es en materia de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, caso en el cual el responsable del proyecto debe realizar la consulta previa con la participación de los representantes legales de la comunidad indígena involucrada con el mismo, para lo cual deberá enviarles citación escrita, con el fin de proceder a la elaboración del estudio ambiental del proyecto. De verificarse la falta de interés de la comunidad para participar en la consulta previa – según lo establecido por la norma-, el responsable del proyecto procederá a hacer los estudios ambientales sin su participación, tal como lo dispone el artículo 5º del Decreto que se comenta.

---

<sup>50</sup> DECRETO 1320 de 1998, Artículo 1º

El segundo evento en que se exige la consulta previa a los pueblos indígenas es frente al documento de evaluación y manejo ambiental, de conformidad con el artículo 14 del Decreto 1320 de 1998. Así, será necesaria la consulta previa cuando existan proyectos, obras o actividades a desarrollar, y que se rijan por lo contenido en el Decreto 883 de 1997<sup>51</sup>.

El tercer caso en el que el Decreto 1320 de 1998 exige que se lleve a cabo el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas es en materia de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables, lo cual atiende a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Nacional. Así, en el artículo 15 del Decreto que se estudia, se establece tal exigencia cuando el proyecto, obra o actividad a desarrollarse para el uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales no esté implícito en una licencia ambiental.

Además de lo anterior, el Decreto 1320 de 1998 establece los términos y el procedimiento a seguir para el desarrollo de la reunión de consulta previa, al igual que la comunicación de la decisión a las comunidades indígenas, y el seguimiento a su ejecución.

Como se puede notar, el Decreto 1320 que se analiza regula el mecanismo de la consulta previa en relación específica con el derecho al territorio de los pueblos indígenas y al uso y aprovechamiento de los recursos naturales que hagan parte de él. En este sentido, podría afirmarse que les permite a las comunidades involucradas participar en un tema restringido, y dando cumplimiento con ello a lo ordenado por el Constituyente en el parágrafo del Artículo 330 de la Carta Política.

Sin embargo, es necesario realizar una crítica a la norma que se comenta, pues de su lectura se desprende que si bien la misma pretende garantizar el derecho a la participación, no ocurre lo propio con el derecho a la libre determinación, ya que se exige la participación de los pueblos indígenas, pero no es obligatorio contar con su aprobación o consentimiento y, en caso de desacuerdo, será la autoridad ambiental competente la que resuelva de fondo el asunto en el acto administrativo que debe expedirse negando o autorizando el proyecto, obra o actividad que se pretende desarrollar. En palabras de la Dra. Gloria Amparo Bustos se puede leer: *“No obstante el valor que tiene para las comunidades la consulta previa, lo que en ella se decida no obliga a la autoridad ambiental en la decisión final, lo cual resta fuerza e importancia a este mecanismo de protección de la identidad étnica y cultural de la nación colombiana.”*<sup>52</sup>

Sobre esto puede decirse que lo anterior se opone abiertamente al criterio sentado por el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático de la OIT, según el cual sólo puede considerarse consulta previa a aquel procedimiento que permita a los consultados manifestar sus puntos de vista e influir en la toma de decisiones porque de esta forma se les permite realmente decidir acerca de los asuntos que incidan en su desarrollo.

---

<sup>51</sup> Por medio de este decreto se regularon de manera general algunas actividades y se definió un instrumento administrativo para la prevención o el control de los factores de deterioro ambiental, sin embargo, el mismo fue declarado nulo mediante sentencia del 26 de febrero de 1998 proferida por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado.

<sup>52</sup> RODRIGUEZ, Gloria Amparo. Artículo *“La consulta previa a pueblos indígenas”*. EN: Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia. Universidad del Rosario. Bogotá. 2005.

Por tanto, a juicio personal, es forzoso concluir que en esto también erró el legislador del Decreto 1320 de 1998, pues dejó de lado esa doble naturaleza de la consulta previa como mecanismo, por cuanto la participación de las comunidades indígenas no garantiza decisiones que les sean favorables, y además, no vincula al Estado a resolver cada asunto según las obligaciones que le son inherentes y los postulados del Estado Social de Derecho, el cual se distingue por su carácter participativo y pluralista.

Por otra parte, entre las críticas formuladas al Decreto 1320 de 1998, también reviste vital importancia la relacionada con el ámbito de aplicación de la norma, tema sobre el cual es pertinente transcribir las palabras de la Dra. Ana Cecilia Betancur, quien al referirse al respecto manifestó:

“Está claro por la sola lectura que este Decreto es contrario a las disposiciones constitucionales y del Convenio 169 de la OIT, sobre consulta y derechos territoriales. La determinación del territorio está ligada exclusivamente al concepto jurídico civil de propiedad y no toma en cuenta las definiciones en materia indígena que traen el convenio 169 y la legislación nacional en general (especialmente el Decreto 2164), que comprenden dos elementos esenciales: el hábitat y la identidad e integridad cultural de los pueblos y comunidades, que es lo que en el fondo se trata de proteger. La definición que trae el decreto, está dirigida a reducir al máximo la obligación de realizar consultas, por la vía de reducir a su mínima expresión la causa que da origen a la obligación, cual es la afectación a los pueblos y comunidades. La consulta debe realizarse no solo cuando se afecten las tierras de la comunidad, sino cuando se afecte su hábitat en general y cuando se afecte la integridad económica, social y cultural, aunque el proyecto no se realice en su territorio.

En cuanto a la definición misma de territorio, por supuesto que es contraria al concepto jurídico contemplado en la legislación indígena. En síntesis, la consulta que dice reglamentar el Decreto 1320 de 1998 no es la del convenio 169. El 1320 está dirigido exclusivamente a reducir su ámbito de aplicación, es decir, que sea sólo obligatorio realizarla cuando afecte las tierras, y, en estos casos, a salvar el requisito formal a favor de los interesados en proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales en tierras indígenas, permitiendo por esta vía la expropiación de las mismas y la violación de todos sus derechos. Este decreto es la mejor expresión de los que piensan que los indígenas son un obstáculo para el desarrollo.<sup>53</sup>”

Adicionalmente, puede pensarse también que el Decreto 1320 no desarrolla el convenio 169 OIT y las demás fuentes internacionales que imponen a los gobiernos el deber de garantizar la participación de las comunidades indígenas, porque únicamente regula el mecanismo de consulta previa en relación con la explotación de los recursos naturales, desconociendo que la figura busca proteger otros derechos de estas colectividades relacionados con su situación social, económica, cultural, y que por ello debe realizarse antes de la adopción de cualquier medida administrativa o legislativa que les pueda

---

<sup>53</sup> Respuesta de la Doctora Ana Cecilia Betancur a un cuestionario enviado por la Doctora Gloria Amparo Rodríguez, vía correo electrónico. Abril 10 de 2001.

afectar, y tratándose de la única reglamentación vigente sobre la consulta previa, debería abarcar estos eventos.

Igualmente, es posible criticar el procedimiento que establece el Decreto 1320 de 1998 porque se pretende que el mismo se desarrolle en una audiencia o reunión, lo cual se dificulta por las diferencias culturales que existen entre quienes participan en la reunión, y por el uso de tecnicismos propios de los proyectos o actividades a desarrollar, lo cual impide una comprensión absoluta por parte de los pueblos indígenas. Incluso, la misma Corte Constitucional ha reconocido que el procedimiento es inflexible y que por tanto, vulnera los usos y costumbres de los pueblos consultados.

No sobra advertir además que a este respecto, la Organización Nacional Indígena de Colombia, ha manifestado su completo desacuerdo con el Decreto que se comenta, tal como se puede leer en la intervención realizada el día 26 de Julio de 2007, dentro del expediente D-6837 correspondiente al análisis constitucional de la Ley 1021 de 2006 por parte de la Corte Constitucional. En dicha intervención, esta organización manifestó.

“Dejando en claro que el Decreto 1320 de 1998 ni fue expedido ni se aplica para la consulta de medidas legislativas sí es importante recordar que la expedición de ese decreto violó el Convenio 169 de la OIT, pues no fue previamente consultado a los pueblos indígenas y aunque el Consejo de Estado, sorprendentemente lo declaró exequible, aceptando así la disposición del decreto mismo en cuanto a que fuera consultado después de su expedición, lo cual tampoco ha ocurrido, la Central Unitaria de Trabajadores, por solicitud de nuestra Organización Nacional Indígena de Colombia y en virtud del artículo 24 de la Constitución presentó ante el Consejo de Administración de la OIT, una Reclamación (Doc. GB.276/17/1;GB.282/14/3), en la que se alegó el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). El Consejo de Administración de la OIT admitió la reclamación y designó el respectivo Comité Especial para estudiar la reclamación”.

El gobierno colombiano respondió declarando que el Decreto 1320 intentó implementar el artículo 15(2) del Convenio y usó un lenguaje idéntico al de dicho artículo. También sostuvo que, de acuerdo con la decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera del Consejo de Estado, que como el Decreto fijaba los procedimientos para las consultas previas, no era necesario someter el Decreto en sí mismo a consulta previa. En otras palabras, que no había necesidad de consultar con respecto a los procedimientos de consulta.

Observando que el mismo gobierno admitió que la comunidad Indígena no fue consultada sobre el desarrollo y adopción del Decreto 1320, el Comité hizo referencia al artículo 6 (1) (a) del Convenio 169 y declaró que:

“...el decreto núm. 1320 de 1998, cuyo objetivo explícito es de reglamentar la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación dentro de su territorio, constituye una medida susceptible de afectar directamente a dichas comunidades. Por lo tanto, del artículo 6, inciso 1, apartado a) claramente se

desprende la obligación de consultar con los pueblos indígenas del país antes de la adopción y promulgación de dicho decreto”.

Además declaró el Comité que para que la consulta sea efectiva:

“...se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales. Aunque el Comité no pretende sugerir que dichos modelos sean los únicos que pueden servir de base para un proceso de consulta en conformidad con el Convenio, considera que si éstos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”.

Debido a la ausencia de la Consulta Previa y al contenido mismo del Decreto, el Comité consideró indispensable pedir al Gobierno colombiano que **“modifique el decreto número 1320 de 1998 para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consultación y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio”**<sup>54</sup>

Por las anteriores razones, agotada la revisión del mecanismo de consulta previa en los instrumentos internacionales, en la Constitución Nacional y en las Leyes y decretos sobre la materia, es posible realizar algunas anotaciones acerca del mismo. Así, lo primero que habrá de decirse es que este mecanismo de participación debe entenderse como un derecho colectivo<sup>55</sup> de los pueblos indígenas, y en sentido material, se configura como un procedimiento público especial y obligatorio cuando se prevea una posible afectación de la forma de vida de las comunidades indígenas en sus aspectos ambiental, territorial, social, espiritual, económico, cultural, de salud, y en general, cualquier otro aspecto que incida en su integridad étnica<sup>56</sup>.

Por esto, la consulta previa debe desarrollarse cumpliendo unos requisitos mínimos, como el de informar previamente a las comunidades, y garantizar las condiciones de diálogo y análisis, y emplear un método apropiado para cumplir con los objetivos que se propone, pues sólo de esa forma se podría obtener resultados positivos. En relación con esto la Corte Constitucional ha manifestado que *“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 autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca*

<sup>54</sup> Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC-. Intervención indígena dentro del proceso de constitucionalidad Exp. D-6837, Julio 26 de 2007. Bogotá D.C.

<sup>55</sup> Se entiende por derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas aquellos atributos esenciales para asegurar su existencia como sociedades culturalmente diferenciadas, con patrimonio físico y cultural, y con la posibilidad de definir y alcanzar opciones propias de mejoramiento y desarrollo, y las de sus integrantes como personas.

<sup>56</sup> LONDOÑO TORO, Beatriz. *Nuevos instrumentos de participación ambiental*. Consultoría Ambiental y Colectiva. Editorial Biblioteca Ambiental y Jurídica. 1998. p. 91

*tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.*<sup>57</sup>

En todo caso, y como se anotó antes, la consulta debe realizarse antes de la toma de medidas legislativas o administrativas, o del inicio de los proyectos o actividades, y realizarse con el criterio de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o a obtener el consentimiento para las medidas propuestas, lo cual impone la obligación de que la consulta no sea manipulada por ninguna de las partes intervinientes, y que debe propenderse por un ambiente de confianza que legitime realmente el proceso. De esta manera, el Gobierno deberá fijar garantías para la realización de este procedimiento, y adoptar medidas que aseguren el cumplimiento de sus verdaderos objetivos, lo cual debería comenzar con la modificación del Decreto 1320 de 1998 y la inclusión de una normatividad legal, legítima y efectiva.

Teniendo en cuenta que los pueblos indígenas colombianos han manifestado su inconformidad con la reglamentación existente en materia de consulta previa y con los mecanismos establecidos para exigir su cumplimiento, vale la ocasión para mencionar la Directriz Presidencial No. 1 emitida el día 26 de Marzo de 2010<sup>58</sup> sobre la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales, la cual se profiere en el marco de la Constitución Política y los compromisos internacionales adquiridos en la materia.

Este documento consagra a cargo de las entidades y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional, la obligación de dar cumplimiento a los elementos que en el mismo se describen, sin embargo, por su contenido, bien debería ser aplicado, en su momento, por todas las entidades y organismos territoriales.

Debe destacarse de su contenido que parte del reconocimiento de la naturaleza de fundamental del derecho a la consulta previa, y recuerda que la Corte Constitucional ha manifestado que el convenio 169 de la OIT debe aplicarse en el contexto de la protección de la identidad de los pueblos tribales en los países independientes.

Además, la directiva presidencial que se estudia, menciona los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, y al respecto dispone que será el Ministerio del Interior y de Justicia el organismo competente para coordinar la realización de las consultas previas, hasta el momento en que se establezca la competencia de los entes territoriales. La Directiva establece una responsabilidad compartida entre el Ministerio mencionado y los representantes de cada proyecto, a quienes les corresponde participar activamente en la consulta y proporcionar los recursos que se requieran para su desarrollo, pues llevando a cabo este procedimiento no sólo se respeta un derecho fundamental sino que se da mayor viabilidad a los proyectos.

De igual manera, la Directiva Presidencial 01 de 2010 enumera las acciones que requieren consulta previa y las que no. Entre las primeras, se encuentran los programas de prospección o explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, decisiones sobre enajenación de tierras o transferencia de derechos sobre las mismas, proyectos de desarrollo, incrementación y transformación de la malla vial en los territorios étnicos, y cuando se adopten decisiones legislativas o administrativas que puedan

<sup>57</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU- 039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell

<sup>58</sup> Esta directiva puede ser consultada en Internet en:  
<http://web.presidencia.gov.co/direc/2010/direc0126032010.pdf>

afectar a los grupos étnicos, entre otras que no se citan por no estar directamente relacionadas con los derechos al territorio de los pueblos indígenas.

Respecto a los mecanismos para el desarrollo de la consulta previa, la directiva presidencial pretende ofrecer pautas que lo faciliten, comprendiendo que, si bien se trata de un derecho fundamental de los pueblos indígenas, no por ello puede convertirse en su instrumento para trabar o entorpecer el desarrollo de los proyectos. Sobre el procedimiento, la directiva dispone:

“El proceso de consulta siempre deberá contener las siguientes fases: a) Preconsulta<sup>59</sup>, b) Apertura del proceso, c) Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo, d) Pre- Acuerdos, e) Reunión de Protocolización, f) Sistematización y seguimiento al cumplimiento de los acuerdos, g) Cierre del proceso de consulta previa. Estas fases se entenderán como un protocolo sugerido por el Grupo de Consulta Previa, y su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado”.

Por último, la Directiva Presidencial aborda el tema del manejo de los impactos, y al efecto señala reglas dirigidas a todos los actores del proceso de consulta previa. Estas reglas se relacionan con la contratación de personal, la destinación de los recursos económicos para el fortalecimiento de los grupos étnicos, sus territorios y sus formas de vida, el apoyo a los procesos colectivos para la adquisición de bienes o servicios, y, la identificación de las medidas que serán objeto de seguimiento.

Ante lo anterior, cabe decir que el Gobierno Nacional manifiesta su compromiso con el respeto del derecho de las comunidades indígenas a ser consultados, y con la necesidad de dar aplicación estricta a las disposiciones internacionales sobre la materia. Como se puede ver con una revisión detallada de la directiva, gran parte de su contenido no está consagrado en forma normativa, es decir, se pretende imponer obligaciones adicionales a las establecidas por las normas vigentes que rigen la materia, y exigir que dichos parámetros sean de carácter obligatorio.

## **2.6 Principales escenarios de la consulta previa en Colombia**

En líneas anteriores se ha realizado un breve estudio acerca de la consulta previa en el marco del derecho internacional, en el bloque de constitucionalidad, y en el marco legal colombiano. Sin embargo, ahora es pertinente dar algunas explicaciones con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de los principales escenarios en que este derecho encuentra aplicación, sin que por ello se desconozca que es posible su existencia frente a otros asuntos relacionados con las comunidades

---

59 Esta figura de la preconsulta se define en la sentencia de la Corte Constitucional C-461 DE 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y busca esencialmente que el procedimiento de consulta no se reduzca a un acto informativo o de notificación de la medida a adoptar, y que se reconozcan las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, las cuales podrían desconocerse si se implementan mecanismos de consulta determinado sin haberse consensuado con las comunidades, lo cual es contrario al mandato constitucional de la preservación de la diversidad étnica y cultural.

indígenas, tal como se anotó acerca del alcance del mismo. Por tanto, en este acápite del trabajo se hará una exposición acerca de la consulta previa en relación con la explotación de los recursos en territorios indígenas, y la consulta previa en relación con la adopción de las medidas administrativas y legislativas.

### **2.6.1 La Consulta Previa en Relación con la Explotación de Recursos Naturales en Territorios Indígenas.**

En el marco de nuestro Estado Social de Derecho, la participación se constituye en un elemento esencial para garantizar los fines del Estado, pero sobre todo para hacer realidad la democracia representativa y participativa que se predica en nuestra Constitución Política, pues ésta debe guardar relación con las diferentes formas de vida al interior de la sociedad, incluso si estas hacen parte de los grupos minoritarios, el Estado en este sentido, no debe ser simplemente el gobierno de las mayorías sino que debe incluir en el debate de lo público a todos los grupos sociales que hacen parte de la sociedad.

En este sentido, el derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad social, cultural y económica, es un desarrollo del pluralismo plasmado en la Carta Política, pero adquiere, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especial importancia cuando se trata de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas pues esto último sólo puede desarrollarse sin desmedro de dicha integridad.

Es así que uno de los factores más importantes para la explotación de los recursos naturales es precisamente el respeto de los valores y los derechos de los pueblos indígenas, esencialmente su participación en lo relacionado con esta materia, este punto adquirió mayor importancia con el amparo de la Constitución de 1991, cuando estableció entre los mecanismos de participación de las comunidades indígenas la consulta previa, al siguiente tenor:

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

La anterior disposición, refleja en mucho el interés del Constituyente por respetar el significado y la noción que el territorio tiene para los pueblos indígenas, el mismo que supera cualquier espectro jurídico o económico, así, tal como se expuso en el primer capítulo de este trabajo los pueblos indígenas se encuentran ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo.<sup>60</sup>

Para la Corte Constitucional, el respeto por ésta noción del territorio, se materializa a través de disposiciones como la contenida en el artículo 330 de la Constitución Política pues no puede entenderse la tierra como un simple instrumento para la producción cuando en sí misma encierra una tradición por hacer parte del lugar en que habitan los pueblos indígenas

---

<sup>60</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-188 de 1993. M P



Tal como lo afirma la Corte Constitucional en sentencia C -891 de 2002, en la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas, la explotación de los recursos naturales forma parte esencial de su forma de enfrentar el mundo, y de relacionarse con la naturaleza, por ésta razón la participación en el caso de las comunidades indígenas, para estos casos particulares, se encuentra debidamente reforzada.

De acuerdo a lo anterior, en materia de explotación de los recursos naturales la consulta previa como derecho de los pueblos indígenas no sólo se constituye en un compromiso Internacional, por virtud de lo establecido en el convenio 169 de la OIT, sino que está prevista expresamente en el artículo 330 de la Constitución Política, y al respecto la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse para determinar si éste constituye o no un derecho fundamental, como se verá más adelante.

La Corte también se ha referido al tema del alcance de la consulta previa y en sentencia SU- 039 de 1997 estableció, que cuando no sea posible llegar a un acuerdo entre la comunidad y la autoridad respectiva frente a un proyecto con efectos ambientales, la decisión que se adopte debe estar libre de arbitrariedad y autoritarismo, y en este sentido, debe ser objetiva, razonable y proporcionada con el derecho a la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

Mediante sentencia C- 620 de 2003 la Corte Constitucional se refirió a los objetivos que la consulta previa persigue como mecanismo de participación con relación a los recursos naturales: en primer lugar, señaló que la consulta previa permitía que las comunidades tengan pleno conocimiento de los proyectos que se llevarán a cabo en su territorio con respecto a la exploración y explotación de los recursos naturales , además, permite que se entienda la forma como van a ser ejecutados estos proyectos y lo que ello significa para su cohesión social, cultural, económica y política , y con ello mismo, para su subsistencia como grupo humano con características singulares, finalmente, abre la posibilidad a que las comunidades indígenas puedan mediante convocatoria de sus integrantes, determinar ventajas y desventajas del proyecto a ejecutarse.

De tal manera, que la consulta previa en materia de explotación de recursos naturales no es sólo un derecho que les asiste a las comunidades asentadas en el territorio objeto de intervención, sino en una oportunidad para que el Estado valore la posición que estas comunidades tienen frente a un determinado proyecto, y puedan actuar sin afectar gravemente su condición de vida, por cuanto lo más importante es garantizar la supervivencia de estos grupos, la cual está intrínsecamente relacionada con su territorio. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta, tal como lo ha referido la Corte Constitucional, que no es suficiente con la información o notificación que se le haga a la comunidad indígena, sino que es importante que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo y se analice los impactos del proyecto en sus hábitos de vida.

La Corte Constitucional resalta que el derecho de consulta indígena no es absoluto, pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo sobre una medida, en tal sentido, no es una exigencia el consentimiento de los pueblos indígenas para ejecutar o no una medida, pero resulta obligatorio que se lleven a cabo los procedimientos necesarios para que la consulta previa se realice.

Inicialmente, la Corte Constitucional consideró la consulta previa como un simple mecanismo de participación, dándole sólo a esta última el carácter de derecho fundamental, y condicionando como parte del procedimiento para la adopción de decisiones el agotamiento de la consulta previa como vía para garantizar este derecho fundamental. Posteriormente, la consulta previa pasó a ser un derecho fundamental en sí mismo por la conexidad del mismo con derechos fundamentales como la identidad y la participación. Finalmente, la jurisprudencia de la Corte amplió la interpretación de este derecho y los mecanismos de hacerlo efectivo tras considerarlo derecho fundamental en sí mismo, y considerar a la acción de tutela el mecanismo idóneo para hacerlo efectivo.

En lo sucesivo la Corte restringió el tema de la consulta previa como derecho fundamental a lo relacionado con la explotación de los recursos naturales, con la justificación de que correspondía exclusivamente al Constituyente y al Congreso de la República reglamentar lo concerniente a este tema, y que en el derecho interno sólo existía una disposición expresa que la consagrara como tal, el mismo que se refiere exclusivamente a la explotación de los recursos naturales. Este argumento tenía también fundamento en lo regulado por el artículo 34 del Convenio de la OIT, según el cual, la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deberían determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país. Disposición que sirvió para justificar que el Estado colombiano no había previsto la consulta previa para otras materias, razón por la que su aplicación sólo resultaba obligatoria para el caso expresamente consagrado en la Constitución Política.

Hoy en día, la jurisprudencia colombiana ha mantenido un criterio amplificador a cerca de la consulta previa como derecho fundamental en otras materias, pero es claro que ha sido reiterativa con respecto a la importancia que esta reviste en la explotación de los recursos naturales por la estrecha relación de las decisiones relacionadas con este tema y el significado que el territorio tiene para estas comunidades.

**2.6.2 La Consulta Previa en Relación con la Adopción de Medidas Legislativas y Administrativas.** En cuanto atañe a la consulta previa a los pueblos indígenas frente a la adopción de medidas legislativas y administrativas que puedan afectarles, es necesario hacer algunas críticas y precisiones:

En primer lugar, nótese que la misma no cuenta con una regulación expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, salvo la contenida en el artículo 16 del Decreto 1397 de 1996, el cual se limita a determinar que la Mesa Permanente de concertación o sus delegados deberá participar en los procesos de consulta que se realicen en el ámbito mencionado, tal como se explicó en el acápite anterior.

Sin embargo, es indudable que hasta la fecha existe un vacío legislativo alrededor del tema, esto significa que no se ha presentado por parte de las autoridades gubernamentales el compromiso suficiente para crear las condiciones jurídicas propicias al respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, debe anotarse que si bien el convenio 169 de la OIT, ha sido ratificado por Colombia y tiene especiales efectos vinculantes en virtud del bloque de constitucionalidad que integra, no se han trazado los lineamientos que deben seguirse en los casos en que se requiera adelantar el proceso de consulta previa antes de la

adopción de una medida legislativa o administrativa que pueda afectar los derechos de las comunidades indígenas.

Ante esta carencia de normas concretas, ha sido la Corte Constitucional la encargada de “llenar” el vacío por medio de la jurisprudencia. Sin embargo, y a juicio personal, mal podría considerarse que desde el año 1991 se ha logrado semejante propósito.

Lo anterior se explica por cuanto la revisión detallada de los fallos más significativos de la mencionada Corporación deja ver como sólo hasta el año 2003, el derecho a la consulta previa frente a la adopción de medidas legislativas y administrativas recibe la connotación de derecho fundamental, lo cual representa un gran avance porque da lugar a considerar que su protección efectiva puede lograrse a través de la acción de tutela. No obstante, no puede dejarse de lado el criterio jurisprudencial manejado antes de la anualidad comentada, pues, como ya se explicó, hasta ese momento únicamente la consulta en relación con la explotación de los recursos naturales tenía el rango de derecho fundamental, lo cual justifica la Corte en su consagración expresa en el parágrafo del artículo 330 Superior.

Como se puede ver, la ausencia de una regulación expresa perjudicó en gran medida los intereses de las comunidades indígenas, y no fueron pocos los años durante los cuales ni siquiera el derecho judicial estuvo a su favor en este punto específico. Sin embargo, y en virtud del giro conceptual que se presenta en la jurisprudencia sobre el tema, en la actualidad existen algunos parámetros bien definidos sobre la naturaleza, el alcance y los requisitos exigibles en materia de consulta previa las comunidades indígenas por la adopción de las decisiones que les afecten.

Así, para efectos de desarrollar esta temática, será indispensable parafrasear los pronunciamientos más importantes de la Corte en relación con el tema estudiado, sin perder de vista que el más importante de ellos está contenido en la sentencia C-175 de 2009, la cual contiene una doctrina integrada y sistematizada sobre la materia.

Lo más destacable de la jurisprudencia vigente, como ya se esbozó, es el reconocimiento de la naturaleza de derecho fundamental a la consulta previa en el caso que se estudia, para lo cual sustenta sus argumentos jurídicos en la participación democrática, la aceptación del pluralismo y la protección de la diversidad étnica, criterios que caracterizan a la Constitución Política de 1991.

Es por esta razón que, tratándose de decisiones que incidan en los intereses de las comunidades indígenas, el carácter participativo del modelo democrático en el ejercicio del poder político adquiere especial importancia y es sujeto de una protección reforzada. No podría ser de otra manera si se considera que es de esta manera como se viabiliza la preservación del carácter multiétnico y pluricultural de la Nación —este carácter lleva implícito el entendimiento de las diferentes concepciones del mundo y de la vida social y política por parte de las comunidades diferenciadas—.

A partir de los mencionados criterios surgen para el Estado una serie de obligaciones concretas, encaminadas a dotar a las comunidades indígenas de espacios adecuados y suficientes para participar en las decisiones que influyan sus intereses, entendiendo esto como un mecanismo para evitar el deterioro de su identidad cultural a causa del ejercicio del poder político por parte de los órganos representativos, y la orientación hacia la asimilación de las comunidades indígenas que se había manejado años atrás. Estas

obligaciones se acompañan con las normas del derecho internacional, las mismas que han permitido a la Corte identificar el derecho fundamental de las comunidades indígenas a la consulta previa de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente, y que realmente se constituyen en el único marco jurídico sobre la materia.

El criterio manejado por la Corte permite comprender como la participación de los pueblos indígenas cuenta con una doble vía de aplicación: por un lado se materializa a través de las especiales consagraciones constitucionales, tales como la participación de los representantes indígenas en los cargos de elección popular y, la conformación de una circunscripción especial indígena, y por el otro, a través de la participación específica, y diferente a la de los demás ciudadanos, frente a cada una de las medidas que puedan afectarles de forma directa, y por medio del mecanismo de la consulta previa que permita conocer los intereses de las comunidades indígenas a través de sus autoridades representativas.

Así, este derecho fundamental de ser consultados previamente en la situación estudiada, encuentra justificación en la necesidad de ofrecer a las comunidades indígenas espacios especiales de participación, más allá de los que el ordenamiento jurídico tiene previstos para la comunidad en general, pues lo que se persigue es respetar el derecho de estas comunidades de decidir sobre las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, lo cual justifique que este derecho debe ser extensivo a todas las medidas que afecten de forma directa a cada comunidad indígena, y no únicamente a las que estén directamente relacionadas con su territorio y con la explotación de los recursos naturales que en el mismo se encuentren.

Por las anteriores razones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado algunas sub-reglas en la materia, relacionadas con el alcance de este derecho. Inicialmente, ha manifestado que el mismo no surge frente a toda medida que pueda afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a las que puedan afectarlas de forma directa, pues es bien sabido que algunas decisiones legislativas afectan de forma general a quienes ostenten la calidad de colombianos, sin que frente a estas sea procedente adelantar el proceso de consulta con las comunidades indígenas, pues se trata de la afectación general que toda Ley produce en sus destinatarios. En otras palabras, la exigibilidad de la consulta previa dependerá de la calidad de directa de la afectación que pueda causarse a las comunidades indígenas, lo que está relacionado con que se esté ante la aplicación de las disposiciones del convenio 169 de la OIT, o con el contenido material de la decisión que, aunque concebida con carácter general, repercuta directamente a una comunidad indígena.

En lo que toca a las condiciones particulares de la consulta previa, la jurisprudencia de la Corte ha sintetizado que el convenio 169 no establece reglas de procedimiento para tal efecto, y que por tanto, deja una flexibilidad a los Estados, imponiendo la obligación de que el trámite de consulta siempre se someta al principio de la buena fe, lo que entraña la obligación estatal de definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, para que la misma sea satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, esto es, que los mecanismos utilizados aseguren que se realizará de manera efectiva y conducente, y que garantizará la adecuada representación de la comunidad consultada.

La Corte también se ha manifestado sobre la necesidad de llevar a cabo la preconsulta, con el propósito que antes de realizarse la consulta respectiva, existan acuerdos entre el

Gobierno y la comunidad indígena que será consultada, acerca del trámite a utilizarse para ello, a fin de que la consulta no se convierta en un mero proceso informativo, y que se tenga en cuenta las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas implicadas. En el desarrollo de la consulta deberá garantizarse la comunicación y el diálogo intercultural, de forma que se obtenga el entendimiento entre las partes, precedido del respeto entre las mismas.

También se ha manifestado la Corte en cuanto a la falta de concertación después de la realización de la consulta previa. A este respecto ha considerado que en caso de no llegar a un acuerdo entre las comunidades implicadas y el Gobierno sobre el contenido de la medida a adoptar, la aplicación de la misma por parte del Estado debe estar desprovista de toda arbitrariedad y autoritarismo, lo cual se verifica siempre que la decisión se ajuste a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, y que contenga mecanismos para mitigar, corregir y restaurar los efectos que puedan producirse en perjuicio de los miembros de la comunidad indígena.

En este sentido, la Corte concluye que el derecho a la consulta previa antes de la adopción de las medidas legislativas se satisface con la conformación de un espacio deliberativo, que respete las particularidades de la comunidad indígena, y guiado por la buena fe.

En cuanto a la oportunidad para realizar la consulta previa, la Corte ha sentado una posición según la cual el convenio 169 no tiene términos preclusivos para ello, pero en todo caso, tratándose de proyectos de Ley que deban tramitarse ante el Congreso de la República, deberá realizarse en el momento oportuno para que su resultado tenga incidencia en la Ley respectiva, lo que exige necesariamente que sea antes de su promulgación.

La Corte también advierte que la omisión en el deber de realizar la consulta previa a las comunidades indígenas da lugar al control por parte de las instancias internacionales. Pero además, en el derecho interno tiene como consecuencia, la procedencia del amparo constitucional por violación de un derecho fundamental, y el control abstracto de constitucionalidad, pues se configura un vicio en el trámite que repercute directamente sobre la materialidad de la Ley, lo cual devendría en la inconstitucionalidad de la Ley (cuando todas sus disposiciones afecten de manera directa a la comunidad indígena) o en la exequibilidad condicionada a que se realicen las consultas respectivas antes de la ejecución de las disposiciones que afecten directamente a la comunidad.

La Corte fijo al respecto, cuatro criterios a tenerse en cuenta para realizar una evaluación en cada caso concreto: 1) el contenido general de la Ley y los contenidos específicos de la misma en relación con los pueblos indígenas, 2) la finalidad de la Ley, 3) la posibilidad de distinguir normas de la Ley que puedan ser aisladas, y 4) las decisiones del legislador respecto de los pueblos indígenas. A partir de estos factores la Corte deberá en cada situación particular, decidir de fondo sobre la constitucionalidad de las medidas adoptadas sin haberse realizado previamente la consulta a las comunidades indígenas directamente afectadas.

Como conclusión puede afirmarse que la consulta previa en relación con la adopción de las medidas legislativas o administrativas es un derecho fundamental de las comunidades indígenas, y por tanto, impone especiales compromisos por parte del Estado. En consecuencia, si bien es cierto el convenio 169 de la OIT no tiene una

regulación concreta acerca de algunos aspectos de este tema, esto no excusa al Estado colombiano por la demora en crear el marco legal pertinente para garantizar este derecho. Sólo la jurisprudencia ha tomado medidas en el asunto, y ha fijado subreglas que se constituyen en pautas para disminuir las violaciones sistemáticas de este derecho, sin embargo, esta proliferación de derecho judicial, en un sistema de derecho legislado, no deja de llamar la atención acerca de los órganos competentes para adelantar procesos de creación de la Ley.

### **3. Contexto constitucional y principales desarrollos legislativos en lo relacionado con la consulta previa a los pueblos indígenas de Bolivia, Ecuador y Perú**

El tema de la consulta previa a los pueblos indígenas, tal como fue concebido por las normas internacionales, especialmente por el Convenio 169 de la OIT, surge como un mecanismo de participación que posibilita a estas comunidades hacer efectivos derechos ya reconocidos como el de disfrutar de su propio territorio. Sin embargo, no basta con que los países involucrados ratifiquen el mencionado convenio y otras normas internacionales, es necesario e indispensable, adicionalmente, que al interior de su derecho nacional se regulen e implementen procedimientos idóneos que hagan reales las prerrogativas consagradas a manera de principios en el derecho internacional.

Como se explicó en el capítulo anterior, son varias las fuentes del derecho internacional que contienen la obligación de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas antes de llevar a cabo actividades o medidas que puedan afectar su territorio. Dichas fuentes internacionales hacen parte no sólo del ordenamiento jurídico colombiano, sino también de los demás países que han ratificado el convenio 169 OIT.

Por lo anterior, uno de los objetivos de la presente investigación es el estudio del tema de la consulta previa en tres países suramericanos, ello con el fin de contrastar el contexto y la situación que enfrenta la población indígena en los diferentes ordenamientos jurídicos, y evidenciar los lineamientos que se han adoptado por los diferentes gobiernos de turno para implementar el derecho de consulta previa como mecanismo de participación. El análisis del contexto constitucional, el desarrollo legislativo y los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la consulta previa en Bolivia, Ecuador y Perú permite también contrastar el tratamiento que reciben los pueblos indígenas en nuestro país en relación con las otras regulaciones.

Esta indagación, propia del estudio del derecho comparado, permitirá observar, no sólo el papel del Gobierno en materia de la regulación de la consulta previa, sino además, la incidencia de los respectivos Tribunales Constitucionales de cada país, y el derecho judicial que se ha generado en ellos. Es decir, más allá del propio texto constitucional, y de las normas legales, se pretende evaluar someramente la eficacia del instrumento internacional objeto de estudio en el presente trabajo.

Así, la comparación entre los contextos jurídicos de los países seleccionados, llevará a comprender la situación de los pueblos indígenas, y la explicación de sus constantes luchas reivindicatorias y reclamaciones, incluso, ante los organismos del orden internacional.

A continuación se encontrarán varios y diferentes escenarios, en los que se ha regulado o consagrado, correcta o incorrectamente, el tema de la consulta previa, en cada uno de ellos se procurará contrastar la regulación interna con las exigencias internacionales. El

común denominador entre estos países es quizás que en ninguno de ellos se reflejan con suficiencia los intereses del Convenio 169 OIT, sin embargo, cada uno puede presentar fortalezas que en conjunto permitan abordar el tema de la consulta previa en su integridad y con el alcance que merece, lo cual puede servir de punto de partida para gobiernos abiertos a la reforma y en los que sean bienvenidos los propósitos garantistas para los pueblos indígenas.

## 3.1 La consulta previa en Bolivia

Entre los países que ratificaron el convenio 169 de la OIT se encuentra Bolivia, el cual, sin lugar a dudas, cuenta con una representativa población indígena que llega a constituir casi la mayoría de la población, la misma que en diferentes oportunidades ha unido sus esfuerzos para llevar a cabo movimientos de resistencia y protesta, y para organizarse étnicamente alrededor de su conciencia política, logrando con ello la abolición de algunas instituciones evidentemente injustas como la del pongueaje<sup>61</sup> y otros servicios personales. De esta manera, la población indígena de Bolivia alcanzó mayor representatividad en algunos partidos políticos, y en general, en los organismos de representación democrática, logrando con ello en el último tiempo, la reivindicación de algunos de sus derechos, y en especial, los relacionados con sus tierras.

**3.1.1 La Constitución Política de Bolivia y el Reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas.** Tras un arduo proceso político de reforma, el pueblo Boliviano, a través de la Asamblea Constituyente, profirió la Nueva Constitución Política del Estado, la cual fue aprobada en referendo popular, y entró a regir el día 07 de Febrero de 2009, esto es, cuando fue promulgada por el Presidente Evo Morales<sup>62</sup>.

Por supuesto que el proceso político que entraña la expedición de una nueva Constitución, encierra en sí mismo una gran variedad de componentes sociales, históricos y culturales, máxime si se ahonda en el campo del reconocimiento de los derechos indígenas, los cuales, hasta la fecha habían sido desatendidos por parte de las autoridades nacionales. Sin embargo, en el país boliviano dichos componentes lograron armonizarse a favor de las comunidades indígenas y campesinas, propiciando un resurgimiento del indigenismo de la Nación, al menos en el cuerpo del nuevo texto constitucional, en el cual se impone el respeto por la integridad de la fuerza social indígena y de sus derechos e intereses. De esta manera, se torna indispensable llevar a cabo el análisis de la Nueva Constitución Boliviana en lo que concierne a los derechos de los pueblos indígenas.

---

<sup>61</sup> Hace referencia a la institución por medio de la cual el dueño de una hacienda tenía poder para exigir a un indio el trabajo gratuito durante un lapso de tiempo determinado al mes, a cambio del permiso que le daba para sembrar una fracción de su tierra.

<sup>62</sup> Esta Constitución Política es el décimo séptimo texto constitucional en la Historia de la república Boliviana, y fue aprobada en un referéndum que contó con el 90.24% de participación popular, lo cual permite aseverar que la misma cuenta con un gran respaldo social, y en otros términos, goza de legitimidad en medio de los asociados.



Esta Constitución Política contiene diversas disposiciones relacionadas con los pueblos indígenas, y no podría ser de otra forma si se tiene en cuenta que, tal como ya se explicó, los mismos representan una parte significativa de la población y se han organizado en defensa de sus derechos, lo cual se evidencia en la elevación de los mismos al rango constitucional.

Desde el preámbulo de dicha Carta Política, se reconoce la composición plural del pueblo boliviano, y se tienen en cuenta las luchas de los antepasados en la insurrección indígena Colonial, en la independencia, en los procesos populares de liberación a través de marchas indígenas, sociales y sindicales, y las luchas por las tierras y el territorio, lo cual explica que en el cuerpo normativo se dé lugar a los derechos derivados de ello.

El artículo 2º de la Nueva Constitución reconoce a los pueblos indígenas su derecho a la libre determinación y al dominio ancestral sobre sus territorios, pues dichos pueblos hacen parte de la nación boliviana, al tenor del artículo 3º. El mismo texto constitucional involucra el ejercicio de la democracia por parte de las comunidades indígenas, el deber del Estado de garantizar el respeto por las prácticas ancestrales y la medicina tradicional y, de asegurar una educación en todos los niveles que corresponda al modelo de Estado plurinacional, la diversidad cultural como base esencial de este tipo de Estado, y bajo el entendido que la existencia de culturas indígenas es una fortaleza del mismo y un patrimonio de las naciones, la participación de los pueblos indígenas en los órganos del poder público, la jurisdicción indígena originaria campesina, la integración de los pueblos indígenas bolivianos con los pueblos indígenas del mundo, la protección de los territorios indígenas originarios campesinos, la autonomía indígena<sup>63</sup> como ejercicio de la libre determinación y el autogobierno y con sujeción a los procedimientos de consulta, la organización económica comunitaria fundada en los principios y valores de las naciones y los pueblos indígenas, el reconocimiento de la propiedad colectiva sobre la tierra, entre otros.

Además de las disposiciones que consagran garantías a favor de los pueblos indígenas, esta Carta Política contiene en su capítulo cuarto, los derechos de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos, los cuales se definen como la colectividad humana que comparte su identidad cultural, tradición histórica, lengua, territorialidad y cosmovisión, y cuya existencia data de fechas anteriores a la invasión de la Colonia española.

Es así como el numeral II del artículo 30 del capítulo que se menciona, consagra dichos derechos, advirtiendo que se reconocen en el marco de la unidad del Estado. Los mismos están contenidos en un listado de 18 numerales, y se relacionan con la libre existencia, la identidad cultural, el respeto por las creencias religiosas, prácticas y costumbres, el derecho a la identificación personal, la libre determinación y territorialidad, la posibilidad de integrar las instituciones del Estado, la propiedad de las tierras y territorios, la posibilidad de crear redes de comunicación propias, de contar con un

---

<sup>63</sup> En los términos del artículo 291, “Son autonomías indígena originario campesinas los territorios indígena originario campesinos, y los municipios, y regiones que adoptan tal cualidad de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y la Ley.

II. Dos o más pueblos indígenas originarios campesinos podrán conformar una sola autonomía indígena originaria campesina.”

sistema de educación intercultural y un sistema de salud universal y gratuito, conservar y usar sus saberes y conocimientos tradicionales, la garantía de la protección de sus lugares sagrados, el derecho a ejercer sus sistemas políticos, jurídicos y económicos, a tener la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, a participar en los beneficios de la explotación de los recursos naturales de sus territorios, a realizar una gestión territorial indígena autónoma, a participar en los órganos del Estado, y a ser consultados previamente.

Como se puede notar, son muchos y muy variados los derechos que se reconocen a favor de los pueblos indígenas por medio de esta nueva Constitución, y para el estudio que nos ocupa vale decir que específicamente se reconoce el derecho a la consulta previa en los siguientes términos:

“Artículo 30. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos gozan de los siguientes derechos:

15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.”<sup>64</sup>

Es evidente que el texto de la norma que se transcribe pretende desarrollar el convenio 169 de la OIT, en lo referente al tema que nos ocupa, esto es, a la consulta previa a los pueblos indígenas, pues dicho convenio fue ratificado por el Estado Boliviano el día 11 de Julio de 1991 por medio de la Ley No. 1257, es decir, en vigencia de la Constitución Política de 1967.

Al igual que el convenio 169 de la OIT, la norma en comento establece como obligatorio el mecanismo de la consulta previa cuando se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas.

Además, de forma específica, señala que el mismo deberá realizarse de buena fe y de manera concertada respecto de la explotación de los recursos naturales no renovables ubicados en el territorio de estos pueblos. En este sentido, la Nueva Constitución Política Boliviana reconoce como derecho de los pueblos indígenas, el ser consultados en dos eventos: 1-. Cuando se vaya a adoptar medidas legislativas o administrativas, y 2-. Cuando se vislumbre la posible explotación de los recursos naturales no renovables en sus territorios.

Esta consagración normativa puede catalogarse de progresista, pues no se limita a los términos del convenio internacional, en el cual sólo se consagra la consulta previa en el primero de los eventos mencionados, sino que hace extensivo dicho procedimiento a la segunda circunstancia reseñada, lo cual corresponde al reconocimiento social y político del derecho a las tierras y al territorio de los pueblos indígenas, cuya importancia se expuso en la primera parte de este trabajo.

---

<sup>64</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE BOLIVIA, Artículo 30.II.15

Aparte de los aspectos mencionados anteriormente, cabe destacar los siguientes artículos de la nueva Constitución, los cuales contienen explícitamente la obligación de adelantar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas. Se trata en primer lugar, del artículo 290, el cual, al referirse a la conformación de la autonomía indígena, exige que para ello se tenga en cuenta la voluntad de su población expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y a la Ley. El artículo 304 contiene las competencias exclusivas de estas autonomías indígenas, y entre otras, menciona en el numeral 21, la de participar, desarrollar y ejecutar las consultas previas, libres e informadas alusivas a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten.

Igualmente, el artículo 352 dispone que debe adelantarse proceso de consulta a la población que pueda ser afectada por la explotación de los recursos naturales, aclarando que en el caso de tratarse de los pueblos indígenas, la consulta deberá adelantarse según sus propias normas y procedimientos. En armonía con esto, el artículo 403 establece que la integralidad del territorio indígena originario incluye el derecho a la consulta previa e informada en relación con la explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios.

De esta manera se llega a la forzosa conclusión de que la Nueva Constitución Boliviana apropia el derecho de los pueblos indígenas a participar por medio del mecanismo de consulta previa, y defender con ello, no sólo su derecho a la autodeterminación y el autogobierno, sino también los derechos ligados directamente con su territorio y su ambiente.

Ahora bien, por tratarse de una Constitución expedida tan recientemente, es oportuno realizar una breve comparación de su texto con el de la Carta Política que fue promulgada en 1967 -y reformada en diversas ocasiones-, en lo atinente al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas bolivianos, y sobre todo, a la consagración de la consulta previa como mecanismo de participación.

En este sentido, se observa que la Constitución de 1967 definía a la República boliviana como multiétnica y pluricultural, lo cual abre paso a la aceptación oficial de los pueblos indígenas y su participación. El artículo 171 consagraba el reconocimiento y respeto de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional, y especialmente, los relacionados con sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, su identidad, lenguas, costumbres o instituciones. Esta disposición otorga además a las autoridades naturales, la facultad de ejercer funciones de administración y aplicación de las normas referentes a la solución de conflictos, según sus procedimientos internos y sus costumbres, siempre que ello no contradiga la Constitución y la Ley.

Como se puede ver, la Constitución de 1967 no tuvo en cuenta los derechos significativos de los pueblos indígenas, e incluso, una revisión detallada de la misma, permite concluir que no se reconoció la existencia histórica de estas comunidades, ni se las promovió como entes colectivos, no se aceptaron las lenguas indígenas como oficiales<sup>65</sup>, ni se instituyó la educación bilingüe para los pueblos indígenas, no se garantizó la educación intercultural, no se estableció una protección especial para el

---

<sup>65</sup> Este reconocimiento solo tuvo lugar por medio del Decreto Supremo número 25.894 de 2000, según el cual todos los idiomas indígenas son oficiales.

derecho a las tierras, y estas ni siquiera se definen directamente, sino que se alude a tierras comunitarias de origen, no se establecieron mecanismos de provisión de tierras, ni de la biodiversidad y los recursos genéticos, no se consagra la participación indígena en el poder legislativo, ni la personería jurídica colectiva, ni la jurisdicción indígena, aunque se reconoce a las autoridades naturales algunas funciones administrativas y jurisdiccionales, como ya se anotó.

Es evidente entonces que, el cambio de Constitución en Bolivia representa una conquista para los pueblos indígenas de dicho país, pues antes de ella, la exigencia del respeto por sus derechos no contaba con ningún respaldo legal, y los mismos no habían sido tenidos en cuenta ni aún en las últimas reformas constitucionales, las cuales tuvieron lugar en los años de 1994 y 1995.

Dicha Constitución tampoco contaba con una disposición en la cual se señalara cual es la jerarquía de los convenios internacionales, pese a ello, el Tribunal Constitucional Boliviano, en sentencia de constitucionalidad 00045 de 2006, manifestó que en virtud de la cláusula abierta contenida en el artículo 35 Constitucional, era posible concluir lo siguiente:

“el convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante Ley 1257, de 11 de julio de 1991, forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano, porque además de ser un Convenio sobre derechos humanos, su objeto es promover en los países del mundo la efectiva aplicación y respeto de los derechos fundamentales de las personas, asumiendo políticas tendientes a evitar la discriminación a los pueblos indígenas y tribales, para que puedan gozar en forma efectiva de los derechos humanos consagrados para toda la humanidad<sup>66</sup>”

Como se puede ver, la integración del convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad boliviano, se debe a los aportes jurisprudenciales, y en consecuencia, se puede concluir que el mismo debe ser de imperioso cumplimiento que además comporta un parámetro de constitucionalidad y tiene prevalencia en el orden interno.

**3.1.2 Desarrollo Legal de la Consulta Previa en Bolivia.** A partir del convenio 169 de la OIT, el Congreso Nacional de la República profirió el día 17 de Mayo de 2005, la Ley No. 3058 o Ley de Hidrocarburos, con el objeto de fijar las normas, principios y procedimientos que rigen para el sector hidrocarburífero en todo el territorio nacional.

El capítulo I del título VII de este cuerpo normativo contiene los derechos a la consulta y participación de los pueblos indígenas, campesinos y originarios, lo cual se hace en cumplimiento de los artículos 4, 5, 6, 15 y 18 del convenio mencionado, estableciendo que la consulta deberá ser previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad de las definidas en dicha Ley.

---

<sup>66</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, Sentencia constitucional 0045/2006 de Junio 02 de 2006, Magistrada Relatora Dra. Silvia Salame Farjat

El artículo 115 de la norma en comento, dispone que dicha consulta deberá llevarse a cabo de buena fe, con veracidad, transparencia, información y oportunidad, y corresponderá a las autoridades competentes realizarla, utilizando los procedimientos adecuados para ello, según las circunstancias y condiciones de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida podrían ser afectados y llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento<sup>67</sup>.

El artículo 116 de la Ley de hidrocarburos establecía la responsabilidad del Estado, y exigía que en caso de tener un resultado negativo de la consulta, el mismo debía promover una conciliación en el mejor interés nacional, sin embargo, esta exigencia fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Boliviano en sentencia de Julio 02 de 2006, por lo que, en la actualidad, no es necesario contar con la aprobación o autorización del pueblo indígena afectado, sino que basta con haber realizado el procedimiento de la consulta.

El artículo 117 impone a las autoridades del Ministerio de Hidrocarburos, el Ministerio de Desarrollo Sostenible y el Ministerio de asuntos indígenas y pueblos originarios, la responsabilidad conjunta para la ejecución de los procesos de consulta en materia de hidrocarburos, el cual deberá ser financiado por el poder ejecutivo, con cargo al proyecto de que se trate.

Por su parte, el artículo 118 establece que son nulas las consultas individuales o sectoriales, pues dicho procedimiento siempre deberá llevarse a cabo con las instancias representativas de las comunidades campesinas y los pueblos indígenas y originarios, respetando su territorialidad, usos y costumbres.

Ulteriormente, el Gobierno emitió el “Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas”, por medio del Decreto Supremo 29033 del 16 de Febrero de 2007. Esta norma desarrolla un mecanismo para adelantar las consultas previas y retoma que las mismas deben ser guiadas por el principio de transparencia, y considerar los usos y costumbres indígenas, así como, respetar la decisión que los pueblos adopten luego del proceso.

A grandes rasgos, se puede decir que este decreto aborda temas como los principios que rigen la consulta previa, las instancias de representatividad y decisión, el financiamiento de las consultas, el procedimiento general –este incluye la planificación y la ejecución de la consulta-, el acuerdo o concertación como resultado de la consulta, los momentos en que debe llevarse a cabo el procedimiento, la impugnación por parte de los pueblos indígenas, y, la nulidad del proceso.

Finalmente, no sobra advertir que el análisis del marco legal a la consulta previa se limita a la Ley de hidrocarburos y el decreto que reglamenta la consulta en este campo, porque no existe otra reglamentación que señale los procedimientos específicos o los campos de aplicación detallados. Por tanto, en actividades diferentes a las hidrocarburíferas, deberá darse aplicación al texto amplio del convenio 169 de la OIT.

---

<sup>67</sup> Como se verá más adelante, el aparte de esta norma que mencionaba como finalidad de la consulta lograr el consentimiento de los pueblos indígenas, fue declarado inconstitucional mediante sentencia constitucional 00045/2006 del Tribunal Constitucional Boliviano.

### 3.1.2 Aportes Jurisprudenciales sobre la Consulta Previa en

**Bolivia.** El tribunal Constitucional de Bolivia no ha realizado diversos pronunciamientos de constitucionalidad en relación con el tema de la consulta previa a los pueblos indígenas en desarrollo del convenio 169 OIT, y por tanto, la única información con que se cuenta al respecto está contenida en su página virtual oficial, en la cual únicamente se observa el fallo que se presenta a continuación.

Con ocasión del análisis de constitucionalidad de la Ley de Hidrocarburos de 19 de Mayo de 2005, el Tribunal Constitucional de Bolivia se pronunció en los siguientes términos en relación con el tema de la consulta previa a los pueblos indígenas en los eventos de explotación de los recursos naturales que se encuentran en su territorio:

“Uno de los derechos consagrados por el Convenio 169 de la OIT, es el derecho, de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre la existencia o no de perjuicio a sus intereses por la explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras, en países en los cuales como en Bolivia, la propiedad de los minerales e hidrocarburos pertenece al Estado, así a tiempo de consagrar dicho derecho, las normas del art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT disponen lo siguiente:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Del análisis del artículo descrito, se establecen las siguientes normas: a) una norma determinativa del campo de aplicación del derecho a la consulta, que establece que el referido art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT sólo es aplicable en los países en los cuales el Estado tenga la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, como en Bolivia (arts. 136, 138 y 139 de la CPE); b) una segunda norma que impone la obligación que tiene el Estado de establecer mecanismos para consultar, a los pueblos indígenas y tribales sobre la afectación a sus intereses, antes de iniciar cualquier trabajo tendiente a explotar los recursos del subsuelo; y c) una tercera norma destinada a conceder el derecho de dichos pueblos a participar de los beneficios que la explotación de los recursos de su subsuelo reporten, siempre que sea posible, lo que equivale a decir que participarán de los beneficios si es que éstos existen; así como a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir por las actividades que se desarrollen.

En conclusión, lo que la norma analizada impone es una obligación al Estado para consultar la existencia de afectación a los intereses de los pueblos indígenas y tribales, atendiendo las particulares circunstancias sociológicas de éstos; y no que dicha consulta sea con carácter determinativo o definitivo

para conseguir la aquiescencia de dichos pueblos, sin la cual no sea posible explotar los recursos del subsuelo que son propiedad del Estado, sino que más bien la norma analizada impone el deber de consultar cuál es el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado; por tanto, la consulta no puede ser entendida como la solicitud de una autorización, sino como un acto efectivo de consultar a los pueblos indígenas y tribales asentados en los territorios objeto de la explotación sobre la cuantificación del daño a sus intereses, que sufrirán como efecto de dicha extracción; y mucho menos puede ser entendida como una facultad para impedir la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado, pues por encima de los intereses de grupo de cualquier índole, se encuentra el supremo interés de la mayoría, expresado por las autoridades del Estado.”<sup>68</sup>

Como se puede leer, a juicio del máximo órgano constitucional de Bolivia, el convenio 169 de la OIT impone a los Gobiernos únicamente el deber de llevar a cabo el procedimiento de la consulta previa, sin que de ella se pueda exigir como resultado, la obtención del consentimiento previo, libre e informado acerca de la explotación de los recursos naturales. En otras palabras, el convenio se cumple con la sola consulta acerca del daño que podría causarse a las comunidades indígenas, sin que ello sea determinante, pues bastará con que el mismo sea efectivamente indemnizado. Este Tribunal Constitucional comprende que la consulta no es sinónimo de autorización, y que la misma no puede entorpecer la explotación del subsuelo, pues el interés supremo de las mayorías se sobrepone al interés del grupo indígena afectado.

Por lo anterior, el Tribunal Constitucional boliviano, declaró la inconstitucionalidad de apartes de los artículos 115 y 116 de la Ley de hidrocarburos, y específicamente las frases “*o lograr el consentimiento de las comunidades y pueblos indígenas y originarios*” y “*en caso de tener la consulta un resultado negativo*”, en el entendido de que sólo la consulta es un deber ineludible del Estado, pero no se requiere la autorización de los pueblos indígenas para adelantar los proyectos de explotación de los recursos del subsuelo.

A partir de lo anterior, merece especial consideración las críticas formuladas en la primera parte de este trabajo al Decreto 1320 de 1998, una de las cuales se fundamentaba en que la protección de los derechos e intereses de los pueblos indígenas no se garantiza con la mera realización de una consulta, pues la aspiración sería contar con su consentimiento para el desarrollo de los proyectos o adopción de las medidas que les afecten. Por supuesto, no se pretende con ello que la falta de autorización de los pueblos indígenas sea un obstáculo para el desarrollo social y económico, pero debe atenderse el espíritu del convenio 169 y en el marco del mismo, comprender que es posible encontrar alternativas jurídicas, social y económicamente viables que afecten en la menor medida posible los derechos que se busca proteger por medio de este instrumento de carácter internacional.

Al tenor de lo mencionado, el fallo que se ha transcrito no contiene una interpretación adecuada del Convenio 169 de la OIT, porque desconoce que el artículo 6º del mismo indica que la finalidad de la consulta es “llegar al consentimiento o acuerdo”, en otras palabras, el pronunciamiento jurisprudencial interpreta exegéticamente el artículo 15.2

---

<sup>68</sup> Ibid

del convenio, y no se fundamenta en una interpretación sistemática que tenga en cuenta además los artículos 6 y 7 del mismo y su propio espíritu, las cuales se citan incluso en el artículo 114 de la Ley de hidrocarburos.

A juicio personal, la sentencia del Tribunal Constitucional boliviano pretende dar a la consulta previa una connotación de mecanismo procesal, desconociendo así su trasfondo como instrumento para el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, quienes deben ser tratados con dignidad y contar con la posibilidad de determinar sus modelos de desarrollo, y así, vivir con dignidad como pueblo.

## **3.2 La consulta previa en Ecuador**

En la historia de la República del Ecuador, los pueblos indígenas juegan un papel muy representativo. Así, desde la época precolombina, pasando por la época hispánica, la emancipación, la formación de la república y hasta la actualidad, se registra, desde diferentes perspectivas, la participación de los mismos. Es así como en la etapa de su historia en que hicieron presencia los españoles, se puede observar que estos pueblos fueron objeto de múltiples violaciones, y víctimas de abusos, explotaciones y saqueos violentos, al igual que los pueblos indígenas de otros países latinoamericanos. Esta es la razón por la que surgen alrededor del año 1809, los primeros movimientos de rebelión de estas comunidades, los cuales finalizaron con el encarcelamiento de algunos de sus líderes por parte de los españoles, diezmando con ello su capacidad revolucionaria y transformadora. De ahí en adelante, las luchas reivindicatorias han permanecido latentes, siempre en busca del respeto por sus derechos y por sus condiciones naturales.

De esta manera, en la actualidad, al igual que otros de los países que se han mencionado a lo largo de este trabajo, Ecuador ratificó el convenio 169 de la OIT, lo cual tuvo lugar en el año de 1998, el mismo en que se adoptó una nueva Constitución Política, y con ello, el Estado Ecuatoriano aceptó la obligación que se impone a los Gobiernos de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas en relación con la explotación de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios, y con las decisiones legislativas y administrativas a adoptar, para proteger no solo su derecho a la autodeterminación y al autogobierno, sino también al territorio que ocupan. La ratificación de dicho convenio en este país, representa, por supuesto, una gran importancia, pues se constituye en un instrumento internacional vinculante para el Gobierno que le exige la adopción de las medidas necesarias para su cumplimiento.

### **3.2.1 La Constitución Política de Ecuador y el Reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

Ecuador cuenta con una historia constitucional agitada, en la que pese a la expedición de un significativo número de textos constitucionales, no se ha percibido trascendental interés y compromiso por la situación de los pueblos indígenas, pese a que durante un buen periodo de tiempo estos ostentaron la condición de población mayoritaria al interior del país.



Por la anterior explicación, vale la pena para los efectos de este trabajo, realizar un análisis de la consulta previa desde el año de 1998, y fijar de esta manera un criterio de comparación entre la Carta Política promulgada en tal año y la vigente.

De esta forma, debe anotarse que a la fecha, Ecuador cuenta con la Constitución aprobada en el año de 2008, después de haber estado en vigencia por apenas una década la que se había promulgado en 1998, en la cual, como uno de sus avances importantes, se reconocieron los derechos a los pueblos indígenas, y se consagró la figura de una nación pluricultural, a partir de la cual se aceptan como oficiales las lenguas de estas comunidades, y la educación intercultural, además de la protección especial de los derechos territoriales, del uso del suelo, la biodiversidad y los recursos genéticos. Igualmente, este texto constitucional reconocía la personería jurídica colectiva a las comunidades indígenas, la jurisdicción indígena, la autonomía y la facultad de representación en el poder legislativo.

Esta Constitución recientemente adoptada es un mecanismo para armonizar los conflictos surgidos al interior de Ecuador alrededor del tema de los derechos indígenas, esto es, se constituye en una herramienta con la que se pretendió atender la difícil situación a que se enfrentan las comunidades indígenas cuando luchan por la preservación de sus rasgos culturales, espirituales, sociales y económicos, y por los intereses que les son propios. De esta manera, la Constitución de 2008 es un paso hacia la búsqueda del equilibrio requerido, y devela el interés de cumplir con los compromisos adquiridos frente a los derechos de los pueblos indígenas, a la tierra, al autogobierno, a la autodeterminación,

Específicamente, durante la vigencia de la Constitución de 1998 se reconoció la consulta previa como un derecho difuso y también como un derecho colectivo, es decir, se le dio una doble categorización. Entonces, el texto fundamental que se analiza, consagraba dos formas de consulta previa, una que debía adelantarse respecto de las nacionalidades y pueblos indígenas, y otra respecto a la ciudadanía en general, esta última encaminada a garantizar la participación en los temas ambientales para lograr la preservación del medio ambiente. Sin embargo, esta consagración constitucional no contó con el desarrollo legislativo pertinente, aún cuando el artículo 142 de dicho cuerpo normativo establecía la reserva de Ley en relación con la función de normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales garantizados en la Carta Política.

En cuanto a la consulta previa como derecho de los pueblos indígenas, la Constitución Ecuatoriana de 1998 consagraba en el numeral 5º del artículo 84 que estos pueblos tienen el derecho colectivo a: *“Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.”*<sup>69</sup>

Como se puede notar, pese a que al momento de la expedición de la Constitución de 1998 ya había sido proclamado el Convenio 169 por parte de la OIT, en el cual, además de la consulta previa se exige el consentimiento previo, el texto Constitucional analizado no consagró tal exigencia, y se limitó a reconocer el derecho a la consulta.

---

<sup>69</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, 1998.

Por su parte, la Constitución Política Ecuatoriana aprobada en el año 2008, reconoce el derecho de todos los ciudadanos a ser consultados y participar en los asuntos de interés público, tal como se puede leer en los numerales 2 y 4 del artículo 61, norma que contiene un derecho de la ciudadanía en general y no específicamente de los pueblos indígenas, es decir, que no constituye una garantía creada en consideración a la connotación especial de estas comunidades.

Adicionalmente, y en relación con los derechos de los pueblos indígenas, el numeral 7º del artículo 57 reconoce entre los derechos humanos y colectivos de estas comunidades, el de la consulta previa, libre e informada, que debe realizarse en un plazo de tiempo razonable, sobre los planes y programas relacionados con la prospección, explotación y comercialización de los recursos naturales no renovables que se encuentren en sus tierras, y que pueda causar afectaciones ambientales o culturales. Igualmente, esta norma dispone que la consulta en estos eventos será obligatoria y oportuna, y que en caso de no contar con el consentimiento o aprobación de la comunidad se procederá de conformidad a la Constitución y a la Ley<sup>70</sup>.

En el mismo sentido, el numeral 17 del artículo en comento, consagra también el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar algunos de sus derechos colectivos.

Se considera que la Constitución Política vigente en el país ecuatoriano corresponde un poco más que la anterior, a los postulados del convenio 169 de la OIT, sin que por ello pueda afirmarse que ha sido un instrumento jurídico satisfactorio o suficiente en la materia. Esta apreciación se hace con fundamento en el análisis de los derechos reconocidos, y en la regulación que se hace de la consulta previa, pues lo cierto es que este nuevo texto constitucional recoge algunas características que se desprenden del instrumento internacional citado, como la obligatoriedad del procedimiento, la connotación de constituirse en consulta que debe desarrollarse antes de adoptar las medidas, libre e informada, y la exigencia de que la misma se lleve a cabo por parte de las autoridades competentes, pero, pese a ello, no consagra la figura de la consulta previa en relación con las medidas administrativas a adoptar, sino únicamente respecto de las medidas legislativas y la explotación de los recursos naturales no renovables, por lo cual limita el espectro de aplicación de la figura.

En estos términos, es dable concluir que por cuanto el proceso de reforma constitucional vivido en Ecuador durante los últimos años, estuvo impregnado de la participación del movimiento indígena, se lograron algunos avances en materia de participación y consulta previa, lo que se traduce en la existencia de mayores garantías constitucionales para

---

<sup>70</sup> Debe anotarse que esta medida constitucional no puede entenderse como absolutamente correcta, pues deja una libertad interpretativa que podría llegar a desconocer los derechos de los pueblos indígenas. Así, la norma en cuestión se presta para dos interpretaciones totalmente opuestas, por un lado, aquella interpretación integral de la Constitución que aplique el principio más favorable al derecho de los pueblos y por tanto respete las normas del derecho internacional, esto es, el convenio 169 de la OIT en el que se exige no sólo consulta sino consentimiento previo. Por otro lado, dicha disposición se prestaría para interpretar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la misma Constitución, si al finalizar el procedimiento de consulta existe una oposición mayoritaria, el Gobierno resolverá por medio de resolución debidamente motivada, lo cual ubica en igualdad de situaciones a los pueblos indígenas en relación con la ciudadanía en general al pretender generalizar sus derechos a la participación, interpretación esta última que limita el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

estas comunidades, en armonía con algunas de las aspiraciones tenidas en cuenta al momento de la promulgación del convenio 169 de la OIT, lo cual puede entenderse como la continuación en las luchas y logros de las comunidades indígenas, con posterioridad a los procesos políticos vividos en el año de 1998, pues antes de esta fecha estos pueblos se enfrentaban al desinterés gubernamental y la falta de reconocimiento y consagración normativa de sus derechos.

Finalmente, la Constitución Ecuatoriana del año 2008 contiene una disposición relacionada con las comunidades que viven en aislamiento voluntario, y al respecto, el numeral 21 del artículo 57 manifiesta:

“Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la Ley”<sup>71</sup>

Como se puede ver, la Constitución vigente reconoce los problemas que los pueblos indígenas del Ecuador han encontrado en relación con sus derechos, y en general, pretende equilibrar la disputa y el enfrentamiento que existe entre los propósitos del Estado de propiciar una economía fuerte, y el objetivo de sus poblaciones de lograr de forma efectiva su autodeterminación.

**3.2.2 Desarrollo Legal de la Consulta Previa en Ecuador.** Al compás de la forma como se ha realizado esta parte de la investigación, en la que se presenta un análisis comparativo de las dos últimas constituciones vigentes en el Ecuador, en este acápite también se hará en examen al desarrollo legislativo de la figura de la consulta previa a los pueblos indígenas a la luz de los mencionados textos constitucionales, a fin de verificar si el remplazo de uno por otro significó en materia legislativa un avance para las comunidades indígenas.

Así, en vigencia de la Constitución Política de 1998, el Congreso Nacional Ecuatoriano no cumplió con su obligación constitucional de expedir la Ley por la cual se reglamentará el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa. Por lo tanto, no existió en dicho periodo de tiempo, una Ley en la que se señalen los procedimientos, requisitos y principios, que han de regir este derecho colectivo y que garanticen su efectivo cumplimiento. Igual es la situación en vigencia de la Constitución de 2008, pues hasta el momento, el órgano legislativo ecuatoriano no ha asumido de frente la tarea de expedir la regulación correspondiente.

Pese a este panorama, en los años anteriores si fueron expedidos algunos reglamentos para regular el ejercicio del derecho a la consulta previa como un derecho de toda la sociedad, incluyendo en ellos a los pueblos indígenas. Uno de los mencionados, fue el Reglamento No. 1897 o reglamento al artículo 28 de la Ley de gestión ambiental sobre la participación ciudadana y consulta previa (RO 380 del 19 de Octubre del 2006), y el otro,

---

<sup>71</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, Artículo 57 numeral 21

fue el Reglamento de Aplicación de los mecanismos de participación social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental.

Estas disposiciones fueron arduamente criticadas como inconstitucionales, por haberse expedido en forma inconsulta, y por no tener fundamento en ninguna Ley orgánica que regulara el ejercicio de este derecho fundamental (esta crítica provino naturalmente de aquellos sectores a juicio de los cuales la consulta previa a los pueblos indígenas es un derecho fundamental aún cuando la Carta de 1998 –y aún la del año 2008- lo considera como derecho colectivo), y por no haber sido dictados por el Congreso Nacional ni con el cumplimiento del procedimiento establecido para la expedición de las normas orgánicas. Además, a estos reglamentos se les reprochó no garantizar que la opinión de los consultados fuera tomada en cuenta por parte de los Estados, y que se busque el consentimiento de las nacionalidades indígenas, lo cual, por supuesto, limitaba en gran manera sus derechos.

De esta forma, aún cuando la Constitución de 1998 disponía que el derecho a la consulta previa debía ser regulado por medio de una Ley, y que la reciente Constitución del año 2008 también consagra en forma específica este derecho, la única referencia normativa legítima que se encuentra en el ordenamiento jurídico ecuatoriano está en el artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, la cual fue aprobada por el Congreso Nacional Ecuatoriano mediante la Ley No. 37.RO/245 de Julio 30 de 1999. El tenor literal del artículo 28 dice así:

“Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado.[..]”. “El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88<sup>72</sup> de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos”

Es evidente que esta es una disposición legal en la que se alude a la consulta previa como derecho de la ciudadanía en general y en relación con la gestión ambiental, esto es, no se reglamenta ni se dispone nada en relación con la participación de los pueblos indígenas a través de la consulta previa, por tanto, aunque algunos sectores pretendan que se tenga en cuenta como garantía para estos pueblos, en su esencia no lo es, porque no les ofrece el trato especial que merecen en atención a su especial condición, ni abarca todas las circunstancias en que el convenio 169 de la OIT establece como obligatorio el procedimiento de consulta previa. En conclusión, hasta el momento, la consulta previa a los pueblos indígenas sigue siendo un mecanismo de consagración meramente formal, pero que no se ha concretado en forma material y efectiva<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Actualmente Art. 398 de la Constitución Política vigente

<sup>73</sup> Lastimosamente este estado de cosas se ha mantenido, pese a que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el año 2004, realizó sus Observaciones Conclusivas al último Reporte presentado por el Estado Ecuatoriano sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. En dichas observaciones el Comité hace expresa referencia a la falta de una completa implementación en la práctica, del derecho de las comunidades indígenas a la tierra y

Como ya se anotó, en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano, no existe una reglamentación específica acerca de la consulta previa a los pueblos indígenas. No obstante, existe el Reglamento de Participación ciudadana, el cual fue adoptado por el Decreto Ejecutivo 1040<sup>74</sup>, al que se le critica fuertemente constituir, como su nombre lo dice, un reglamento de participación popular, en el que no se ofrece un trato prioritario a las comunidades indígenas y por tanto, se desnaturaliza el concepto de consulta previa. Incluso, este Decreto oficial derogó en forma expresa el artículo 9º del Reglamento de operaciones Hidrocarburíferas, el cual disponía que antes de la ejecución de planes y proyectos de explotación hidrocarburífera, debía informarse a las comunidades pertenecientes al área de influencia, y conocer sus criterios y sugerencias al respecto<sup>75</sup>, con lo cual no sólo se adoptó una interpretación progresista de la Constitución sino que además se dio un paso de retroceso en perjuicio de los derechos indígenas.

### **3.2.3 Aportes Jurisprudenciales sobre la Consulta Previa en Ecuador.**

Al igual que en Colombia, en Ecuador se han incoado diversas acciones de amparo por parte de los pueblos indígenas y otros actores, que consideran violado su derecho a la consulta previa, quienes han llegado a pedirle al Tribunal Constitucional, la declaratoria de la nulidad de actos y proyectos atentatorios de la integridad territorial, la autodeterminación indígena y el derecho a vivir en un ambiente sano, por no haberse realizado previamente la consulta respectiva. Por su importancia, a continuación se realiza un breve análisis de algunas de las resoluciones proferidas por el mencionado Tribunal en relación con el tema que se estudia, con el propósito de presentar brevemente las variaciones en los criterios jurídicos asumidos por este organismo, a partir de los siguientes ejemplos:

Por medio de la resolución No. 0054-2003-RA, el Tribunal Constitucional de Ecuador equiparó los convenios impulsados por empresas con los pueblos indígenas, a contratos civiles de los que se presume su legitimidad, aún cuando no se haya realizado el procedimiento de la consulta previa como la etapa anterior a dichos convenios, por lo tanto, en el evento de que la comunidad indígena considere ilegítimo el acuerdo, o crea en la existencia de un error que haya influido en la comunidad, deberá acreditarlo de tal forma en un proceso de naturaleza civil y no en uno constitucional. Sin lugar a dudas, esta resolución desconoce las finalidades perseguidas con el convenio 169 de la OIT, y la especial connotación de los derechos de los pueblos indígenas. Igualmente, restringe los mecanismos de protección de dichos derechos, dejando a estas comunidades a merced de un principio de autonomía de la voluntad propio del derecho civil, que no se

---

a ser consultadas antes de que los recursos naturales sean explotados en sus territorios. Señala, además que el Estado Ecuatoriano ha entregado concesiones extractivas de los recursos naturales en territorios comunitarios indígenas, "Sin el pleno consentimiento de las comunidades afectadas".(Párrafo 12). En el Párrafo 35 de las observaciones, el Comité "Enérgicamente urge" al Estado a asegurar que los indígenas participen en las decisiones que afecten sus vidas y "particularmente requiere" que el Estado consulte y "busque el consentimiento" de los pueblos indígenas respecto a los proyectos extractivos y políticas públicas que los afecten.

<sup>74</sup> Dictado el 22 de Abril de 2008 y Publicado en el registro oficial No. 332 de Mayo 08 de 2008

<sup>75</sup> Si bien es cierto esta norma no desarrollaba el convenio 169 de la OIT en lo relacionado con el consentimiento previo, al menos se dirigía a garantizar que las comunidades contaran con la información suficiente para manifestarse acerca de los proyectos hidrocarburíferos a realizarse en sus territorios. Por lo tanto, el criterio a adoptar en relación con la disposición debió ser de corte progresista y avanzar hasta la exigencia del consentimiento previo, no retroceder hacia la eliminación del trámite de consulta.

configura adecuadamente cuando entre las partes del acto o negocio a celebrar existen profundas diferencias culturales, económicas, sociales, e intelectuales. Por lo tanto, a partir de lo expuesto a lo largo de esta investigación, no cabe sino concluir que este pronunciamiento del Tribunal Constitucional representa para los pueblos indígenas un inmenso retroceso en la lucha por la reivindicación de sus derechos, pues además de lo antedicho, ni siquiera aborda el tema de la consulta previa para pronunciarse sobre el fondo de la causa.

Por medio de la resolución del 1º de octubre de 2003, el Tribunal Constitucional resolvió el caso Nangaritza, el cual guarda inmensa similitud con los casos de Intag y Yuma, pues los tres se tratan de concesiones mineras autorizadas por el Estado a favor de diferentes empresas, sin haberse realizado la consulta previa. En la resolución de la fecha que se indica, concluyó el Tribunal que el acto legal de la adjudicación era legítimo, y obvió el tema de la consulta previa, es decir, no se manifestó sobre la protección de este derecho de los pueblos indígenas, y los demás derechos que del mismo se derivan. Igual cosa ocurrió en el caso de Intag, el cual se resolvió por el Tribunal en el mismo sentido el día 09 de diciembre del mismo año.

En posterior oportunidad, este mismo Tribunal, en el proceso 034-2003-TC, resolvió de forma favorable a los demandantes, quienes reclamaban la anulación de una ordenanza municipal que viabilizaba un proyecto para la construcción de un centro comercial y un cine Imax que traería gran afluencia de público en territorio de los pueblos indígenas. En esta ocasión el organismo manifestó que la actividad legislativa debe estar precedida de la consulta previa a los pueblos indígenas, cuando sea posible identificar posibles afectaciones a sus derechos, entre los cuales cabe citar el derecho al territorio y al medio ambiente. En este sentido, el Tribunal acepta que aún cuando el texto constitucional sólo consagra la consulta previa ambiental a las nacionalidades indígenas, lo propio es que este procedimiento debe llevarse a cabo también en materia legislativa<sup>76</sup>. Evidentemente, esta resolución contiene un gran avance, pues más allá del tenor literal de la propia Constitución, impone la exigencia de la consulta previa a uno de los eventos que corresponden en el marco del convenio 169 multicitado.

Posteriormente, por medio del pronunciamiento judicial del 17 de Marzo de 2004, el Tribunal Constitucional, ordenó la suspensión de la construcción de un proyecto que había sido autorizado por la autoridad competente, bajo dos consideraciones principales: Por un lado, entendiendo que todo acto que violente los derechos legítimos es un acto ilegítimo y por tanto, susceptible de ser impugnado a través de la acción de amparo; por el otro, por cuanto se acepta que la falta de consulta previa es una evidente violación de los derechos humanos y por tanto, la razón suficiente para detener toda actividad que no haya sido consultada.

Evidentemente, este pronunciamiento si es un avance en la materia, pues entrega en manos de las comunidades indígenas un instrumento de defensa de sus derechos, al considerar la idoneidad de la acción de amparo para este tipo de causas. Aquí se observa un gran cambio en el criterio del Tribunal, pues tal como se indicó, en la resolución del año 2003 este organismo había considerado que los asuntos derivados de

---

<sup>76</sup> Debe tenerse en cuenta que este pronunciamiento tuvo lugar en vigencia de la Constitución de 1998, en la que únicamente se consagró la consulta previa en materia ambiental, a diferencia de la Carta Política vigente, en la que este mecanismo se adopta también en relación con las decisiones legislativas.

los convenios entre los pueblos indígenas y las empresas de proyectos, correspondían a la jurisdicción civil y debían adelantarse a través de un proceso ordinario. Sin embargo, debe precisarse que en este pronunciamiento el Tribunal analiza la consulta previa como un derecho de la sociedad, y no específicamente de los pueblos indígenas, y reconoce que la consulta previa a la comunidad como parte de los estudios del impacto ambiental, hace parte de una correcta y legítima gestión pública ambiental, por cuanto el derecho ambiental busca poner límites a las actividades humanas para proteger la naturaleza, y bajo la aplicación de un principio tutelador, prevenir y evitar el acto injurídico que la lesione.

Con posterioridad a la expedición de la Constitución de 2008, la Corte Constitucional para el periodo de transición, resolvió el día 18 de Marzo de 2010, la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley de minería, demanda en la que sus actores argumentan que dicha norma contradice abiertamente las disposiciones del convenio 169 de la OIT, porque al consagrar la “libertad de prospección” vulnera el derecho al territorio indígena, y porque no dispone para ello, el procedimiento de la consulta previa y la obtención del consentimiento previo, libre e informado, permitiendo que dichos proyectos se lleven a cabo con la simple autorización de la autoridad estatal (delegado del Gobierno), sin tener en cuenta los derechos de las comunidades perjudicadas. Además, entre los demandantes alegan violación al derecho a la consulta previa de las nacionalidades indígenas, sustentados en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución de la República, el cual establece su derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar sus derechos.

En esta ocasión, la Corte Constitucional para el periodo de transición, reconoció que es evidente la trasgresión de los derechos colectivos de las comunidades indígenas, y que ello se opone a los importantes logros que al respecto se habían alcanzado con la expedición de la Constitución de 2008, pues la Ley de minería contraviene el derecho a la consulta previa y prelegislativa, que para el caso analizado constituye un derecho fundamental. En consecuencia, resuelve declarar inexecutable la mencionada norma y expulsarla del ordenamiento jurídico.

Como se puede notar, y a manera de colofón debe decirse que el Tribunal Constitucional del Ecuador, no ha sostenido una posición uniforme en relación con la obligatoriedad de la consulta previa a los pueblos indígenas. Es evidente que en algunas ocasiones ha asumido posiciones garantistas, tal como la que se manifiesta al reconocer que la consulta previa en materia legislativa es obligatoria aún cuando no se disponía de tal forma en el texto constitucional de 1998. Sin embargo, en otras oportunidades, ha favorecido intereses ajenos y contrapuestos a los derechos indígenas, limitando sus mecanismos de defensa y desconociendo la especial naturaleza que los reviste. En otras palabras, el Tribunal Constitucional, en su papel de garante de la Constitución, no ha asumido en forma permanente una posición protectora de los derechos de las comunidades indígenas y con ello ha pasado por alto las obligaciones que la propia Carta Política impone a las diferentes ramas del Estado ecuatoriano, pero no por ello puede desconocerse que se vislumbra una tendencia más garantista en el tiempo y a favor de las comunidades indígenas, tal como se deja de relieve con el fallo del año 2010 que se mencionó.

### 3.3 La consulta previa en Perú

Una de las primeras Constituciones Indigenistas de América Latina es la que surge en 1920 bajo la presidencia de Augusto Bernardino Leguía en Perú, pues en ella se reconoce a las comunidades indígenas, y a sus propiedades como derecho inherente de las mismas, se propone la abolición de las relaciones esclavistas, adoptando criterios de Constituciones como la de Querétaro (1917) y la de Weimar (1919). La Constitución de 1920 rigió en Perú durante casi doce años, y es sustituida por una que agudiza la inclinación proteccionista a los indígenas en 1933, por lo que se constituyen en un antecedente muy valioso para la historia del Constitucionalismo Indigenista Latinoamericano.

La Constitución de 1920 en su artículo 41°, establecía una protección especial en cuanto a los bienes de propiedad del Estado, las instituciones públicas y las comunidades indígenas, las mismas que sólo podían transferirse mediante título público y en la forma en que lo establecía la Ley, así mismo, en su artículo 18° determinó que el Estado protegería a la raza indígena y dictaría Leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades, y además, reconoció la existencia legal de las comunidades indígenas dejando a la Ley la declaración de los derechos que les corresponden.

Por su parte, la Constitución de 1933 abre aún más las posibilidades de desarrollo para las comunidades indígenas, impulsando la creación de los Consejos técnicos de cooperación administrativa en los ramos de instrucción; Agricultura, incluyendo comercio y minería; sanidad; obras públicas; correos y telégrafos; asuntos indígenas; trabajo, etc. En su artículo 207 reconoció la existencia legal y personería jurídica de las comunidades indígenas, garantizando el derecho a la propiedad y ordenando la organización del catastro correspondiente. En el artículo 209 concedió a la propiedad indígena el carácter de inembargable, imprescriptible e inajenable, salvo la expropiación, y estableció un interés preferencial del Estado por dotar a las comunidades indígenas de tierras, cuando no posean la cantidad suficiente para satisfacer las necesidades de su población, pudiendo incluso expropiar tierras de los particulares previa indemnización.

La posterior Constitución de 1979 mejorará el trato a las comunidades indígenas estableciendo un régimen especial a su favor, consagrando un conjunto de normas específicas que señalaban un tratamiento preferente para estos pueblos por parte del Estado peruano, como son, por ejemplo: el reconocimiento jurídico de sus formas políticas de organización, su participación política en el gobierno local, el otorgamiento de especiales beneficios en la reforma agraria y en el proceso de expropiación de la tierra a las haciendas, etc, derechos que habían sido desarrollados durante los años 70 y que fueron recogidos en la nueva Constitución.



### **3.3.1 La Constitución Política de Perú y el Reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

En los años venideros, la protección y garantía de los derechos de las comunidades indígenas, lejos de incrementarse, se disminuirían con la expedición de la Constitución de 1993, no sólo porque se reducen algunos derechos ya ganados en las anteriores Constituciones, sino porque a la luz del Convenio 169 de la OIT tanto la Carta Magna, como la legislación, se quedarían cortas frente a las necesidades y exigencias de esta población.

La Constitución de 1993 es producto del primer Gobierno del presidente Alberto Fujimori, como una reacción al golpe de Estado del 05 de Abril de 1992. Esta Nueva Carta de derechos aborda reformas políticas y normativas, que ubican al Estado ya no desde la perspectiva proteccionista, en la que venía desempeñándose, sino en la nueva era del mercado, la inversión privada y las actividades extractiva e industriales.

Esta Constitución es publicada el 7 de septiembre de 1993, aprobada mediante referéndum del 31 de octubre y promulgada el 28 de diciembre de 1993, y contiene las prerrogativas básicas para los pueblos indígenas, pero en ella no se incluye la consulta previa en un artículo o apartado específico, sin embargo, vale la pena estudiar las disposiciones que en alguna medida se desarrollan posteriormente por el legislador y que fundamentan también la consulta previa.

El artículo 2° de la Constitución Política de Perú consagra la igualdad ante la Ley, y la prohibición de ser discriminado por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica y cultural de la Nación, así mismo, reconoce la identidad étnica y cultural, encargándole al Estado la protección de la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

En el artículo 15° del mismo texto superior, se establece el derecho a la identidad del educando, de manera que se respete su buen trato psicológico y físico. En esta misma materia el artículo 17° le confiere al Estado el deber de garantizar la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país, promueve la integración nacional. Por su parte, el artículo 48 establece como idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también el Quechua, el Aimara y las demás lenguas aborígenes según la Ley.

En cuanto a la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas se reconoce su identidad, personalidad jurídica, autonomía. Las tierras son imprescriptibles, pero no inajenables. Así lo dispone el artículo 89 de la Constitución Política del Perú que a tenor literal reza: *“Las comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la Ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas”*<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Constitución Política de Perú, artículo 89.

Respecto del ejercicio de las funciones jurisdiccionales también existe una norma Constitucional que es preciso señalar, se trata del artículo 149 de la Carta Política que establece:

“Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del poder judicial”<sup>78</sup>.

Podría argüirse que la protección a los pueblos indígenas se encuentra presente en la Constitución Política de Perú a grosso modo, pues son pocas y muy generales las disposiciones garantistas en este sentido, sin embargo, ellas sirven de fundamento al desarrollo legislativo que va a ocurrir en Perú con posterioridad a la expedición de este texto normativo, sin que ello en algún momento implique que dichas garantías reflejen los mandatos de las normas internacionales.

Coincidiendo con el debate de la Constitución, el Convenio 169 fue promulgado mediante Resolución Legislativa No 26253 de 2 de diciembre de 1993 y ratificado el 2 de febrero de 1994; entró en vigencia para el Perú el 2 de febrero de 1995. A pesar de ello, los distintos gobiernos peruanos han avanzado poco para adecuar la normativa interna a lo que el Convenio dispone, sobre todo porque en Perú no sólo existe gran dispersión normativa, sino además, porque las normas existentes acerca de la consulta previa resultan indeterminadas, vagas e imprecisas, razón por la que en la práctica hay lugar a diversas interpretaciones en el manejo legal y constitucional de ésta figura.

Acerca de la aplicación del Convenio 169 OIT en el Perú, la congresista Hilaria Supa y los parlamentarios del partido Nacionalista Peruano, en la exposición de los motivos del proyecto de Ley No 2016 de 2007-CR expresaron:

“Sin embargo, después de doce años del convenio No 169 de la OIT en Perú, no se han promulgado normas suficientes que adecúen la legislación nacional a principios que emanan de este tratado internacional, produciéndose, por tanto, inconsistencias e incoherencias entre la legislación nacional y el Convenio No 169 OIT, que pasamos a detallar:

Dejando de lado las normas en materia ambiental y de educación intercultural, existen muy pocas normas que se inspiran y se pueden considerar normas de desarrollo de los principios del convenio No 169 OIT en el derecho nacional, lo que evidencia el grado de desinterés del Estado por aplicar dicho tratado internacional y reconocer los derechos de los pueblos indígenas.

Los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio No 169 OIT, fundamentales para mejorar la situación de desigualdad en que se encuentran estos pueblos, o no son regulados por el derecho nacional peruano o son instrumentalizados para cumplir otros fines, por ejemplo, para

---

<sup>78</sup> Ibíd., artículo 149

hacer valer el aprovechamiento de los recursos naturales a favor de terceros, desconociendo el derecho que tienen las comunidades sobre los mismos.

No se han formulado en las políticas públicas, las funciones y las obligaciones el Estado peruano para el cumplimiento del convenio No 169 de la OIT por lo que se hace difícil su cumplimiento.

No existe una institución que participe de la Organización Internacional del Trabajo (gremio empresarial, representación estatal o sindicato de trabajadores) que se encuentre interesada en promover el cumplimiento del convenio No 169 de la OIT en Perú.

Actualmente, además, fuera de los esfuerzos de la Defensoría del Pueblo, no existe una Institución estatal que vigile el cumplimiento de esta norma ni la voluntad política para implementarla, ya que ello supone más obligaciones estatales y la pérdida del amplio margen de maniobra que los gobiernos de turno no están dispuestos a asumir hasta la fecha.”<sup>79</sup>

**3.3.2 Desarrollo Legal de la Consulta Previa en Perú.** Tal como se puede verificar de las disposiciones legales existentes en el ordenamiento jurídico Peruano, la consulta previa no resulta ser un tema que esté completamente regulado, como lo exige el Convenio No 169 de la OIT, es decir, no hay reglamentación de todos y cada uno de los temas que les conciernen a las comunidades indígenas, sino sólo de algunos de ellos, e incluso, en las materias en que la consulta previa hace presencia, no se consigue una regulación precisa que garantice sus derechos como lo exige la normatividad internacional.

Las principales normas que han abordado el tema de la consulta previa en Perú se pueden resumir así: Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH 21/06/2000, que aprueba la directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas; el Decreto Supremo N° 038-2001-AG 22/06/2001 reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas; Resolución Ministerial N° 596-2002-EM-DM 20/12/2002 reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas derogado por el Decreto Supremo 028-2008-EM que establece el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas; Decreto Supremo N° 042-2003-EM 12/12/2003 que establece el compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias, la Ley N° 28611 13/10/2005 o Ley General del Ambiente, el Decreto Supremo N° 012-2008-EM 20/02/2008 que reglamenta la participación ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos; el Decreto Supremo N° 028-2008-EM 26/06/2008 que reglamenta la Participación Ciudadana en el Subsector Minero y la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM 26/06/2008 que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero.

---

<sup>79</sup> Perú, Proyecto de Ley 2016 de 2007-CR.

A continuación se efectuará un corto análisis acerca de la idoneidad, coherencia y efectividad de las normas relacionadas:

En cuanto a la Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH 21/06/2000, que aprueba la directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, debe decirse que si bien reconoce el derecho a la identidad étnica como el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa; entendiendo que tal derecho comprende: el derecho a decidir sobre su propio desarrollo, a sus formas de organización, y en lo que atañe al tema, el derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles, no establece ningún mecanismo para hacer valer y respetar dicho derecho, lo que hace que en la práctica el mismo resulte inviable.

Lo mismo ocurre con el Decreto Supremo N° 038-2001-AG 22/06/2001 el cual establece en su artículo 43 que para la categorización o establecimiento de un área protegida deben realizarse procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluyen a las comunidades campesinas o nativas, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Convenio 169, tema frente al cual no hay gran controversia.

Frente a las actividades del sector minero se expidió en el año 2003 el Decreto Supremo 042-2003-EM del Ministerio de energía y minas, en este decreto, se obliga a las empresas mineras a respetar las instituciones, las autoridades, culturas y costumbres de las localidades que habitan en el territorio intervenido, esto se obtiene a través de una manifestación jurada, la cual resulta siendo meramente declarativa dado que no se prevé ningún mecanismo para hacerla efectiva o controlar su cumplimiento.

Por su parte, el Decreto Supremo 028-2008-EM establece el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, que entró en vigencia el 26 de junio de 2008. Esta norma hace referencia al Convenio 169 de la OIT, pero establece mecanismos inconsecuentes, que no implican un desarrollo del Convenio. Así por ejemplo, hace alusión al principio de buena fe en la consulta y a la finalidad de la misma, que se centra en conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas se ven afectados. Así mismo, la norma contempla una serie de derechos y principios como: 1-. El derecho a la participación, 2-. El derecho al acceso a la información, 3-. El principio de respeto a la diversidad cultural, 4-. El principio de no discriminación, 5-. El principio de vigilancia ciudadana y 6-. El principio de diálogo continuo. Sin embargo, lo anterior contradice todo esto, cuando dispone que la consulta previa se efectúe con posterioridad a la concesión minera, dejando sólo como enunciados los principios transcritos del Convenio 169 OIT.

De esta forma, la consulta previa se lleva a cabo en lo relacionado con los estudios de impacto ambiental y social, los mismos que se deben solicitar y realizar previa intervención minera, según lo establece el Decreto Supremo 038-2001- AG y el 028-2008- EM, pero posterior a la aprobación del proyecto a ejecutarse. Los estudios previos según la citada regulación, se encomiendan a la empresas que efectuarán las actividades mineras, siendo que los mismos deberían corresponder a una labor realizada por entidades imparciales, de conformidad a lo establecido por la Corte Interamericana

de derechos Humanos, corporación que hace énfasis en que estas actividades deben obligatoriamente reportar beneficios para los pueblos indígenas.

En este sentido, puede afirmarse que la consulta previa en el contexto descrito no busca involucrar a las comunidades indígenas en la actividad a realizarse, esto es, no existe una participación directa en cuanto al proyecto como tal, sino al estudio ambiental que surja del otorgamiento de la concesión minera. De esta forma, la consulta previa descrita en el mencionado decreto no requiere ni tiene en cuenta el consentimiento de la comunidad frente al proyecto minero, sino sobre el impacto ambiental y sobre la forma de neutralizar los efectos.

La consulta previa, según esta normatividad, se entiende como un proceso de información y diálogo, lo que representa una noción bastante sesgada de conformidad con las disposiciones del convenio 169 OIT, pues en ningún caso comporta el mecanismo para encontrar un acuerdo respecto de una actividad minera específica. Adicionalmente, no se entiende a la consulta previa como un mecanismo obligatorio de participación sino como un requisito formal facultativo, con lo cual pierde su naturaleza garantista.

Por su parte, la participación de las comunidades indígenas en el sector energético está regulada por el Decreto Supremo 12-2008-EM, publicado el 20 de febrero de 2008, mediante el cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. Esta norma corrigió que la consulta se realizará después de la concesión, al establecer que ésta busca determinar si podrían afectarse los intereses de las poblaciones que habitan en las zonas de influencia de los proyectos de hidrocarburos a efectos de que antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozcan y analicen las principales preocupaciones manifestadas.

Sin embargo, la orientación de la participación ciudadana, tal como está concebida, no logra los resultados exigidos por las normas internacionales, en cuanto a propiciar una efectiva participación de las comunidades indígenas, esto por cuanto, la regulación de la consulta es una norma de tipo muy general, lo que permite varias interpretaciones al momento de su aplicación, y que ha llevado a que las empresas extractivas lo único que lleven a cabo sean talleres informativos y audiencias públicas una vez otorgados los derechos, esto es, de forma posterior a la suscripción de los contratos de exploración o explotación.

De manera que, en el sector energético no es muy clara la presencia de la consulta previa como mecanismo de participación de los pueblos indígenas, pues el otorgamiento de los derechos o permisos para realizar actividades extractivas en nada depende de la consulta que se haga a los pueblos indígenas. Además, no se trata de una consulta propiamente dicha la que se involucra en esta regulación, sino de talleres que informan el inicio de una actividad, y que en últimas se acercan más a los medios difusivos formales, que a los de participación y decisión.

Respecto de la Ley general de ambiente debe decirse que es de las últimas normas aprobadas en los temas ambientales y de conservación de la biodiversidad, y aunque por técnica jurídica no es la norma que de por sí deba contener el mecanismo de la consulta previa, y lo prevé en su artículo 72 de la siguiente forma:

“Artículo 72 °- Del aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas: inciso 1.- los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, adoptarán las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica y a sus valores tradicionales.”<sup>80</sup>

Así mismo, en el inciso segundo del mentado artículo 72 establece que *“en caso de haber proyectos o actividades para ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de la consulta previa se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de estas (...).”*<sup>81</sup>

En el mismo sentido, el inciso 3 de esta norma otorga a los pueblos indígenas tan sólo los derechos de libre acceso “Para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales”<sup>82</sup> –sin garantizar que estas zonas no estén contaminadas por el proyecto minero-, y un derecho de preferencia para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras sólo en el caso en que no exista reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros.

Esta Ley establece claramente limitaciones en cuanto al manejo de los recursos naturales por parte de terceros, en caso de involucrarse tierras de comunidades campesinas y nativas, de tal forma que las empresas interesadas en realizar un proyecto que toque el territorio de estas comunidades deberán incluir en sus estudios el impacto socio-cultural del proyecto para las localidades que resulten afectadas. Así mismo, deberán orientar la consulta previa a lograr un acuerdo con los representantes a fin de preservar los derechos y costumbres tradicionales. La norma prevé mecanismos de resarcimiento obligatorios en caso de ocasionar daños ambientales o socioculturales, y finalmente, establece la necesidad de pactar una participación justa y equitativa de los pueblos indígenas frente a los beneficios económicos que reporte un proyecto en su territorio.

Así, y pese a que esta norma lleva el alcance de la consulta previa un poco más cerca de la exigencia de las normas internacionales, también presenta limitantes en la forma como ha sido concebida. Particularmente, puede notarse que no define el momento oportuno en que deberá efectuarse la consulta previa dentro del proceso de otorgamiento de los derechos para realizar una actividad extractiva, además, se puede ver que el procedimiento de la consulta previa se orienta preferentemente a establecer acuerdos entre los pueblos y las empresas para señalar beneficios y medidas compensatorias, restringiendo los fines que en realidad debería tener, que consisten precisamente en obtener el consentimiento o conocer la voluntad de los pueblos indígenas, tal como lo establece el Convenio 169 OIT.

Como puede observarse de la anterior ilustración, las normas existentes en el ordenamiento jurídico peruano no responden a verdaderas intenciones de desarrollar lo

---

<sup>80</sup> Perú. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 28611 (13, octubre, 2005). “Por la cual se expide la Ley General de Ambiente”. Perú. Artículo 72

<sup>81</sup> *Ibíd.*

<sup>82</sup> *Ibíd.* Artículo 3

establecido en el Convenio 169 OIT, pues aunque se procura integrar este tema con la regulación de materias que afecten o involucren la vida de las comunidades indígenas, no se lo hace desde la finalidad de la norma, de manera que el derecho de la consulta previa en el Perú no corresponde con los mandatos y las exigencias de las normas internacionales.

Las consecuencias de las situaciones como éstas, en las que no se satisfacen las necesidades propias de una comunidad específica, pueden verse desde dos perspectivas: 1-. La falta de garantías para el grupo afectado y 2-. La ineficacia de las pocas normas que puedan brindar alguna protección a los mismos. En cualquier caso, la incidencia de esto se refleja en el grado del conflicto que puede llegar a producirse al interior del país.

En un estudio realizado por la Fundación para el Debido Proceso Legal: INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL SEATTLE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, publicado en el año 2010<sup>83</sup>, acerca de la consulta previa en Perú, se hace mención al contexto de la alta conflictividad en el país a causa de la falta de coherencia entre la normatividad interna y la Internacional. Al respecto, se afirma que uno de los principales problemas del Perú, por su enorme impacto negativo, es la falta de cumplimiento de la obligación de consultar a los pueblos indígenas, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la poca atención a la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana.

De acuerdo con la tipología de los conflictos sociales reportados por la Defensoría del Pueblo<sup>84</sup> en septiembre de 2009, el 47% de los conflictos corresponde a causas socio ambientales, el 13%, al cultivo de coca, el 1% se relaciona con causas electorales, el 3% se refiere a las causas de demarcación territorial, el 4% corresponde a cuestiones comunales, el 13% tiene que ver con temas laborales, el 11% se desencadena por asuntos de Gobierno Nacional, el 2% se relaciona con asuntos de Gobierno Regional, el 17% se origina por asuntos de Gobierno Local y el 1% restante corresponde a otros conflictos.

Al analizar el detalle de los casos que reporta la Defensoría del Pueblo, podemos observar que el desconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas no se restringe a una categoría determinada, sino que es transversal a los distintos tipos de problemas que se señalan. Es importante tener en cuenta esto, pues los conflictos vinculados al derecho y a la consulta previa de los pueblos indígenas no se limitan a los conflictos socio ambientales que reporta la Defensoría del Pueblo (aunque son la mayoría de casos), y no en todos los casos dentro de esta categoría están involucrados los pueblos indígenas.

En el citado estudio, se analizan todos los casos reportados por la Defensoría del Pueblo, para determinar si los conflictos existentes en cada región del país tienen su origen en la falta de consulta. Para el efecto, se elabora un cuadro en el que se presenta

---

<sup>83</sup> Fundación para el Debido Proceso Legal, INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL SEATTLE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, El derecho a la consulta en los pueblos indígenas del Perú, Washington, DC, 2010. Disponible desde internet en [www.dplf.org](http://www.dplf.org)

<sup>84</sup> Defensoría del Pueblo, *Reporte Mensual N° 67 Conflictos Sociales – Septiembre de 2009*, pág. 1, disponible en [www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales-reportes.php](http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales-reportes.php), consultada el 23 de octubre de 2009.

el número de conflictos por región, y se detalla cuántos de estos conflictos involucran el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y cuáles no.

Las regiones involucradas en el estudio fueron las siguientes: Amazonas, Ancash, Apurímac, Apurímac/Cusco, Arequipa, Arequipa/Cusco, Arequipa/Puno, Ayacucho, Ayacucho/Arequipa, Ayacucho/Huancavelica, Cajamarca, Callao, Cusco, Cusco/Junín, Cusco/Madre de Dios/ Puno, Huancavelica, Huánuco, Ica, Ica/Lima, Junín, La libertad, Lambayeque Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Moquegua/Puno, Moquegua/Tacna, Nacional Pasco, Piura, Puno, San Martín y Tacna. En estas regiones se encontró, que el 44% de los conflictos activos y latentes, corresponden a casos donde hay necesidad de la consulta previa, y que involucran a los pueblos indígenas en el Perú.

El estudio concluye que respetando el derecho a la consulta previa se podría evitar el surgimiento de muchos conflictos sociales y resolver o mitigar otros tantos actualmente existentes en el país, con lo cual se contribuiría al desarrollo igualitario y equilibrado de la sociedad. Lo anterior, teniendo en cuenta que a través de la consulta previa se pueden establecer posibles acuerdos sobre las diferentes medidas que afecten el medio ambiente y otros factores, así mismo, pueden determinarse las compensaciones económicas que tendrían lugar en el caso de una explotación y afectación de los territorios con sus consecuentes daños al ambiente y a la salud, así como la distribución de los recursos naturales y la utilización de los mismos, dando cabida a lo que podría denominarse un diálogo intercultural entre la comunidad, la empresa y el Estado.

La consulta previa se erige, entonces, como un mecanismo de participación, pero también como una forma de garantizar el sostenimiento del medio ambiente y la democracia al interior de un país. Esta misma idea se plantea por parte del Doctor Henry Carhuatocto Sandoval, en su texto intitulado “ Las Implicancias del derecho a la consulta previa en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional” cuando afirma:

“Los conflictos sociales indígenas que tienen como su principal reclamo la ausencia del respeto del derecho a la consulta previa, evidencian la necesidad de desarrollar una legislación que regule el derecho a la consulta previa y mejor aún que la consagre como un requisito previo en la toma de decisiones administrativas o legislativas que afecten los intereses de estos pueblos, ello es parte vital para arribar a una solución sostenible y democrática”<sup>85</sup>

No obstante a lo anterior, los gobiernos de los últimos años, lejos de preocuparse por desarrollar normativamente y en la práctica el derecho de consulta en Perú, con fundamento en lo dispuesto por el Convenio 169 OIT, han desconocido las pocas normas existentes, ello se puede verificar, por ejemplo, con la expedición de los siguientes decretos legislativos: 994 (modificado por el DL 1064), 1081, 1015 (modificado por el DL 1073), 1064, 1079, 1089, 1090 y el 1085, los mismos que no estuvieron precedidos por el procedimiento de consulta y por tanto, vulneraron y afectaron directamente el territorio de los pueblos indígenas y otros de sus derechos.

---

<sup>85</sup> CARHUATOCTO Sandoval Henry, “Implicancias del derecho a la consulta previa en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, T. 18, junio de 2009, Gaceta Jurídica Perú, pp. 121-133.



En el informe que presenta la comisión de expertos de la OIT publicado el 20 de febrero de 2009<sup>86</sup> al analizar la situación de la consulta previa en Perú, pueden verificarse cuatro observaciones importantes de resaltar:

En el Perú no existe un criterio unificado ni una misma terminología para distinguir la categoría jurídica de los pueblos indígenas. La diferencia o analogía con las comunidades campesinas y nativas genera confusiones y ello lleva a que no resulte claro a quién se le aplica el Convenio. Es por ello que la CEACR le pide al Gobierno que adopte las medidas requeridas para acoger un sólo criterio que agrupe todas las formas organizadas de los pueblos originarios que habitan el país.

No existe una acción coordinada y sistemática entre el Gobierno y los pueblos indígenas para la toma de decisiones y Contrariamente, se observa la poca aplicación del derecho a la consulta previa y la participación para las propuestas legislativas y actividades dentro de los territorios indígenas, según lo exigen los artículos 2, 6, 17 y 33 del Convenio 169 de la OIT. Por las anteriores razones, la Comisión insta al Gobierno a que busque la participación y consulta de los pueblos indígenas y a que cree los mecanismos necesarios que permitan el desarrollo de una institucionalidad que garantice la participación de los pueblos indígenas.

Es indispensable identificar las situaciones urgentes en relación con la explotación de los recursos naturales que existan en el territorio de los pueblos indígenas, en las cuales se pongan en riesgo las instituciones, las personas, los bienes, las culturas, el trabajo y el medio ambiente. La CEACR le solicita al Gobierno que garantice la consulta previa en relación con esta clase de proyectos.

La CEACR solicita al Gobierno que proporcione información sobre dichas medidas y sus avances, junto con sus comentarios sobre las comunicaciones recibidas, en forma detallada. La Comisión le otorgó plazo hasta el 1 de septiembre de 2009.

Actualmente, se encuentra en curso el proyecto de Ley No 2016 de 2007-CR propuesto por el partido Nacionalista Peruano, el cual, al parecer, recoge exigencias importantes en la regulación de la consulta previa, pues procura unificar la regulación existente en las diferentes materias que afectan la supervivencia y estabilidad de los pueblos indígenas. Lo importante, no es lograr que en un ordenamiento jurídico se prevea la consulta previa sino que ésta alcance un alto grado de efectividad y se cuente con los mecanismos jurídicos eficientes para exigir su cumplimiento.

---

<sup>86</sup> CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, núm. 169, Perú, ratificación: 1994, publicación: 2009.

### 3.3.3 Aportes Jurisprudenciales sobre la Consulta Previa en

**Perú.** En el Perú, la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas no ha tenido mayor desarrollo. Sin embargo, como ya se mencionó, en los últimos años, los gobiernos han expedido decretos sin cumplir con el requisito de la consulta previa, lo cual ha dado lugar a que se inicien demandas de inconstitucionalidad contra algunos de ellos que aún se encuentran en curso, y se conoce que el Tribunal Constitucional de Perú sólo se ha pronunciado sobre el derecho de la consulta previa en un proceso de amparo, al que se le dio el nombre de caso Cordillera Escalera, expediente N° 03343-2007-PA/TC.

En la mencionada demanda de amparo se discute si la exploración y posible explotación hidrocarburífera de unas empresas implica una afectación o amenaza al ecosistema del Área de Conservación Regional denominada *Cordillera Escalera* y, por consiguiente, una afectación al derecho del demandante a un ambiente adecuado y equilibrado. El Tribunal Constitucional se refiere al tema de la consulta previa, pese a que éste no es uno de los fundamentos de la demanda, pues advierte que según el informe técnico remitido por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social se aprecia que en el lote 103 existen *64 comunidades nativas de grupos étnicos* pertenecientes a las familias *Cocama Cocamilla* y *Chayahuita*. Por tal motivo -si bien sólo algunos de estos grupos podrían ser directamente afectados- el Tribunal estima pertinente pronunciarse, de manera tangencial, sobre la temática relativa a los pueblos indígenas.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional señala que el Convenio 169 de la OIT forma parte del derecho interno peruano y tiene rango constitucional. Esto de conformidad a lo establecido en la cuarta disposición final de la Constitución Política del Perú, que establece *“Las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración de derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Perú”*<sup>87</sup>, lo que significa que todos los tratados que se suscriban en materia de derechos humanos tienen rango constitucional. De esta forma, toda interpretación que realice el Tribunal Constitucional sobre el contenido y alcance de los derechos constitucionales debe hacerse a la luz de las declaraciones de los derechos humanos, los tratados internacionales de derechos humanos y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de los derechos humanos constituidos según los tratados ratificados por el Perú.

Textualmente así lo afirma el alto Tribunal :

“De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre los pueblos indígenas que, a su vez,

---

<sup>87</sup> Constitución Política de Perú, cuarta Disposición final y transitoria.

concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”<sup>88</sup>

La consideración especial de los indígenas define según el Tribunal Constitucional la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas en la Constitución, de esta manera lo expresó:

“Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de Gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas para organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren los derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales”<sup>89</sup>.

Según el Alto Tribunal, la libre determinación concebida tal como se describe, junto con la importancia de la tierra para los pueblos indígenas, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en sus fundamentos 34 y 35 afirma que: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*<sup>90</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el Tribunal Constitucional de Perú los pueblos indígenas necesitan ser consultados porque de esa forma se protege y se concreta la identidad étnica y el respeto de las culturas que la Constitución de Perú promueve. Sin embargo, como se ha reiterado a lo largo del presente trabajo, esta corporación es enfática en considerar que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras, pues la consulta previa no puede realizarse bajo cualquier mecanismo improvisado sino que debe llevarse a cabo en un contexto previamente determinado, donde las partes sepan en qué están participando y cuenten con la información debida.

Finalmente, el Tribunal Constitucional precisa que no existe una norma general que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y el carácter vinculante del derecho a la consulta previa establecido en el convenio internacional 169 OIT, por lo que según la corporación correspondería al órgano legislativo, la regulación del caso a fin de hacer

---

<sup>88</sup> Perú, Tribunal Constitucional, sentencia N° 03343-2007-PA/TC. Perú Mayo 10 de 2007. Fundamento 33

<sup>89</sup> *Ibíd.* Fundamento 32

<sup>90</sup> *Ibíd.* Fundamentos 34 y 35

realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida respecto de todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas.

La sentencia concluye dándole rango Constitucional al convenio 169 de la OIT, sin embargo, no exhorta clara y expresamente al Gobierno sino que formula únicamente una recomendación respecto a su regulación.

### **3.4 Sobre la consulta previa en Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia**

La descripción realizada acerca de la consulta previa en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, permite extraer algunas conclusiones en lo relacionado con la aplicación en el derecho interno, de los mandatos internacionales como los plasmados en el convenio 169 de la OIT. Los aspectos a resaltar, pueden resumirse de la siguiente forma:

Los cuatro países, es decir, Colombia, Perú, Eduardo y Bolivia, han ratificado la Carta de la Organización de los Estados Americanos, por lo tanto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede formular recomendaciones de carácter general y en situaciones individuales. Igualmente, los cuatro países aprobaron la Declaración Americana sobre derechos y deberes del hombre, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aceptando con ello la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la cual corresponde conocer los casos de incumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha Convención.

También estos países aprobaron la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la cual fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 12 de Septiembre de 2007. Del mismo modo, los cuatro países sobre los que se ha adelantado este estudio, ratificaron el pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y el Pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales.

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, los cuatro países han ratificado el convenio 169 relacionado con pueblos indígenas y tribales, en el cual se encuentra consagrado el derecho a la consulta previa<sup>91</sup>.

En cuanto a la consagración constitucional del derecho a la consulta previa, debe anotarse que Bolivia y Ecuador cuentan con disposiciones expresas sobre el tema, en las que se reconoce, entre otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, el mencionado. Las Cartas Políticas de estos países reflejan las luchas y las conquistas obtenidas por estos pueblos en el tema de sus derechos, y reconocen la pluralidad en la composición de su sociedad, y la necesidad de brindar un trato especial, que respete la integridad de la fuerza social indígena y de sus intereses.

Estas Constituciones evidencian el interés de armonizar los derechos indígenas con los derechos de la sociedad, y ofrecer las herramientas jurídicas necesarias para dirimir los

---

<sup>91</sup> El Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. DPLF - Oxfam. Disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1301596126.pdf>

conflictos que se generan alrededor del indigenismo nacional. De esta forma, se reconocen los derechos de gran importancia como: La libre determinación, El uso de las tierras, y dominio ancestral del territorio, La educación intercultural, El autogobierno, El acceso a un sistema de salud adaptado a su condición, La propiedad intelectual de sus saberes, A participar de los beneficios de la explotación de sus recursos, entre otros.

Específicamente, en cuanto a la consagración de la consulta previa, debe decirse que Ecuador la contempla para la explotación de los recursos naturales, y la adopción de medidas administrativas; por su parte, Bolivia la contiene para los tres eventos que se mencionan en el convenio 169 OIT, esto es, para los mencionados y para la adopción de medidas legislativas.

Para el caso de Perú, debe decirse que la expedición de la Constitución de 1993, lejos de incrementar la protección y garantía de los derechos de las comunidades indígenas, no sólo disminuyó dichas garantías y los derechos ya ganados, sino que omitió incluir el tema de la consulta previa en el texto constitucional. De esta manera, tan sólo reconoce los derechos como la igualdad ante la Ley y la prohibición a ser discriminado. Se reconoce la educación bilingüe intercultural, y así mismo, se establecen como idiomas oficiales el Quechua, el Aimara y las demás lenguas aborígenes según la Ley, sin que se haga mención expresa al derecho de los pueblos indígenas de ser consultados previamente frente a las medidas que les afecten.

Vale la pena además hacer una comparación con el marco constitucional colombiano, y al efecto deberá decirse que nuestra Carta Política, corresponde en menor medida al convenio 169 OIT en comparación con las de Bolivia y Ecuador, pues consagra el derecho a la consulta previa únicamente en relación con la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, y deja de lado este mecanismo frente a la adopción de las medidas legislativas y administrativas, esto aún cuando esta Carta de Derechos resulta más beneficiosa que la de Perú, debido a que esta última no tiene ninguna consagración al respecto.

En cuanto al desarrollo legislativo del derecho a la consulta previa en estos países se puede concluir que en Perú la norma más significativa es la Ley general del ambiente, la cual regula los temas ambientales y de conservación de la biodiversidad, y aunque por técnica jurídica no es la norma que deba contener la regulación del mecanismo de la consulta previa, hecho que lo hace en su artículo 72, y lleva el alcance de este derecho un poco más cerca de las exigencias de las normas internacionales porque establece claras limitaciones en cuanto al manejo de los recursos naturales por parte de terceros, en caso de involucrar las tierras de las comunidades campesinas y nativas, se exige un proyecto de impacto sociocultural a las empresas interesadas en realizar un proyecto orientando la consulta previa hacia un acuerdo entre los representantes de dichas empresas y las comunidades indígenas. Sin embargo, esta norma no define el momento oportuno en que debe afectarse la consulta previa ni tampoco es exigente en cuanto a lograr el consentimiento de estas comunidades.

Respecto a Bolivia, la única norma que se puede destacar es la Ley de hidrocarburos, la cual contiene el derecho a la consulta previa y participación de los pueblos indígenas, y exige que la consulta previa se realice de buena fe, con veracidad, transparencia, información y oportunidad, a cargo de las autoridades competentes, por medio de los procedimientos adecuados y teniendo en cuenta las circunstancias de cada pueblo o comunidad. Como se puede observar, en comparación con la legislación peruana, esta

norma si establece que la consulta previa debe hacerse en forma oportuna, pero tampoco señala en forma precisa cual es el momento oportuno, ni exige el consentimiento de las comunidades.

En Ecuador, la regulación de la consulta previa se hace de forma genérica, esto es, se reglamenta por medio de la Ley ambiental, la participación de todos los ciudadanos, sin hacer alusión especial a la de los pueblos indígenas, por lo tanto, la norma no desarrolla este derecho del convenio 169 de la OIT, sino el derecho a la participación popular. Ahora bien, además de esta Ley de gestión ambiental, se expidieron otros reglamentos, los cuales fueron fuertemente criticados por ser inconstitucionales en razón a no haber sido consultado su texto definitivo con las comunidades indígenas, por no propender por lograr el consentimiento de las comunidades indígenas, y por haber sido expedidos sin el contenido de las formalidades legales.

El reglamento de la participación ciudadana, adoptado por decreto 1040 de 2008, tampoco garantiza en forma específica la participación indígena, sino que regula la participación ciudadana *in genere*, desvirtuando las diferencias evidentes que existen entre las minorías étnicas y el resto de la comunidad. Este decreto fue un retroceso en las decisiones del Estado ecuatoriano, pues además de lo anterior, derogó expresamente el artículo del reglamento de las operaciones hidrocarburíferas, el cual sí consagraba la información y el consenso previo con los pueblos indígenas antes de la ejecución de los planes y proyectos de la explotación hidrocarburífera.

Por su parte, la reglamentación colombiana del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas pretende ajustarse a las exigencias del convenio 169 de la OIT. Inicialmente, la Ley 99 de 1993 establece la consulta previa a las comunidades indígenas cuando se pretenda llevar a cabo la explotación de los recursos naturales, y en consonancia con ello, el Decreto 1320 de 1998 establece como obligatorio este procedimiento en tres eventos, la explotación de los recursos naturales, la concesión de licencias ambientales, el documento de evaluación y manejo ambiental, tal como se anotó en el capítulo anterior de este trabajo.

En el mismo sentido, el Decreto 1397 de 1996 consagra el procedimiento de la consulta previa antes de la adopción de las medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a las comunidades indígenas, y señala que en dichos trámites podrá participar la mesa permanente de la concertación que se crea a través de la misma norma.

Pese a ello, vale la pena reiterar que no por existir normas que contengan la regulación sobre el tema, puede considerarse que la consulta previa es un derecho plenamente respetado en Colombia, y que las normas que lo amparan sean absolutamente legítimas, pues tal como se indicó, el Decreto 1320 de 1998 ha sido fuertemente criticado por haberse realizado sin la participación de las comunidades implicadas, las mismas que han manifestado abiertamente su oposición.

Por lo anterior, si bien es cierto que en Colombia existe un desarrollo legal más garantista y mayormente encaminado a dar estricto cumplimiento a las disposiciones del convenio 169 de la OIT, en relación con países como Bolivia, Perú y Ecuador, por si mismo esto no significa que los derechos de las comunidades indígenas sean íntegramente respetados, sin embargo, el tema de la eficacia normativa en este asunto será objeto de estudio en aparte posterior de este trabajo.

Por último, no sobra advertir que la labor de los Tribunales Constitucionales de los países que se han analizado, resulta un punto de apoyo para las comunidades indígenas, porque a través de los diversos fallos se han reconocido la especialísima connotación del derecho a la consulta previa, y tanto en Colombia, como en Bolivia, Ecuador y Perú, se ha reconocido que el convenio 169 de la OIT hace parte de cada ordenamiento jurídico con un rango constitucional, pues integra los respectivos bloques de constitucionalidad. Con esto, se abren caminos hacia la determinación de posibles mecanismos de defensa más ágiles y más efectivos, y que correspondan en mayor medida a los derechos protegidos.

Pese a esto, no se puede desconocer que en algunas ocasiones, como es el caso de Perú, la labor judicial se ha limitado a reconocer la importancia del derecho a la consulta previa y ratificar su constitucionalidad, pero los fallos respectivos no se han convertido en instrumentos para la exigencia del respeto de dicho derecho, y no han pasado de ser meros llamados de atención al Gobierno para que se de estricto cumplimiento al convenio internacional.

En otros casos como Ecuador, la jurisprudencia ha tenido variaciones en el tiempo, y apenas en los últimos cinco años el Tribunal está reconociendo la magnitud de los derechos de los pueblos indígenas y la necesidad de dotarlos de una protección especial, pues en anteriores oportunidades se les dio un tratamiento que desconocía la diferencia de estas comunidades y vulneraba su identidad cultural. En Bolivia, el Tribunal Constitucional reconoce la importancia de la consulta previa, y la entiende como el mecanismo procesal para garantizar el respeto por los derechos a la participación y a la autodeterminación de los pueblos indígenas, sin embargo, no trasciende de esta concepción meramente procesal, y por ello, tal como ocurre con los otros países mencionados, no ha reconocido que más allá de la consulta previa, el convenio 169 de la OIT requiere a los Gobiernos a contar con el consentimiento previo de las respectivas comunidades.

Finalmente, debe decirse, que si bien es cierto la mayoría de los países de América Latina incorporan el Convenio 169 de la OIT a su normatividad interna, dicha incorporación no se ha hecho con la debida conciencia, de tal manera que la reglamentación que surja de la ratificación de esta norma Internacional abra la posibilidad de brindar garantías reales a los pueblos indígenas en lo relacionado con la consulta previa. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien existe regulación frente al tema, esta resulta siendo escasa, imprecisa, vaga y sin alcances prácticos, sobre todo porque no se prevén mecanismos o los procedimientos para llevar a cabo la consulta previa en caso de adoptar las medidas que afecten a las comunidades indígenas, y porque las pocas normas que existen se desconocen por parte de los Gobiernos y de empresas interesadas en iniciar los proyectos ambientales con el afán de atender el acelerado desarrollo industrial, tecnológico y de infraestructura que exige el contexto del mercado.

Sin embargo, considero que el problema fundamental reside en la inexistencia o desconocimiento de las alternativas procesales o judiciales para que los pueblos indígenas puedan hacer efectivo su derecho a ser consultados previamente, pues el hecho de que un derecho se encuentre consagrado en la Constitución o en las Leyes implica indefectiblemente que a la par se consagre la forma como éste debe hacerse efectivo, pues sólo de esta manera puede garantizarse el ejercicio del mismo. Lo que no se ha entendido por parte del Gobierno y la comunidad en general, es que la consulta

previa no sólo es un derecho de los pueblos indígenas, sino también una obligación del Estado y sobre todo una garantía de que los proyectos ambientales que se lleven a cabo con base en un acuerdo previamente formalizado pueden desarrollarse sin generar conflictos en el país, dado que sí se agotó un diálogo intercultural entre la comunidad, la empresa y el Estado.



## **4. Línea jurisprudencial: el alcance de la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas**

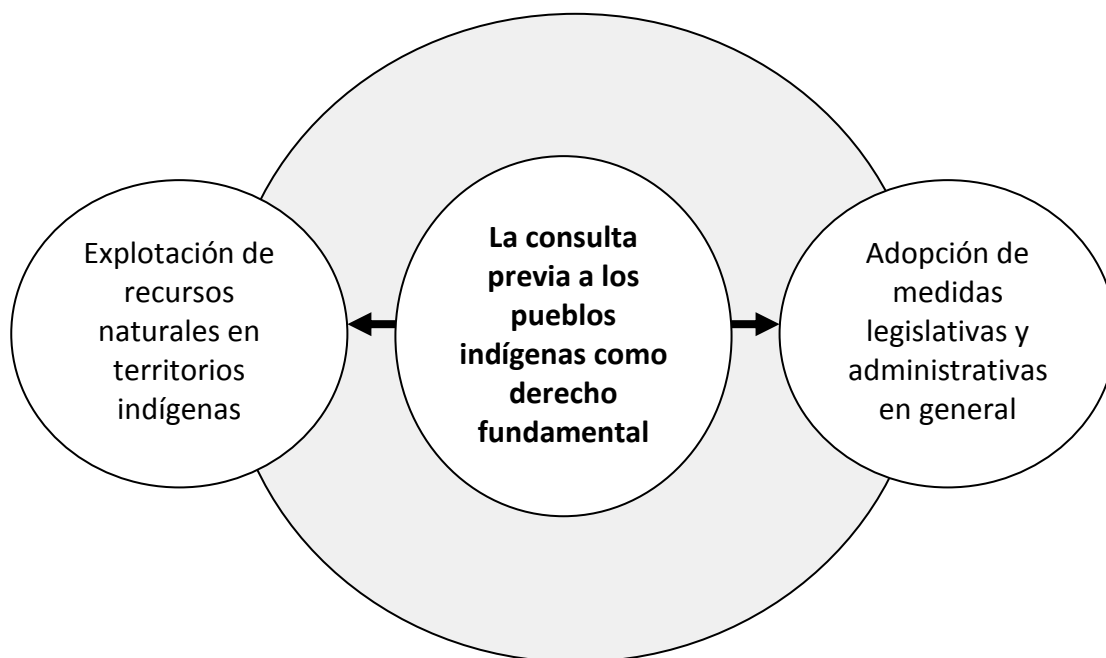
Después de haber presentado algunas consideraciones sobre los procesos vividos por los pueblos indígenas colombianos para lograr la reivindicación de sus derechos, sobre la figura de la consulta previa como derecho y como mecanismo de participación entendiendo para ello su sustento conceptual, su justificación y su alcance, y de conocer su desarrollo normativo en el contexto nacional e internacional, y la comparación del desarrollo legal en Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador, por tanto es necesario pasar a un análisis jurídico detallado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia.

El propósito fundamental que se persigue en esta parte de la investigación es sistematizar el derecho jurisprudencial que existe en relación con el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en relación con las decisiones legislativas y administrativas adoptadas por el Estado, y así, como una forma de estudio del tema, para identificar las subreglas que al margen del derecho legislado ha establecido la jurisprudencia, y que naturalmente, tienen un significativo alcance dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

De esta manera, se pretende demostrar que si bien el derecho de origen judicial tiene un desarrollo paulatino, ello no es óbice para que contenga pautas muy importantes sobre el tema investigado, pautas que ni siquiera han sido ofrecidas por las Leyes ni por la misma Constitución, y que por tanto, son en sí mismas un avance para el respeto de los derechos que les son propios a las comunidades indígenas de Colombia.

A través de la línea jurisprudencial que se desarrollará a lo largo de este capítulo será posible identificar las reglas jurisprudenciales vigentes sobre la consulta previa frente a la adopción de decisiones administrativas y legislativas, y los cambios que se han presentado al interior de la Corte y que se manifiestan en sus decisiones. Igualmente, será posible destacar la relación Ley - jurisprudencia que existe en la actualidad, a fin de examinar como la permanente evolución del derecho judicial ha aportado al desarrollo de los conceptos jurídicos y los criterios hermenéuticos más benéficos para las comunidades indígenas.

Así, como podrá notarse en los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, el tema de la consulta previa como derecho fundamental ha sido vinculado a diferentes aspectos relacionados con los pueblos indígenas, como la explotación de recursos naturales en sus territorios y la adopción de decisiones legislativas y administrativas que les afecten en forma directa. También se ha abordado este mismo análisis en el marco de la Constitución Política de Colombia, por un lado, y del convenio 169 de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad, y por el otro, la situación que ha dado lugar a los pronunciamientos disímiles por parte de la Corte Constitucional, entre los años de 1997 y 2009. Para comprender mejor los aspectos a los que se ha aludido, vale la pena identificarlos como escenarios constitucionales del derecho a la consulta previa, siguiendo la metodología ofrecida en la obra "El Derecho de los Jueces". Dichos escenarios se pueden graficar de la siguiente manera, y es preciso tenerlos en cuenta a fin de desarrollar posteriormente el problema jurídico:



Una vez identificados los escenarios constitucionales que interesan en el marco de esta investigación, se consideró que uno de los aportes más significativos al tema de la consulta previa como garantía del derecho de los pueblos indígenas a su integridad cultural, sería determinar si en virtud del precedente jurisprudencial la consulta previa tiene el carácter de derecho fundamental, y a partir de allí, establecer si la acción de tutela se constituye en un mecanismo de defensa judicial cuando se adopten decisiones que puedan afectar directamente a estas comunidades.

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema jurídico a estudiarse en la presente línea jurisprudencial, se define de la siguiente manera: ¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?. La pregunta planteada aborda básicamente el tema de la consulta previa desde dos contextos tal como lo ha manejado la Corte Constitucional en sus fallos, por una parte establece que la consulta previa es un derecho fundamental en relación con las decisiones administrativas y legislativas o su ejecución, en lo que respecta a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de conformidad con el parágrafo del artículo 330 Superior; por la otra, concluye que la consulta previa es un derecho fundamental en relación con todas las medidas legislativas y administrativas que afecten en forma directa a las comunidades indígenas, por virtud de la ratificación del convenio 169 de la OIT que integra el bloque de constitucionalidad.

A fin de desarrollar el mencionado problema jurídico, se presentará un análisis temporal y estructural de las sentencias más significativas en la línea, y las mismas se interpretarán en una forma sistemáticamente interrelacionada y no como aportes independientes, para lo cual se seguirá la metodología que se ofrece en el Libro “El Derecho de los Jueces”, del autor Diego López Medina.

Se iniciará con la identificación del problema jurídico de la Línea Jurisprudencial, seguido de la identificación de lo que el mencionado autor denomina el punto arquimédico de apoyo, para continuar con la ingeniería de reversa y formar así la telaraña y los puntos nodales de la jurisprudencia, lo cual hará posible identificar las sentencias hito de la línea en torno a los patrones fácticos y al problema jurídico definido.

Por último, se realizará el análisis estático de las sentencias que han sido previamente identificadas como parte de la línea jurisprudencial. Dicho análisis contendrá información relevante de cada pronunciamiento, de forma y de fondo, como: los fundamentos fácticos, la ratio Decidendi, la obiter dicta, y por supuesto, la decisión adoptada por la Corte. Una vez sistematizados estos datos, se dará paso al análisis dinámico de la jurisprudencia, que permitirá comprender el manejo del precedente jurisprudencial en relación con el tema.

De acuerdo con el autor Diego López Medina el inicio de la construcción de la línea una vez se tiene definido el problema es encontrar el denominado por él *punto arquimédico*, que se define como una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito fundamental será el de ayudar en la identificación de las “sentencias hito” de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea<sup>92</sup>.

Como punto arquimédico de la línea jurisprudencial que se desarrollará en torno al tema del presente trabajo, esto es, como sentencia que da solución a las relaciones estructurales entre las demás sentencias, se ha identificado a la sentencia C-175 de 2009, misma que permite identificar las sentencias hito y a producir la sistematización en un gráfico de línea.

Dicha sentencia cumple con los requisitos que según el texto de López Medina deben hallarse en el punto arquimédico, esto es: que sea lo más reciente posible y que los hechos más importantes de la sentencia, tengan relación directa o lo más cercano posible, con el objeto de la investigación, porque es el fallo mas reciente proferido por la Corte Constitucional sobre el tema en estudio, y porque sitúa el problema jurídico en el contexto de un patrón fáctico que se va a ver reiterado en las demás sentencias seleccionadas.

A partir del punto arquimédico se efectúa la “ingeniería reversa”, lo cual permite distinguir cual(es) de los pronunciamientos proveen la mayor retórica y marco de análisis en el tema investigado, para considerarlo(s) como sentencias hito. Dichas sentencias son las que con mayor reiteración son citadas por la Corte y por tanto habrán de analizarse más a fondo, porque allí se encuentra la ratio decidendi o razón de la decisión, que son esos hechos que servirán de precedente para los demás pronunciamientos.

Se constituyen en clases de sentencias hito las siguientes:

1. Sentencia fundadora de línea.
2. Sentencia consolidadora de línea.

---

<sup>92</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los jueces. Segunda edición. Bogotá, 2005. P 68

3. Sentencia modificadora de línea (cambio jurisprudencial).
4. Sentencia reconceptualizadora de línea.
5. Sentencia dominante.

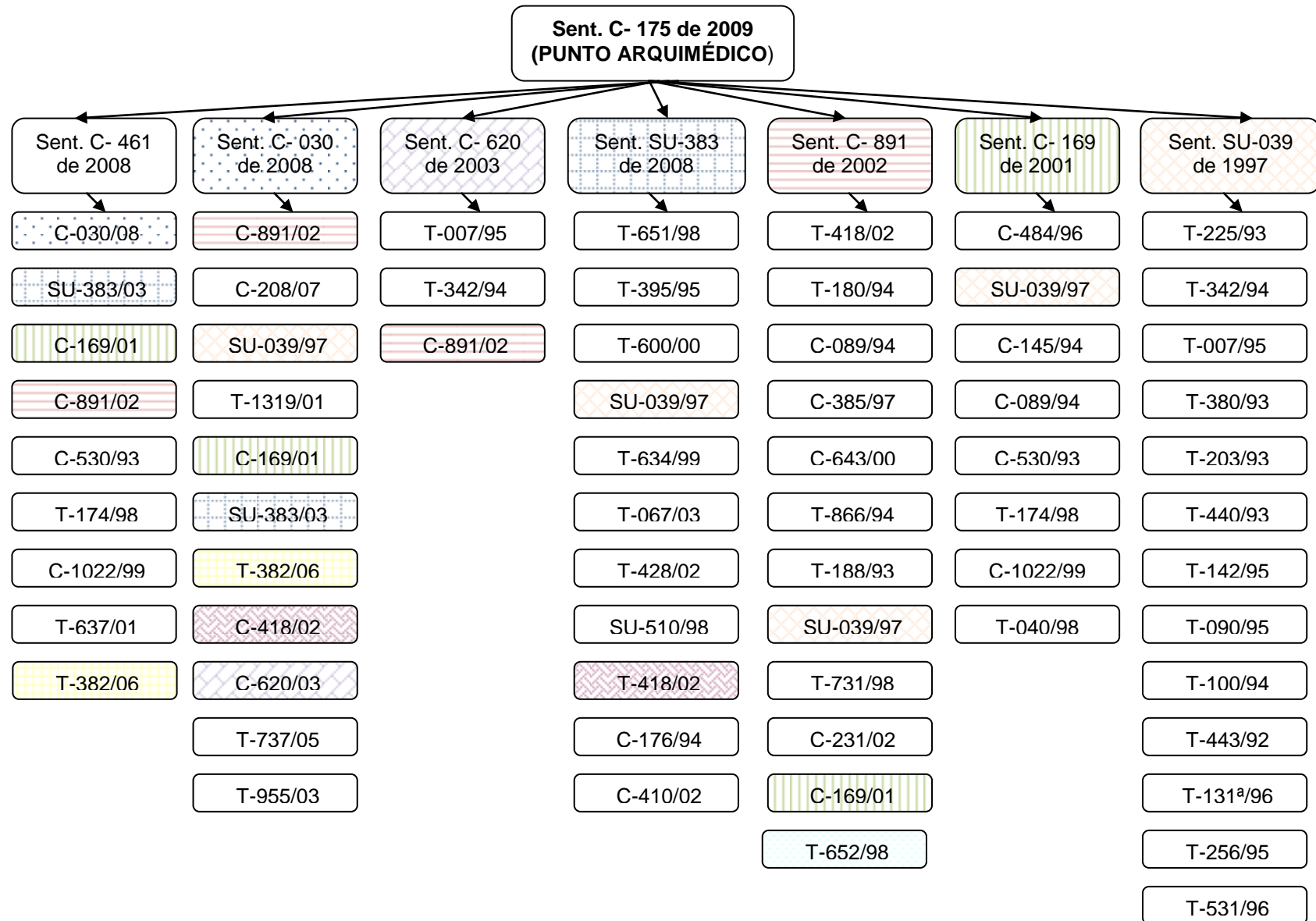
La construcción en reversa consiste entonces en tomar las citas que la sentencia, considerada punto arquimédico hace de las otras, denominado por el autor como citación interna<sup>93</sup>, que busca el valor precedencial del fallo anterior y no su valor conceptual, de este modo, se hace una lista de sentencias a partir de la sentencia arquimédica hasta construir lo que Diego López Medina denomina nicho citacional, o sea, un mapa con los fallos precedentes que la sentencia bajo análisis contiene.

El nicho citacional de la presente línea de investigación se fundamenta como punto arquimédico en la sentencia C-175 de 2009, y adopta como las sentencias más mencionadas las siguientes: C 461 de 2008, C-030 de 2008, C 620 de 2003, SU-383 de 2008, C-891 de 2002, C-169 de 2001, SU- 039 de 1997, tal como se grafica a continuación:

---

<sup>93</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los jueces. Segunda edición. Bogotá, 2005. p 72

**NICHO CITACIONAL DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL**



Lo descrito, es lo que en la teoría de López Medina se denomina examen dinámico de la jurisprudencia que sirve para determinar dentro de todas las sentencias aquellas que tratan el tema investigado. Una vez detectadas, inicia el análisis estático del precedente, consiste en que a esas sentencias hito (dominantes) se les hace un proceso de disección en donde es fundamental hallar la denominada *ratio decidendi*, definida por Carlos Bernal Pulido como: “...una parte de toda sentencia de la Corte Constitucional, en donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y lapidarias cláusulas”<sup>94</sup>.

La Corte Constitucional, por su parte, ha definido una serie de criterios que permiten la identificación de la *ratio decidendi* de la siguiente manera: La sola *ratio* constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como *ratio* del fallo;

- ii) la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y
- iii) la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico<sup>95</sup>.

En el proceso de encontrar la *ratio decidendi* deberá diferenciarse los obiter dicta que son argumentos de apoyo para justificar la decisión que tomará la Corte, no son centrales en el fallo y por lo tanto son dichos que no constituyen precedente.

A continuación se realiza el análisis estático de las sentencias y posteriormente se relatará el resultado obtenido de esta investigación en relación con la posición que la Corte Constitucional asume como precedente para el tema de estudio.

---

<sup>94</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pág. 151.

<sup>95</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

<b>PROBLEMA JURÍDICO:</b> <b>¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?</b>	
<b>ASPECTOS FORMALES</b>	
<b>Denominación</b>	Sentencia C-175 de 2009
<b>Magistrado Ponente</b>	Dr. Luís Ernesto Vargas Silva
<b>ASPECTOS DE FONDO</b>	
<b>Ratio Decidendi</b> La Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales. Es así como para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de los espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Ello, sumado al contenido y alcance de las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente.	
<b>Decisión</b> Declarar inexecutable la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones.”	
<b>Salvamento de voto</b> <b>1. Magistrados Dr. Nilson Pinilla Pinilla y Dr. Humberto Sierra Porto.</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La consulta previa es un elemento de forma del proceso legislativo, y no un elemento de contenido, por tanto, su omisión genera un vicio de forma y no de fondo, por estar específicamente ligado al proceso de expedición de la Ley.</li> <li>• Por cuanto la omisión de la consulta previa constituye un vicio de forma en el proceso legislativo, el mismo puede ser convalidado, teniendo en cuenta para ello el término de prescripción de un año.</li> <li>• Si bien es cierto que la consulta previa tiene una connotación sustancial en el proceso de formación de las Leyes, no por ello es correcto transformar la naturaleza de un elemento del procedimiento, por cuanto, un vicio de forma no puede convertirse en un vicio de contenido sólo en razón a la importancia de los principios que se protege con su realización.</li> <li>• La consulta previa en si misma no debe hacer parte del contenido de la Ley, sino que se entiende como una actuación compleja que pese a su especial connotación, no implica en si misma ningún contenido para un cuerpo normativo. Así se desprende de la lectura del artículo 6º del convenio 169 de la OIT, según el cual, se trata de una</li> </ul>	

serie de actuaciones, etapas o pasos que deben surtirse en el procedimiento legislativo para concretar principios y derechos de gran importancia en nuestro ordenamiento constitucional.

## 2. Magistrado Luís Ernesto Vargas Silva.

- En el expediente de la demanda, obran diversas pruebas con las que se demuestra que durante el trámite de expedición de la Ley demandada, el Gobierno adelantó actividades para llevar a cabo la consulta previa a las comunidades indígenas, pero estas fueron renuentes a participar.
- Al tenor literal del convenio 169 de la OIT, no se exige que la consulta previa se surta antes del inicio del trámite legislativo, incluso, no se deduce que la única oportunidad para llevarla a cabo sea antes de la presentación del proyecto de Ley ante el Congreso, es decir, antes de iniciar el proceso legislativo, por lo cual, bien podría realizarse durante dicho trámite.
- La Corte no ha manejado un criterio uniforme acerca del momento en que debe realizarse la consulta previa frente a la adopción de medidas legislativas, lo cual se observa con la revisión de diferentes sentencias en las que ha manifestado por un lado, que este trámite debe surtirse antes del inicio del trámite respectivo en el Congreso o de la adopción del decreto que las contenga, y por otro lado, en las que se considera viable realizar la consulta previa incluso después de la culminación del proceso, es decir, cuando ya se ha adoptado la medida legislativa, siempre y cuando la misma no se aplique sin que se haya llevado a cabo la consulta. De esta forma, no existiendo un precedente jurisprudencial al respecto, y en aras de aplicar el principio de conservación del derecho, bien hubiera podido la Corte en el presente asunto adoptar una decisión diferente.

### PROBLEMA JURÍDICO:

**¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?**

### ASPECTOS FORMALES

<b>Denominación</b>	Sentencia C- 030 de 2008
<b>Magistrado Ponente</b>	Dr. Rodrigo Escobar Gil

### ASPECTOS DE FONDO

#### **Ratio Decidendi**

La omisión de la consulta previa afecta la materialidad misma de la Ley, porque, independientemente del sentido y el alcance de sus disposiciones, existe una carencia en las mismas, porque no son portadoras del valor que les conferiría el hecho de haber sido consultadas con las comunidades afectadas de manera previa a su adopción.

La omisión de la consulta previa genera inconstitucionalidad por estar frente a la vulneración de un derecho que la jurisprudencia ha reconocido como fundamental



cuando el Estado proceda a adoptar medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente.
<b>Decisión</b> Declarar inexecutable la Ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal”.

<b>PROBLEMA JURÍDICO:</b>	
<b>¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?</b>	
<b>ASPECTOS FORMALES</b>	
<b>Denominación</b>	Sentencia C-461 de 2008
<b>Magistrado Ponente</b>	Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
<b>ASPECTOS DE FONDO</b>	
<b>Ratio Decidendi</b>	
<p>En el proceso bajo revisión es posible aplicar el principio de conservación del derecho, y proteger los valores y derechos constitucionales afectados por las disposiciones contenidas en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin que para ello se requiera recurrir a la declaratoria de inexecutable de toda la Ley</p> <p>“En la medida en que las normas sobre el deber de consulta previa del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica, la omisión de la consulta en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, que tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno. En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta previa es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas las medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga de la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.”</p> <p>Considera la Sala que en el caso examinado, “es posible, en aplicación del principio de conservación del derecho, proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexecutable de toda la Ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica. Es procedente en este caso declarar que la Ley 1151 de 2007 es executable, siempre y cuando se entienda que se suspenderá la ejecución de los proyectos, y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma consulta previa que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa</p>	

la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia.

**Decisión**

En esta providencia la Corte declara la constitucionalidad condicionada de la Ley 1151 de 2007, en el entendido que deberán suspenderse todos los proyectos, programas o presupuestos incluidos en la misma, y que puedan incidir directa y específicamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes, hasta que se realice la consulta previa específica con observancia de las exigencias jurisprudenciales, por cuanto la misma hace parte del bloque de constitucionalidad.

**Salvamento de voto Dr. Jaime Araujo Rentería:**

- El vicio de inconstitucionalidad que la Corte percibe por la falta de realización de la consulta previa a las comunidades étnicas, afecta la validez de la totalidad de la Ley, por lo tanto, la misma debió ser declarada inexecutable en su integridad.
- El control de constitucionalidad se ejerce sobre la validez de la norma demandada y no sobre su eficacia, y en el caso que se examina, aún cuando la Ley no es constitucionalmente válida, la Corte termina por considerar que si lo es.
- La decisión adoptada en la sentencia que se examina, tergiversa el contenido de la sentencia C-030 de 2008, por cuanto se deja en manos del Gobierno la determinación acerca de lo que deberá consultarse a las comunidades afectadas.
- Igualmente, el disidente afirma que debe diferenciarse entre la consulta que prevé el Plan y la que debe hacerse a las comunidades étnicas, pues la primera se realiza a diferentes sectores del país, y la segunda se limita a un grupo determinado de ciudadanos para conocer si un proyecto o programa tiene repercusiones en los mismos al tenor de las disposiciones contenidas en el convenio 169 de la OIT.

<b>PROBLEMA JURÍDICO:</b>	
<b>¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?</b>	
<b>ASPECTOS FORMALES</b>	
<b>Denominación</b>	Sentencia T- 382 de 2006.
<b>Magistrado Ponente</b>	Dra. Clara Inés Vargas Hernández
<b>ASPECTOS DE FONDO</b>	
<b>Ratio Decidendi</b>	
El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa tiene carácter de fundamental, hace parte del bloque de constitucionalidad y se encuentra estrechamente ligado con los postulados fundadores de nuestro sistema jurídico. El ámbito de acción de este derecho influye las decisiones de tipo legislativo y administrativo, a la luz del convenio 169 de la OIT, y encuentra como límite irrestricto los derechos fundamentales de las etnias.	
<b>Decisión</b>	
Confirmar la decisión de la primera instancia, en el sentido de denegar la solicitud de tutela por improcedente.	

<b>PROBLEMA JURÍDICO:</b> <b>¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?</b>	
<b>ASPECTOS FORMALES</b>	
<b>Denominación</b>	SU-383 de 2003
<b>Magistrado Ponente</b>	Dr. Álvaro Tafur Galvis
<b>ASPECTOS DE FONDO</b>	
<b>Ratio Decidendi</b> Para la Corte Constitucional de conformidad con lo previsto en el artículo 94 constitucional, la participación prevista en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, como quiera que este mecanismo, por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, toda vez que sólo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano –artículos 6 del Convenio, 1° y 7° C.P.-. De manera que para la Corporación la consulta previa no es sólo un derecho fundamental en función de la explotación de los recursos naturales, dada la consagración expresa en la Carta Política, sino que se constituye en el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, en cuanto propende por la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas, de manera que es una modalidad de participación de amplio espectro, como viene a serlo la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en la que la especificidad del mecanismo para decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas está comprendida.	
<b>Decisión</b> - REVOCAR PARCIALMENTE los fallos proferidos por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana, y confirmar las decisiones en el sentido de negar la protección de los intereses colectivos a la vida, a la salud y a un ambiente sano, impetrada por la Organización de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Amazonía colombiana contra la Presidencia de la República, los Ministerios del Interior y de Ambiente, el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Nacional.  - ORDENAR a la Presidencia de la República, a los Ministerios del Interior y de Justicia, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Consejo Nacional de Estupefacientes y a cada uno de sus integrantes, a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a la Policía Nacional, consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de	

Erradicación de Cultivos Ilícitos que las entidades mencionadas adelantan en sus territorios, en los aspectos que a cada una de dichas entidades compete, “*con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

El procedimiento de consulta deberá iniciarse y culminar en el plazo de tres (3) meses, contados a partir de la notificación de esta decisión.

### **Salvamento de voto**

#### **1. Salvamento parcial de voto de Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández**

Los Magistrados mencionados salvan parcialmente su voto, aunque comparten que se haya exigido la realización de la consulta, disienten en dos aspectos: En primero lugar, no comparten el inciso segundo del artículo primero de la decisión, por considerar que debieron tutelarse los derechos impetrados y en segundo lugar porque se debió aplicar el principio de precaución consagrado en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, y en consecuencia impartir la orden de suspensión inmediata de la fumigación aérea de los denominados cultivos ilícitos en la Amazonía colombiana, pese a la existencia de abundantes pruebas que en la propia sentencia se mencionan y analizan, según las cuales no se encuentra demostrado que el glifosato no causa daño a los seres humanos, ni a la vida animal, ni a la vida vegetal, ni a los recursos hídricos, sino que por el contrario, que existen daños a la salud de la niñez y de la población adulta con manifestaciones tales como enfermedades de la piel, afectación de las vías respiratorias, alteración de la función digestiva, pérdidas de cosechas de cultivos de pan coger, muerte de animales domésticos, alteración de las aguas para el consumo humano y de los animales. La suspensión de tal procedimiento se debería extender hasta tanto se allegue una prueba contundente de que la fumigación de la sustancia no afectaba la salud y vida de los habitantes de los respectivos territorios afectados.

### **Aclaración de voto**

#### **1. Aclaración de voto del Dr. Álvaro Tafur Galvis**

El Magistrado aclara su voto al considerar que en la sentencia analizada se omitió La tutela de otros derechos fundamentales invocados por las comunidades indígenas como el derecho a la vida y a la integridad personal, pues en este caso concreto se encontraban en íntima conexión con los derechos a un ambiente sano y a la salud de las comunidades indígenas.

En su opinión esos derechos fundamentales también debieron ser tutelados y la consecuencia inmediata era ordenar la suspensión de las fumigaciones, aún antes de la consulta. Esto es mucho más claro, cuanto que la propia Corte tiene establecido en su jurisprudencia que pueden tutelarse derechos colectivos cuando están en conexión con los derechos fundamentales.

Así mismo, según el mencionado magistrado en la sentencia se debió acatar el principio indubio pro natura que consiste precisamente en que, cuando existe duda sobre si un producto afecta a la naturaleza, se debe suspender su uso hasta tanto no se aclare con certeza absoluta que no la afecta, lo que no contraría las políticas contra

el narcotráfico en tanto que existen otros mecanismos para ejecutarlas.

De manera que considera que tutelar el derecho a la consulta previa, era necesario, pero no suficiente, pues lo fundamental era evitar el daño causado en la salud de las comunidades indígenas suspendiendo el uso del glifosato lo que no se precisó en el pronunciamiento deprecado.

<b>PROBLEMA JURÍDICO:</b> <b>¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?</b>	
<b>ASPECTOS FORMALES</b>	
<b>Denominación</b>	C-620 de 2003
<b>Magistrado Ponente</b>	Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
<b>ASPECTOS DE FONDO</b>	
<b>Ratio Decidendi</b> La Corte Constitucional concluye en relación con el derecho de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales existentes en su territorio, en particular aquellos de propiedad estatal, que la jurisprudencia Constitucional ha reconocido no sólo a la integridad cultural como un derecho fundamental del sujeto colectivo que conforma la comunidad indígena, además ha previsto que la misma consulta, como mecanismo de participación, es un derecho fundamental en sí mismo considerado, por su vinculación con la defensa de aquella integridad cultural.  No obstante lo anterior, la Corte considera que la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación	
<b>Decisión</b>  Declarar <b>EXEQUIBLE</b> , respecto del cargo examinado por vicios de forma, la totalidad de la Ley 773 de 2002.  Declarar <b>EXEQUIBLE</b> el artículo 1° de la Ley 773 de 2002, condicionado, en el sentido de que si bien la sociedad de economía mixta se conformará por parte de la Nación, el Municipio de Manaure y Sumain Ichi en su condición de asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu, la utilidad económica que se llegare a percibir de la explotación salinífera debe llegar a todas las comunidades tribales asentadas en la zona de explotación y todas las étnicas deben ser favorecidas en condiciones de	

igualdad
<p><b>Salvamento de voto</b></p> <p><b>1. Salvamento de Voto del Dr. Alfredo Beltrán Sierra</b></p> <p>El mencionado magistrado salva su voto al considerar que en la expedición de la Ley 773 de 2002 se incurrió en un vicio insubsanable en su trámite, razón está por la cual ha debido declararse su inexequibilidad íntegramente.</p> <p><b>2. Salvamento de voto del Dr. Jaime Córdoba Triviño.</b></p> <p>Salva su voto en el mismo sentido que el Magistrado ALFREDO BELTRÁN SIERRA</p>
<p><b>Aclaración de voto</b></p> <p><b>1. Aclaración de voto Dr. Álvaro Tafur Galvis</b></p> <p>El mencionado magistrado disiente de la decisión adoptada por las siguientes razones: 1) No comparte que los alcances del derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, previsto en los artículo 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991, acogida en el artículo 330 de la Carta se circunscriben a las decisiones legislativas y administrativas relativas al medio ambiente y a los recursos naturales existentes en los territorios de los pueblos indígenas; 2) Considera que el procedimiento de la consulta previa no está sometido solamente a la regulación del Decreto 1320 de 1998, sin considerar las recomendaciones del Consejo de administración de la OIT al respecto; para el Dr. Tafur Galvis la consulta previa debe acatarse cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas sin que se restrinja de algún modo su ejercicio en la explotación de los recursos naturales. Para defender su postura argumenta que la jurisprudencia de la Corte constitucional ya tuvo oportunidad de definir este punto en pronunciamientos anteriores en los que manifestó que el mecanismo de consulta previa, es inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, y por tanto, se entiende inherente a todos los derechos y garantías que el ordenamiento Constitucional les reconoció a estos pueblos, con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr su consentimiento en la propuesta, siendo el artículo 330 constitucional, sólo una modalidad de consulta previa en desarrollo de la regla general consagrada en el Convenio 169 de la OIT adoptado por Colombia.</p> <p>Frente al segundo aspecto manifiesta necesario y vinculantes las recomendaciones dadas por el Consejo de Administración de la OIT en cuanto al procedimiento en que debe efectuarse la consulta previa.</p>

<b>PROBLEMA JURÍDICO:</b>	
<b>¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?</b>	
<b>ASPECTOS FORMALES</b>	
<b>Denominación</b>	C-891 de 2002

<b>Magistrado Ponente</b>	Dr. Jaime Araujo Rentería
<b>ASPECTOS DE FONDO</b>	
<p><b>Ratio Decidendi</b></p> <p>A juicio de la Corte Constitucional además de los mecanismos de participación ciudadana de que son titulares todas las personas (C.P. Art. 2), la participación de los pueblos indígenas se concreta a través del derecho de consulta, tal como lo estipula el parágrafo del artículo 330 superior. Este derecho, ha sostenido la Corte, adquiere el carácter de fundamental en la medida en que constituye un importante medio para garantizar el ejercicio de otro derecho de la misma estirpe, como es la preservación de la integridad étnica a que se refiere el citado canon constitucional.</p> <p>La Corporación también recalca que no es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de Ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones. Sin embargo, es claro que, en ese caso, la entidad debe brindarle 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 sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso. No obstante ante 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.</p>	
<p><b>Decisión</b></p> <p>Declarar exequible Los artículos: 2, 5,6, 37, 39, 48, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 128 y 269 de la Ley 685 de 2001, por los cargos analizados en la sentencia.</p> <p>Declarar exequible la expresión “<i>del parágrafo del artículo 330</i>”, contenida en el artículo 3 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.</p> <p>Declarar exequible el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en la sentencia, en el entendido de que sus reglas se aplican en armonía con las disposiciones vigentes sobre el derecho ambiental y sobre la protección de los grupos étnicos.</p> <p>Declarar exequibles, únicamente por los cargos analizados en la sentencia, la expresión “<i>siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;</i>” contenida en el literal f) y el literal h) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su</p>	

derecho de preferencia.

Declarar exequible el artículo 127 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que el señalamiento de que trata este artículo deberá hacerse a más tardar dentro del proceso de consulta establecido en el artículo 122 de esta Ley, en términos de la sentencia C-418 de 2002.

Declararse inhibida para emitir concepto de fondo respecto de la constitucionalidad del artículo 267 de la Ley 685 de 2001.

Declarar exequible la expresión “*Con asentamiento permanente*” contenida en el literal d) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que comprende tanto a los grupos étnicos que históricamente han tenido y tienen arraigo físico en un lugar determinado, como a los grupos étnicos que tuvieron dicho arraigo, pero que actualmente, y por diferentes motivos, son víctimas del desplazamiento forzado y excluyente, así como a los grupos indígenas que vivan dentro de un territorio aún cuando su hábitat implique un desplazamiento permanente dentro de la zona minera, en los términos señalados en los numerales 71 y 72 de esta sentencia.

Declarar exequible el artículo 275 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados, y bajo el condicionamiento señalado en la parte motiva de esta sentencia.

Declarar exequibles los literales a) e i) del artículo 332 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en la sentencia.

**PROBLEMA JURÍDICO:**

**¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?**

**ASPECTOS FORMALES**

<b>Denominación</b>	C- 418 de 2002
<b>Magistrado Ponente</b>	Dr. Álvaro Tafur Galvis

**ASPECTOS DE FONDO**

**Ratio Decidendi**

La Corte Constitucional encuentra que la disposición acusada no es en sí misma contraria a los valores constitucionales porque no prohíbe la consulta previa o hace nugatoria la garantía constitucional prevista en favor de las comunidades indígenas, sin embargo, y en aras de garantizar los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, considera indispensable incorporar al contenido de la disposición acusada las previsiones de la Constitución Política en relación con el derecho fundamental de consulta y precaver de esta manera contra un alcance restrictivo de la participación de las comunidades en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos en sus territorios.

**Decisión**

Declarar exequible el inciso primero del artículo 122 de la Ley 685 de 2001 “*por la cual*



*se expide el código de minas y se dictan otras disposiciones” bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al párrafo del artículo 330 de la Constitución y al artículo 15 del convenio\_169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.*

**PROBLEMA JURÍDICO:**  
**¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?**

**ASPECTOS FORMALES**

<b>Denominación</b>	C- 169 de 2001
<b>Magistrado Ponente</b>	Dr. Carlos Gaviria Díaz

**ASPECTOS DE FONDO**

***Ratio Decidendi***

La Corte Constitucional retoma su propia jurisprudencia, en la que se reconoce que la participación de las comunidades indígenas, en materia de explotación de recursos naturales, se constituye en un derecho fundamental que se hace efectivo a través de la consulta previa. Teniendo en cuenta lo anterior, concluye que los pueblos indígenas tienen un derecho fundamental a ser consultados en estos casos particulares, vale decir en lo atinente a la explotación de recursos naturales, no sólo por ser la consulta previa una manifestación de su derecho fundamental -individual y colectivo- a la participación, sino por constituir el medio a través del cual se protegerá, en esos casos, su integridad física y cultural; pues el Convenio 169 de la OIT. conforma, junto con el artículo 40-2 Superior, un bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta. Pero por lo demás, para la Corte no existe disposición constitucional alguna que se refiera a la consulta previa en casos diferentes al mencionado, esto es, en lo relacionado con las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas. Por lo anterior, la consulta previa en estos últimos casos no es ni siquiera un procedimiento obligatorio.

***Decisión***

Declarar EXEQUIBLES:

El artículo 1, bajo el entendido de que las comunidades raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia se entenderán incluidas, para todos los efectos de la presente Ley, dentro de las comunidades negras.

Los artículos 2 y 3.

El artículo 4, condicionado a que se entienda que también pueden acceder a la curul para las minorías políticas los candidatos que, llenando los requisitos allí establecidos, se hayan presentado con el respaldo de los movimientos sociales o los grupos significativos de los ciudadanos, y no sólo los de movimientos o partidos políticos.

El primer inciso del artículo 5, condicionado a que se entienda que lo allí dispuesto no

excluye: a) la conformación de partidos o movimientos políticos propios por parte de los ciudadanos colombianos residentes en el exterior, que puedan otorgar el aval correspondiente; b) la posibilidad de que se presenten a las elecciones respaldados por movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos.

Los artículos 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13 y 14.

El primer inciso del artículo 9, siempre y cuando se entienda que la tarjeta electoral a la que hace referencia, será la misma tarjeta en la que aparezcan los demás candidatos a la Cámara en cada una de las circunscripciones territoriales, y que en ella, deberán aparecer claramente identificados como candidatos por circunscripción especial, los aspirantes de las comunidades indígenas, las comunidades negras, y los colombianos residentes en el exterior.

Declarar INEXEQUIBLES:

El segundo inciso y el párrafo del artículo 5.

El segundo inciso del artículo 9.

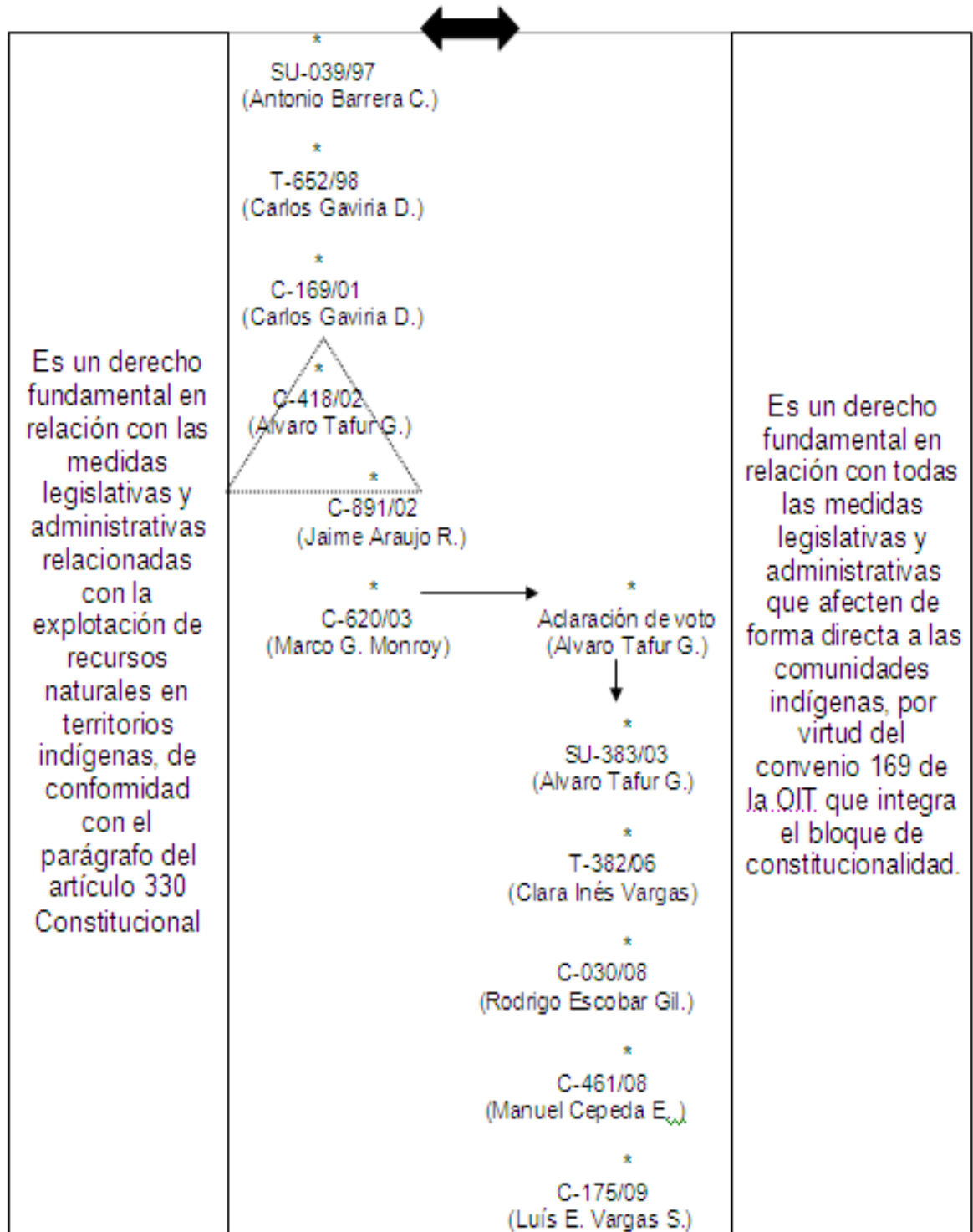
<b>PROBLEMA JURÍDICO:</b>	
<b>¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?</b>	
<b>ASPECTOS FORMALES</b>	
<b>Denominación</b>	T-652 de 1998
<b>Magistrado Ponente</b>	Dr. Carlos Gaviria Díaz
<b>ASPECTOS DE FONDO</b>	
<b>Ratio Decidendi</b>	
Teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, la Corte unificó la doctrina constitucional relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental	
<b>Decisión</b>	
Revocar las sentencias proferidas en el proceso radicado bajo el número T-168.594 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba y la Corte Suprema de Justicia, y la proferida en el proceso radicado bajo el número T-182.245 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa fe de Bogotá; en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú.	
Ordenar a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen del Decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de	

1991. En su lugar la Corte exige que se adopten ciertas medidas relacionadas con la necesidad de permitir que los representantes de las comunidades elaboren la lista de impactos presentes y futuros, además de realizar la mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles. En los tres meses siguientes al fallo también se ordenó la compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta

<b>PROBLEMA JURÍDICO:</b>	
<b>¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de decisiones legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?</b>	
<b>ASPECTOS FORMALES</b>	
<b>Denominación</b>	SU- 039 de 1997
<b>Magistrado Ponente</b>	Dr. Antonio Barrera Carbonell
<b>ASPECTOS DE FONDO</b>	
<b>Ratio Decidendi</b>	
<p>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 previa, 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 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 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.</p>	
<b>Decisión</b>	
<p>Revocar la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de fecha 19 de octubre de 1995.</p> <p>Confirmar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fé de Bogotá -Sala Especial, de fecha 12 de septiembre de 1995, mediante la cual se concedió la tutela impetrada, pero con la modificación de que se tutelan, los derechos a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso de la comunidad U'wa.</p> <p>Ordenar que con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental de participación de la comunidad U'wa, conforme al numeral 2 del art. 40 de la Constitución, se proceda en el término de 30 días hábiles, a partir de la notificación de esta sentencia a efectuar la consulta a la comunidad U'wa.</p>	

La tutela que se concede, sobre el derecho fundamental a la participación de la comunidad U'wa, estará vigente, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia en relación con la nulidad de la resolución que otorgó la licencia ambiental, en razón de la vulneración de dicho derecho. Para este efecto la comunidad U'wa deberá demandar dicha nulidad, si es del caso, en los términos del art. 76 de la Ley 99 de 1993.

¿Es la consulta previa a los pueblos indígenas un derecho fundamental en relación con la adopción de medidas legislativas y administrativas adoptadas por parte del Gobierno?



Como se puede notar en la gráfica de la línea jurisprudencial presentada, la primera sentencia de la Corte que hizo alusión a la consulta previa como mecanismo para garantizar el derecho fundamental a la participación de las comunidades indígenas fue la SU-039 de 1997. En esta providencia se abordó el tema de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado brindar a estas comunidades a fin de preservar su identidad e integridad étnica, cultural, social y económica.

De esta manera, el derecho de consulta previa se concibe en primera instancia como un derecho esencial por encontrarse vinculado de forma directa con otros derechos y preceptos contenidos en la Constitución Nacional, principalmente el de la subsistencia como colectividad teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios habitados por las comunidades indígenas genera fuertes impactos en su modo de vida. En este sentido, la Corte Constitucional plantea la necesidad de armonizar dos intereses al interior del Estado: el primero, relacionado con la necesidad de aprovechar los recursos naturales en los territorios indígenas, y el segundo, de asegurar la protección de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, se plantea un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país y la preservación de la integridad como condición para la subsistencia de la colectividad indígena.

En la sentencia referida se hace alusión al parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política como una forma para dirimir tal conflicto de intereses, considerando que la explotación de los recursos naturales se podrá efectuar siempre que se propicie la participación de los representantes de las comunidades indígenas al momento de adoptar estas decisiones.

Así, encuentra la Corte que el derecho fundamental de la comunidad a preservar su integridad se garantiza a través de un derecho al que se le da la misma connotación, como es el de la participación en la adopción de las decisiones referidas. La Corte refiere que en la Constitución Política existen diferentes normas que aluden a la participación ciudadana, la misma que ofrece diferentes modalidades, sin embargo, advierte que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarles en relación con la explotación de los recursos naturales, ofrece como particularidad el hecho de que a través del mecanismo de la consulta previa adquiere la condición de derecho fundamental.

Como se puede observar, el derecho a la consulta previa, en este pronunciamiento, no es considerado en si mismo un derecho fundamental, pero adquiere dicha naturaleza al encontrarse indescindiblemente ligado al derecho fundamental de participación de las comunidades indígenas en materia de la exploración de recursos naturales en sus territorios.

Por las anteriores razones, en el asunto examinado, se revoca la sentencia de segunda instancia que declara improcedente el amparo de tutela, y confirma la de primera instancia en el sentido de conceder el amparo de tutela, aclarando que los derechos fundamentales tutelados son el de la participación, la integridad étnica, cultural, social y económica, y el debido proceso de la comunidad U'wa.

La segunda sentencia que integra la línea jurisprudencia graficada es la T-652 de 1998, en la cual la ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz se refiere a los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katio del alto Sinú, en relación con la explotación de recursos naturales en sus territorios, señalando que la Corte ha reconocido que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales y que el Estado debe garantizar que las actividades que se realicen en los lugares en que estos habiten, y se adopten protegiendo su subsistencia a través de los mecanismos que permitan determinar los impactos que puedan sufrir las comunidades indígenas por las actividades que el Estado decida realizar, y de esta manera, asegurar su participación como colectividad.

En este pronunciamiento se retoma la sentencia SU-039 de 1997, antes explicada, para afirmar que en dicha ocasión la Corte Constitucional unificó la doctrina constitucional relativa a la protección que debe brindar el Estado a los pueblos indígenas, considerando que en los casos de explotación de recursos naturales el derecho a ser previamente consultados tiene el carácter de fundamental. Desde una perspectiva personal, el pronunciamiento estudiado hace una interpretación amplia de la ratio decidendi de la sentencia SU-039 de 1997, pues en esta última se afirma que la participación a través de la consulta previa se constituye en un derecho fundamental, más no que la consulta previa sea un derecho fundamental en sí mismo.

De esta manera, se considera que hay una ampliación de la ratio decidendi porque explícitamente la Corte Constitucional admite que la consulta previa, al menos en lo relacionado con la explotación de recursos naturales, reviste la naturaleza de derecho fundamental en sí mismo.

A partir de esta interpretación, la Corporación analiza el procedimiento que se llevó a cabo en el caso concreto para expedir una licencia ambiental, concluyendo que dicho proceso se realizó de forma irregular así el Gobierno haya argumentado haberlo efectuado de conformidad al Decreto 1320 de 1998. En este caso la Corte determina ordenar se inaplique el Decreto mencionado por resultar a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991, obligando al Gobierno a través de los respectivos ministerios, a atender ciertas pautas fijadas por la Corte Constitucional previamente a la expedición de la aludida licencia ambiental, pues sólo de esta forma se garantizaba el derecho fundamental a la consulta previa considerado como tal, por primera vez, en esta sentencia.

En la sentencia C-169 de 2001, que es la tercera enunciada en esta línea jurisprudencial, la Corte Constitucional estudia un proyecto de Ley estatutario con el fin de determinar si esta cumplió con los requisitos constitucionales para el trámite ante el Congreso. Con este propósito, considera indispensable determinar si para estos casos era necesario consultar a las comunidades indígenas respecto de la medida antes de proceder a su adopción por parte del Congreso.

Inicia el estudio a partir del convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia en el año 1991, del cual concluye que, en principio, existe un compromiso internacional que obliga al Estado a efectuar la consulta previa cuando se prevea una medida legislativa o administrativa que afecte a las comunidades que habitan el territorio indígena. Sin embargo, la misma norma internacional determina que corresponderá a cada país adoptar las medidas y el alcance para dar efecto al convenio, por lo que tendrá un margen de

discrecionalidad para cumplir dichos deberes internacionales, siempre y cuando se respete el objeto esencial de las obligaciones.

Considera la Corte Constitucional que corresponde al Constituyente y al Legislador, determinar cuando y como se debe cumplir con la consulta previa, y por ello, sólo cuando expresamente estos órganos lo hayan dispuesto, la consulta previa será obligatoria. A propósito de esto, hace referencia al artículo 330 de la Constitución, concluyendo que la consulta previa es un mecanismo de participación obligatorio y que además adquiere la connotación de derecho fundamental para el caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas. Expresa que en estos casos, el derecho fundamental a ser consultado protege su identidad física y cultural, en concordancia con lo dispuesto por el mentado convenio 169 de la OIT.

De acuerdo a lo anterior, la Corte Constitucional considera que dado que no existe disposición alguna que consagre la consulta previa en casos diferentes a la explotación de recursos naturales, esta se restringe sólo a la materia anunciada, pues ni la Constitución, ni el Congreso, han establecido la realización de la consulta previa como obligatoria cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. De esta manera, la Alta Corporación identifica la consulta previa sólo como un derecho fundamental cuando las medidas adoptadas versan sobre la explotación de recursos naturales, pero en el caso de medidas legislativas esta ni siquiera es considerada como un procedimiento obligatorio, la ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento será obligatorio, según la Corte, deberá ser objeto de una regulación legal futura.

Por los anteriores razonamientos, la Corte concluye que un proyecto de Ley estatutaria no debe surtir el trámite de la consulta previa a los grupos étnicos, y tratándose de una medida legislativa de carácter general, y por ello, descarta el cargo formulado por el demandante en relación con la necesidad de efectuar este procedimiento.

En la sentencia C-418 de 2001, el Dr. Álvaro Tafur Galvis realiza una ponencia reiterativa acerca de la consulta previa como derecho fundamental en materia de recursos naturales, interpretando la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros como actividades que deben ajustarse a las disposiciones dirigidas a la protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios, teniendo en cuenta el especial significado cultural, social y económico del territorio para la comunidad o grupo aborigen de acuerdo con sus creencias, usos o costumbres.

Esta sentencia se caracteriza por reiterar lo manifestado previamente sobre la sentencia C-169 de 2001, cuyo magistrado ponente fue el Dr. Carlos Gaviria Díaz. En tal sentido, determina declarar exequible el artículo acusado bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas, se deba dar cumplimiento al parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política y al artículo 15 del convenio 169 de la OIT.

La sentencia que sigue en la línea construida, esto es, la C-891 de 2002, vuelve a reiterar el contenido de las sentencias como la SU-039/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell, la T-652/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C- 825 de 2001, en el sentido de afirmar que en materia de explotación de los recursos naturales, la consulta previa se constituye en un derecho fundamental, sin embargo, el problema jurídico que se debate en la sentencia



está relacionado con la necesidad o no de realizar la consulta previa cuando se va a tramitar un proyecto de Ley, lo que significa que la Corte Constitucional, sitúa el debate ya en un nuevo escenario Constitucional, cual es la consulta previa en las medidas legislativas y administrativas que afecten a las comunidades indígenas. La Corte Constitucional entra entonces a dilucidar la eventual vulneración del derecho de consulta en la etapa de formación del proyecto de Ley 685 de 2001, de manera que se les hayan proporcionado los canales suficientes de participación.

De esta manera, se entiende que la Corte Constitucional entra a analizar la obligatoriedad de la consulta previa en materia legislativa y administrativa, a diferencia de lo que ocurrió en la sentencia C-825 de 2001 en la que se expresó con claridad que la consulta previa ni siquiera era un requisito obligatorio en esta clase de asuntos.

A pesar de que la Corte Constitucional concluye que frente al cargo endilgado la Ley 685 de 2001 es exequible, por cuanto las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de Ley cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto, con la finalidad de que éstas pudieran participar e intervenir en la redacción final de su articulado, deja sentado que dicho procedimiento es necesario, en el trámite de un proyecto de Ley que pueda afectar a los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional expresa en el citado pronunciamiento que no es contrario a la Constitución que se elabore un proyecto de Ley de forma autónoma, sin embargo, la entidad encargada de elaborarlo debe permitir a las comunidades indígenas un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República para que puedan participar activamente, sin que ello implique que no sea posible presentar un proyecto conjunto y concertado al Congreso de la República.

Como puede observarse en la gráfica, esta sentencia se ubica un poco más al lado derecho de la línea de jurisprudencia, pues no coincide exactamente con las anteriores decisiones, sin embargo, respeta el precedente a través del concepto que el Dr. Diego López denomina “Balance constitucional”. De acuerdo a las explicaciones tradicionales del precedente, se debería esperar que esta decisión se ubique dentro de la línea precedencial bien definida, es decir, en el mismo sitio de los anteriores pronunciamientos. Sin embargo, este es un entendimiento estricto del precedente, pues según el mismo autor, “basta, para cumplir con el deber de seguir el precedente, con “ubicar” el caso dentro de un subsegmento (más o menos amplio) del espacio abierto.” Esta teoría del balance constitucional exige que el fallo esté dentro de la sombra decisional del fallo anterior, sin que deba obligatoriamente coincidir con él.

De esta manera, puede concluirse que la sentencia en mención respeta el precedente jurisprudencial manejado por la Corte Constitucional desde la sentencia SU- 039 de 1997 en lo relacionado con el derecho fundamental a la consulta previa en materia de la explotación de recursos naturales, pero realiza interpretaciones adicionales que abren paso a nuevas posiciones de la jurisprudencia a lo largo de la línea que se ha construido, como por ejemplo, aquellas que hace referencia a la consulta previa como derecho fundamental para el caso de medidas legislativas y administrativas de conformidad a lo establecido en el convenio 169 de la OIT.

Mediante Sentencia C-620 de 2003, la Corte Constitucional se refiere nuevamente al tema de la protección constitucional de las comunidades indígenas, en relación específica con los recursos naturales existentes en sus territorios, al respecto reitera las sentencias C-891 de 2002 y la SU 039 de 1997, en las que se hace alusión a la consulta previa como un derecho fundamental, pero reduce su alcance a lo relacionado con explotación de recursos naturales, sin desconocer que las comunidades indígenas también tienen derecho a participar en los asuntos que les conciernen, como en el caso de la adopción de medidas legislativas y administrativas que les afecten, en este último caso según se puede verificar del fallo la participación no es entendida como un derecho fundamental sino como una garantía procesal que debe cumplirse para evitar un trámite irregular de la medida.

En este último caso la Corte Constitucional considera que la consulta previa, como mecanismo de participación, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación.

Esta sentencia, suscita una aclaración de voto muy importante para el análisis de la línea jurisprudencial, a cargo del Magistrado Alvaro Tafur Galvis quien dista de la Corte Constitucional en un aspecto que cambiará la postura de esta Corporación en fallos subsiguientes.

La aclaración de voto se sustenta en el disenso del Magistrado respecto de la consideración hecha por la Corte Constitucional en esta sentencia, y relacionada con los alcances del derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, circunscritos a las decisiones legislativas y administrativas relativas al medio ambiente y a los recursos naturales existentes en los territorios de los pueblos indígenas.

Para el Doctor Tafur Galvis las disposiciones del Convenio 169 de la OIT fueron acogidas por nuestro derecho interno, y en ese entendido, conforman un bloque de Constitucionalidad con nuestra Carta Política. De acuerdo a lo anterior, debe estarse a lo dispuesto en esta normatividad respecto de la consulta previa, siendo ello así, no cabe restringir el alcance de la consulta previa como derecho fundamental a los casos determinados o materias particulares, afirma por el contrario, que las disposiciones internacionales son muy claras al establecer que los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos. Por ésta razón, el Magistrado salva su voto y reitera que no puede considerarse que la consulta previa sea sólo un derecho fundamental para algunos casos, como la explotación de los recursos naturales, siendo que Constitucionalmente se ha consagrado este derecho sin ninguna clase de limitación.

Como se puede notar, la aclaración de voto representa un cambio paulatino en la opinión de la Corte, lo mismo que se ha graficado en la línea jurisprudencial, pues contiene hechos y percepciones jurídicas que tienden a garantizar en mayor medida los derechos de las comunidades indígenas a través del mecanismo de consulta previa. De esta manera, se pasa de un pensamiento restringido acerca del alcance de este derecho a uno que reconoce el bloque de constitucionalidad y el carácter vinculante de las normas que lo integran, las mismas que adquieren el rango de normas superiores, y que refieren la consulta previa como un derecho de las comunidades indígenas respecto de decisiones que les afecten.

El cambio de pensamiento que se introduce en la aclaración de voto se consolida cuando el mismo magistrado que sustenta dicho salvamento, plantea la ponencia para la sentencia SU-383 de 2003, la cual ya se ubica en el extremo derecho de la línea jurisprudencial, admitiendo la consulta previa como derecho fundamental para el caso de medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas.

La Sentencia SU- 383 de 2003 propone una nueva forma de interpretar el alcance del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas, cuando estudia la necesidad de adoptar una medida administrativa cuyo objeto consiste en la aplicación de glifosato para erradicar cultivos ilícitos en territorios indígenas en los Departamentos del Putumayo, Guaviare, Guainia, Vaupés, Amazonas y Caquetá.

Retoma las sentencias SU- 039 de 1997, C-169 de 2001, 418 de 2002 , para consolidar la tesis de la Corte Constitucional ya reiterada en lo que tiene que ver con la consulta previa como derecho fundamental en la explotación de recursos naturales, sin embargo, realiza las consideraciones frente a la obligatoriedad del Convenio 169 de la OIT como parte del Bloque de Constitucionalidad, en virtud de lo establecido en los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos de los pueblos indígenas, sino por que la estipulación prevista en el artículo 330 de la Carta no puede implicar la negación de la consulta previa en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidad indígena.

Así mismo, la Corte considera que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en general sobre las decisiones legislativas y administrativas que los afecten directamente es una medida positiva que procura la protección de la comunidad Internacional a estas comunidades sobre cualquier forma de discriminación.

En este sentido, la Corte considera que no es posible que los jueces justifiquen la no realización de la consulta previa por parte del Gobierno a las comunidades indígenas con el argumento de que la consulta sólo procede para propiciar la participación de los representantes de las comunidades en la explotación de recursos naturales, de los territorios indígenas, haciendo alusión a lo establecido en el artículo 330 de la Constitución. En este pronunciamiento la Corte señala que la consulta previa como derecho se extiende a todas las medidas legislativas y administrativas que les afecte directamente, porque atendiendo la diversidad étnica y cultural de la Nación debe entenderse que esta disposición *“no se deslinda el espacio mundo y su vida de los sistemas técnico geográficos, a los que acude el resto de la población nacional para obtener una delimitación -artículos 1° y 7° C.P.”*<sup>96</sup>

Según el fallo en estudio para la Corte Constitucional la participación prevista en el artículo 330 de la Constitución es sólo un desarrollo de la consulta previa, porque ella es un mecanismo inherente a la existencia de los pueblos indígenas, y tiene un amplio espectro como derecho fundamental a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, que se afianza en el caso de los recursos naturales por expresa disposición Constitucional.

---

<sup>96</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU 383 de 2003 M. P Álvaro Tafur Galvis

Según las orientaciones dadas en el Libro del Derecho De los Jueces, del Dr. Diego López Medina, puede afirmarse que esta sentencia de unificación debe considerarse en la línea jurisprudencial como una sentencia hito consolidadora y reconceptualizadora de línea, pues define una subregla del derecho constitucional, específicamente del alcance de la consulta previa como derecho fundamental de las comunidades indígenas, decantando un balance constitucional planteado por las sentencias que le anteceden. Es evidente que en este pronunciamiento la Corte Constitucional tiene un conocimiento más completo de los intereses contrapuestos, por lo que procura optimizar los derechos constitucionales previstos para las comunidades indígenas en el marco de las políticas de Estado.

El nuevo balance planteado por esta sentencia respeta las definiciones hechas por los precedentes jurisprudenciales, pero introduce cambios importantes en los mismos. Es también reconceptualizadora porque revisa una línea jurisprudencial establecida y la afirma, aunque introduce una nueva teoría o interpretación que explica mucho mejor el alcance que puede tener los pronunciamientos de la Corte constitucional en este sentido. Tal como lo define el autor Diego López Medina, se trata de un esfuerzo de reconstrucción conceptual “que hace parte de un poder que tiene la Corte de redefinir la ratio decidendi de los fallos anteriores.”

Después de la sentencia SU-383 de 2003, que se caracterizó por tomar en consideración la aclaración de voto presentado por el Dr. Álvaro Tafur Galvis a la sentencia C-620 de 2003, y por introducir un cambio en la posición de la Corte Constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la consulta previa ante la adopción de medidas legislativas y administrativas atinentes a los temas diferentes a la explotación de recursos, se pone a consideración de la Corte una acción de tutela con el propósito de que se ordene la suspensión del trámite legislativo adelantado con el objeto de aprobar la Ley General Forestal, la cual, se presentó y tramitó sin la consulta previa a las comunidades indígenas afectadas.

En esta oportunidad la Corte asume una posición más garantista y protectora en relación con las comunidades indígenas, y así mismo, reconceptualiza el concepto del derecho a la consulta previa, pues si bien en los primeros años de jurisprudencia sobre el tema se había sostenido que la consulta previa únicamente es un derecho fundamental cuando se trate de la explotación de recursos naturales, en esta oportunidad la Corte afirma que el pluricitado derecho tiene el carácter de fundamental aún cuando se trate de la adopción de las medidas legislativas o administrativas, y además de ello, debe aplicarse en todos los casos, teniendo en cuenta los usos y costumbres de las comunidades involucradas.

La Corte amplía el concepto de la consulta previa, y ello se puede observar en que pese a haberse manifestado en la sentencia C-169 de 2001 que la consulta previa ni siquiera era un trámite obligatorio cuando esté relacionada con las medidas legislativas o administrativas, en esta ocasión le reconoce una connotación especial, dejando de lado los argumentos que la habían motivado a realizar las anteriores consideraciones, esto es, que el constituyente y el legislador no han establecido normas específicas de las cuales se infiera validamente que en los eventos mencionados se está en presencia de un derecho fundamental que impone especiales obligaciones al Gobierno.

Debe destacarse que este resulta un cambio favorable y benéfico para los pueblos indígenas, y en la actividad de la Corte representa una transformación en la jurisprudencia sentada hasta el momento. No obstante, no puede desconocerse que se trata de un cambio que si bien es cierto resulta sustancial, la Corte pretende atemperarlo manifestando que la consulta previa frente a la discusión parlamentaria debe hacerse efectiva según las condiciones jurídicas existentes en cada país, esto es, en el marco de las pautas formalmente ofrecidas por el constituyente o el legislador.

Como se puede observar, la Alta Corporación ratifica que es deber del Gobierno, a través de sus órganos representativos, establecer los instrumentos necesarios para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que los mismos desarrollen el contenido esencial del derecho a la consulta previa. En este sentido, manifiesta la Corte que para este propósito es posible hacer uso de los mecanismos como talleres preparatorios encaminados a lograr el consentimiento completo, libre e informado de las comunidades indígenas afectadas, siempre y cuando los mismos se desarrollen de buena fe, para gestionar el consenso real y lo mas universal posible alrededor de la medida legislativa.

En relación con este pronunciamiento hay lugar a analizar que, a juicio personal, la Corte reitera una posición que insta al Gobierno a reglamentar lo respectivo a la consulta previa ante medidas legislativas, pero por otra parte, por vía de ejemplo deja abierta la posibilidad de que el procedimiento se haga a manera de "talleres preparatorios", sin que exista una reglamentación sobre el tema. Sobre el particular llama la atención que si la Corte considera viable esta alternativa, no se haya establecido así en anteriores oportunidades, en las que pese al contenido del convenio 169 de la OIT, se abstuvo de reconocer el carácter de fundamental de la consulta previa de los pueblos indígenas en los eventos a los que se ha hecho alusión.

La evolución del pensamiento de la Corte Constitucional se extiende hasta el punto que en la sentencia analizada establece cuales son los escenarios en los que se pueden desenvolver el derecho fundamental a la consulta previa a los pueblos indígenas, los cuales aluden a la etapa previa a la presentación del proyecto ante el Congreso, al trámite en sentido estricto, y a la práctica del derecho en sede administrativa, es decir, frente a la ejecución de actos específicos o individuales que puedan afectar a la comunidad. Esta es una razón más para concluir que con este pronunciamiento la Corte da un giro radical en su jurisprudencia.

La línea de jurisprudencia continúa con la sentencia C-030 de 2008, en la cual la Corte inicia desarrollando un análisis del derecho general de participación, para concluir que en el caso de los pueblos indígenas, el mismo adquiere una connotación especial a la luz del convenio 169 de la OIT, el cual, tal como se ha reiterado tantas veces, hace parte del bloque de constitucionalidad e impone a los gobiernos el deber de realizar los procedimientos apropiados de la consulta en los eventos anotados, y que los mismos se lleven a cabo a través de los órganos representativos de las respectivas comunidades.

En esta sentencia la Corte empieza a delinear el requisito para que la consulta previa antes de la adopción de medidas legislativas sea obligatoria, y define que será de esta manera cuando la afectación que pueda derivarse de la medida sea directa, esto es, que vulnere de forma específica algunos de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, lo cual se puede evaluar a partir de los derechos consagrados en el

mencionado convenio 169. En otras palabras, la especificidad de la afectación dependerá de que la medida corresponda al ámbito de las materias previstas en el convenio, o que su contenido material afecte los derechos indígenas, lo cual deberá examinarse en cada caso concreto.

Vale anotar, que esta pauta interpretativa sentada por la Corte Constitucional en el fallo analizado es reiterada posteriormente en las sentencias dictadas con posterioridad, en las cuales se hace hincapié en que la afectación debe ser directa para que pueda predicarse la violación del derecho fundamental a la consulta de los pueblos indígenas. Sin embargo, no sobra advertir que al referirse a la afectación directa de las comunidades, y específicamente de su integridad cultural, étnica, económica y social, la Corte no limita la exigencia de la consulta previa a medidas legislativas relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, como lo hizo en las primeras sentencias proferidas en relación con el tema, en las que, como se anotó, sólo se reconocía el carácter de fundamental al derecho a la consulta previa relacionada con la explotación de los recursos naturales.

El cambio de percepción que se anota también puede considerarse como un avance favorable para las comunidades indígenas, pues amplía el espectro de oportunidades en que estos pueblos cuentan con el derecho a participar y a defender sus derechos e intereses ante los organismos representativos del Gobierno, sin que se considere que el derecho al territorio es el único que se relaciona directamente con su integridad.

En el fallo que se analiza, la Corte reitera la jurisprudencia relacionada con los vicios que se generan por la omisión de la consulta Previa cuando era obligatorio su cumplimiento, y al respecto manifiesta que se trata de vicios que se extienden sobre la materialidad de la Ley, por cuanto la norma proferida sin la observancia de este deber del Estado carecer del valor que le conferiría el haber sido consultadas previamente con las comunidades indígenas que pudieran verse afectadas por su adopción. Por las anteriores razones, la Corte resuelve declarar inexecutable la Ley 1021 de 2006, tal como se puede leer en la ficha del análisis estático de esta sentencia.

Posteriormente, en el mismo año, la Corte Constitucional profiere la sentencia C-461 de 2008, la cual ocupa el noveno lugar en la línea jurisprudencial graficada anteriormente. Esta sentencia cita reiteradamente algunos otros pronunciamientos contenidos en las sentencias C-030 de 2008, C-169 de 2001, SU- 383 de 2003 y C-891 de 2002, los cuales también han sido objeto de análisis detallado en el presente capítulo, lo cual permite concluir que bien la Corte está retomando de forma literal las razones de las decisiones correspondientes, o bien, lo cita con una actitud reformadora del precedente, lo cual se explicará a continuación.

En el fallo que se analiza la Corte Constitucional reitera que la consulta previa a los pueblos indígenas frente a la adopción de medidas legislativas o administrativas, es un derecho fundamental, ligado estrechamente al también fundamental derecho a la participación y a la integridad étnica y cultural, justificación que se soporta en el texto del convenio 169 de la OIT, el cual se integra la Constitución Nacional y surte efectos de norma superior.

En este sentido, se concluye en la providencia que la omisión de la consulta previa cuando la misma resulte imperativa a la luz del mencionado convenio, genera consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno. Incluso, en el texto respectivo se puede ver como la Corte recuerda que por tratarse de un derecho fundamental, el mismo puede ser protegido por medio de la acción de tutela, la cual puede ser utilizada por las comunidades indígenas para evitar que se ejecuten las medidas adoptadas sin haberse cumplido con el requisito de la consulta, y que en consecuencia, se ordene la realización de las consultas que se requieran. Sin embargo, tratándose del control de constitucionalidad, se podría considerar que la omisión de la consulta genera un vicio del procedimiento que se extiende sobre la materialidad de la Ley, caso en el cual deviene su inconstitucionalidad, o se podría conservar la norma en el ordenamiento pero sujetar su ejecución a la realización de las consultas que se requieran, es decir, exigir que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa.

Adicionalmente, la Corte introduce un criterio para determinar en que eventos es obligatorio llevar a cabo la consulta previa a las comunidades indígenas antes de la adopción de medidas legislativas, y manifiesta que será de tal forma siempre que se verifique que las medidas a adoptarse puedan afectar en forma directa a la comunidad indígena de que se trate, pues no podría pretender que se exija este procedimiento respecto de aquellas medidas que como muchas Leyes, afectan de forma general a los miembros de la sociedad colombiana, pues en tal situación no se está en presencia de una eventual afectación de los derechos a la integridad étnica y cultural que se predica respecto de los pueblos indígenas.

Por las anteriores razones, la Corte resuelve declarar exequible la Ley 151 de 2007, debido a que la misma contiene normas de carácter general, y siempre que aquellas disposiciones que debieron ser consultadas con las comunidades indígenas sean puestas a su consideración de las mismas en los términos del convenio 169 de la OIT.

Finalmente, debe citarse la sentencia C-175 de 2009, la cual desde el inicio de este capítulo había sido identificada como el punto arquimédico de la línea construida. Este es, hasta el momento, el pronunciamiento más reciente de la Corte Constitucional en relación con el problema jurídico indagado, y como se puede notar de su lectura detallada, es una sentencia abundante en argumentación porque retoma los criterios sentados en los pronunciamientos anteriores.

Cabe decir que se trata de una sentencia ubicada en uno de los lados extremos de la línea porque reconoce el derecho a la consulta previa como fundamental, no sólo en lo relacionado con la explotación de recursos naturales, sino también en lo atinente a la adopción de medidas legislativas que puedan afectar de forma directa a las comunidades indígenas. La Corte realiza consideraciones jurídicas y políticas para reforzar esta conclusión que se avizoraba desde algunos pronunciamientos anteriores, y manifiesta que la Constitución Nacional reconoce un Estado heterogéneo, que por tanto, debe estar interesado en la preservación de las comunidades diferenciadas, por medio de los instrumentos jurídicos diseñados para garantizar su identidad como minoría étnica y cultural. Además, reitera que en virtud de la Constitución Política y del convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia ha reconocido como fundamental el derecho a la consulta previa también frente a la adopción de medidas legislativas o administrativas directamente relacionadas con los pueblos indígenas.

Como se ha visto, este pronunciamiento es una reiteración y sistematización de la jurisprudencia anterior, y retoma de forma literal los argumentos de las sentencias C-461 de 2008 y C-030 de 2008, y podría decirse que contiene una doctrina resultante de una interpretación sistemática de las reglas jurisprudenciales sentadas desde 1997 hasta 2009. Quizás sea esta la razón por la cual, si bien es cierto se ubica de un lado de la línea, retoma criterios anteriores que permiten ubicar los fallos de los años 1997 a 2003 en el otro lado extremo de la gráfica. En un criterio personal, esto se puede interpretar como la sistematización de la jurisprudencia, en cuanto esta se interpreta desde nuevos criterios jurídicos, sin dejar de lado las bases teóricas que correspondían con la “incipiente” implementación del convenio 169 de la OIT, y que estaban llamadas a evolucionar a partir de la adecuación del convenio con la realidad social, y de las observaciones realizadas por la Comisión de Expertos en recomendaciones de la OIT.

De esta manera, la sentencia analizada sistematizó lo referente al contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, y para ello estudió el precedente aplicable desde dos puntos de vista: el primero, correspondiente a la diferenciación entre los niveles de participación general y particular (de los pueblos indígenas), el segundo, relativo a los requisitos de la consulta para que se entienda como mecanismo idóneo de participación y protección de otros derechos de las comunidades indígenas, so pena de las consecuencias jurídicas que se deriven de su incumplimiento por parte del Gobierno. Por estas razones, la Corte decidió declarar la inexecutable de la Ley 1152 de 2007.

Después de realizar una revisión exhaustiva de la jurisprudencia de la Corte en relación con el problema jurídico investigado, se concluye que los gráficos de línea permiten identificar que esta tiene un alto grado de solidez, no sólo porque se han venido reiterando fallos desde hace algún tiempo en relación con la naturaleza del derecho fundamental a la consulta previa en materia de la explotación de recursos naturales, sino porque, se ha compartido la sombra decisional en otros de los fallos que integran la línea y que consideran la consulta previa como derecho fundamental, en el evento mencionado y frente a la adopción de medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas.

Lo anterior permite afirmar que la solidez se deriva de la uniformidad de los criterios jurídicos sentados por la Corte mediante el concepto del balance constitucional, pues de éste se deriva una subregla que consiste en posicionar a la consulta previa como un derecho fundamental en los dos eventos antes señalados.

Ahora bien, cabe decir que por la estabilidad y solidez que presenta la línea, esta debe ser considerada como un precedente jurisprudencial, y por lo tanto, merece obediencia, independientemente del criterio formal de la doctrina legal probable que existe en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, y sin desmedro de que se presenten cambios en la misma en virtud de los argumentos futuros que permitan al juez justificadamente apartarse del precedente mencionado.

Lo anterior se manifiesta por cuanto es un hecho que la línea jurisprudencial realizada debe estudiarse también a partir del tema de la fuerza vinculante de los fallos de la Corte Constitucional, el cual, como es bien sabido, no ha sido un tema sencillo en la actualidad, pues está permeado por diferentes intereses y argumentos a favor y en contra de



reconocer en los fallos de la Corporación una fuente formal de derecho, aún cuando el artículo 230 Constitucional asume una posición bastante conservadora al respecto, al reconocerle únicamente la condición de fuente auxiliar del derecho<sup>97</sup>.

La posición personal que se sostiene en este trabajo se acerca con mucho a lo que el tratadista Bernal Pulido define como la tesis optimista, por cuanto la experiencia ha demostrado como los fallos de la Corte Constitucional si están revestidos de fuerza vinculante, y con ello se abre paso día a día a nuevas formas de comprender el derecho, sin que por esto se pueda considerar violentado el mencionado artículo 230 constitucional, ni se desconozca la autonomía funcional de los jueces de inferior jerarquía, ni se cierre la posibilidad al cambio de posición cuando la realidad social así lo exija.

Para el caso específico del derecho de las comunidades indígenas a la consulta previa, el papel que ha jugado la Corte reviste mayúscula importancia, pues más allá de las limitadas disposiciones normativas que “desarrollan” al convenio 169 OIT, ha permitido el reconocimiento del carácter de fundamental de este derecho, y con ello, la posibilidad de los afectados con su vulneración, de acudir a un mecanismo de defensa judicial ágil como es la acción de tutela, cuya procedencia obedece precisamente a que el precedente judicial adopta la connotación de tener obligatorio cumplimiento no sólo para los jueces constitucionales sino en general, para sus destinatarios –en sentido estricto y en sentido amplio-, lo cual lleva implícito el respeto de los derechos de las comunidades indígenas.

De ninguna manera se pretende desconocer el debate jurídico que hace algunos años gira en torno a la definición de los derechos fundamentales, por el contrario, a partir del mismo, y de la información presentada en páginas anteriores, se tiene que si bien es cierto la consulta previa no hace parte del título de derechos fundamentales de la Constitución Nacional, tal como debería esperarse a la luz de las posiciones formalistas sobre la materia, y ni siquiera tiene reconocida esta connotación a lo largo del texto constitucional, bien ha hecho el Tribunal Constitucional en reconocerle tal carácter en virtud de su contenido material, y del vínculo inseparable que conserva con otros derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como lo es el derecho a la participación.

A partir de esto, se concluye que el reconocimiento de la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas, trae consigo la imposición de límites para las actuaciones del Estado, y también de los particulares<sup>98</sup>, esto es, que la jurisprudencia constitucional adopta la condición de disposición de obligatorio cumplimiento, que no sólo

---

<sup>97</sup> La norma constitucional citada ha sido el fundamento de quienes sostienen la tesis escéptica en relación con la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues afirman que los jueces sólo están sometidos al imperio de la “Ley para la adopción de las decisiones, unida a la Constitución en razón del artículo 4º superior, y las demás fuentes reconocidas como vinculantes por el propio legislador, tales como los contratos, los actos administrativos, las convenciones colectivas, y la parte resolutive de las providencias judiciales. Más información sobre el tema se encuentra en “El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales”, Bernal Pulido, Carlos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

<sup>98</sup> Robert Alexi utiliza el concepto de “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, para referirse a la eficacia de los mismos entre los particulares. Ver: Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”.

establece cual es la naturaleza de la consulta previa, sino que además, con ello impone la necesidad de determinar las medidas pertinentes tendientes a garantizar su cumplimiento.

Es insoslayable afirmar que el reconocimiento del derecho a la consulta previa como fundamental, encuentra sus orígenes en la aceptación e inclusión del mismo en el convenio 169 de la OIT, el cual, como se advirtió *supra*, integra el bloque de constitucionalidad colombiano. Este convenio parte de reconocer el relativismo y el pluralismo cultural, para luego, unir a los pueblos indígenas alrededor de los derechos que deben serles universalmente reconocidos y respetados por corresponder a sus condiciones especiales como colectividad.

De esta manera, los fallos recientes de la Corte Constitucional sobre la materia, en los que se reconoce la fundamentabilidad del derecho a la consulta previa en todos los eventos que afecten a los pueblos indígenas, vienen a jugar un papel importantísimo, pues “complementa” el texto constitucional, en el sentido de incluir un derecho más en su catálogo de derechos fundamentales, sin pretender por esto desconocer la función constituyente. Se trata entonces de la inclusión al ordenamiento jurídico, de un derecho fundamental innominado, por vía de la interpretación sistemática que hace el órgano constitucional, a partir de los conceptos de pluriculturalidad, participación, territorio, identidad y autogobierno.

Corresponde entonces analizar la condición del derecho a la consulta previa, pues pese a no ser nominado, según el criterio formal de identificación de los derechos fundamentales, adquiere la condición de fundamental en virtud de tres criterios: El primero, por integrar el bloque de constitucionalidad, tal como se explicó; el segundo, por ser un derecho innominado gracias a la interpretación del órgano competente, y el tercero, por guardar estrecha relación o estar en conexidad con otros derechos fundamentales, cual es el de la participación y el principio de la igualdad, en su más amplia acepción.

Lo que se explica no podría ser de manera diferente si se recuerda el carácter de la Constitución Nacional como norma suprema, lo que de suyo acarrea la imposibilidad de perpetuar en el tiempo situaciones violatorias de los derechos de las comunidades indígenas, es decir, de realidades que sean incompatibles con los principios y los mandatos superiores y que se evidencian cada vez más en razón de las luchas reivindicatorias de grupo, las mismas que no pueden rechazarse, porque tal como lo afirma Antonio Pérez-Luño: “*una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos*”<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002. P. 96

## 5. Análisis de la información recopilada en relación con los resguardos del Pueblo de los Pastos en el departamento de Nariño

Con el propósito de complementar la investigación desde una perspectiva más real, es decir, desde el contenido de la praxis, se propuso dentro del presente trabajo la realización de un estudio cuantitativo, que arrojará información sobre la aplicación de la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas, en relación con la explotación de los recursos naturales de sus territorios, específicamente, en los resguardos del Pueblo de los Pastos, asentados en el Departamento de Nariño. Para el efecto, se elaboró y aplicó una encuesta, en la que se indaga sobre la situación en que se lleva a cabo la explotación de los Recursos Naturales en el territorio indígena, y la garantía que el Estado proporciona a estos pueblos frente al cumplimiento de los requisitos que la Ley y la Jurisprudencia han establecido para la realización de dichas intervenciones.

El estudio se llevó a cabo con los resguardos del pueblo de los Pastos en el Departamento de Nariño, cuyo territorio tradicional, al decir del Investigador Dumer Mamian Guzmán, *“limitaba hacia el sur con los Caranquis, hacia el oriente con los Cofanes, hacia el Norte con los Quillasingas y Abades, y hacia el occidente con diversos grupos selváticos denominados “Barbacoas”, como los masteles, puises, culpes tangaraes”*<sup>100</sup> Incluso, algunos cronistas identifican a los Pastos como una nación, pueblo o etnia que ocupó la franja transversal del Sur de Colombia y de norte de Ecuador, cuyo centro es el nudo de Huaca o de los Pastos.

En el territorio ocupado por los Pastos se localizan los volcanes de Cyambe en Ecuador, Chiles, Cumbal y Azufral en Colombia, los cuales hacen parte del accidente geográfico llamado nudo de los Pastos, del que se desprenden las cordilleras Centro oriental y la occidental, lo que les permite disfrutar de una variedad de climas, fauna, flora, producción y modelos culturales y relaciones sociales.

En cuanto a los resguardos de este pueblo se sabe que: “históricamente los Pastos, de acuerdo a varios investigadores se dice que existían en tiempos de la colonia e inicios de la República 34 resguardos...que en la actualidad están reconocidos y funcionan como cabildos.”<sup>101</sup>

Sobre la ley de origen de los Pasto, hay que destacar que “provinieron en un principio del círculo donde evoluciona la vida, de la formación del cosmos y de la fusión de los cuatro elementos fundamentales, agua, tierra, fuego (sol), aire. Se dice que surgieron de los

---

<sup>100</sup> MAMIAN GUZMAN, Dumer. Los Pasto, En la danza del espacio, el tiempo y el poder. Ediciones Unariño, Pasto, 2004, p. 38

<sup>101</sup> TAIMAL, Carlos Alirio y DIAZ, Germán Andrés. Diseño de una metodología para elaborar planes de vida en la comunidad indígena del Pueblo de los Pastos – Departamento de Nariño. Trabajo de grado para optar al título de Sociólogo. Universidad de Nariño, 2007, p.71

pantanos, donde al combinarse el agua y la tierra comienza la trama de la vida y que confluye en la formación de una cultura.”<sup>102</sup>

En lo que atañe a los aspectos socioculturales y políticos, es decir, a las prácticas y formas de vida del Pueblo de los Pastos, se sabe que la familia se da en un sentido extenso y nuclear, con un número aproximado de hijos entre 1 y 5, con intervalos de 1 o 2 años entre uno y otro hermano.<sup>103</sup>

En relación al aspecto político se afirma que se trata de un pueblo autónomo caracterizado por la unidad material y social que conforma la organización política, cultural y social, lo cual ha facilitado su permanencia en el tiempo y espacio con sus formas de vida. La comunidad es la principal autoridad, cuyos representantes máximos son los cabildos, elegidos cada fin de año según sus costumbres en ejercicio de los derechos adquiridos de forma natural y legal. *“En tal sentido, la organización política gira en torno a la primera autoridad de la comunidad que son los cabildos indígenas que se rigen por su derecho interno y las leyes de carácter especial que los ampara”*<sup>104</sup>

A partir de esta información general sobre el pueblo de los Pastos, se puede decir que los resultados del mencionado estudio fueron interpretados y sistematizados de acuerdo a las respuestas proporcionadas por cada uno de los líderes o gobernadores de cada resguardo. A la fecha en que se efectuó el estudio, 21 de los 22 resguardos contaban con el Gobernador debidamente nombrado, razón por la que el consolidado de las encuestas arroja un porcentaje del 5% de la información no recopilada. Ahora bien, para contextualizar esta información, se presenta la información básica de cada resguardo, obtenida de los datos del censo certificados por el INCORA actualizados y con índices de crecimiento del año 2005, la cual es la última actualización sobre este resguardo:

#### Anexo 1. Resguardos del pueblo de los Pastos por municipios y población

<b>TERRITORIO:</b>	Nudo de los Pastos		
<b>PAÍS:</b>	Colombia		
<b>DEPARTAMENTO:</b>	Nariño		
<b>No RESGUARDOS</b>	<b>NOMBRE</b>	<b>MUNICIPIO</b>	<b>POBLACIÓN</b>
1	Pastas	Aldana	3.701
2	Túquerres	Túquerres	4.794
3	Yascual		5.614
4	Males	Córdoba	9.271
5	Chiles	Cumbal	3.464
6	Cumbal		18.679
7	Mayasquer		2.360
8	Panán		4.818
9	Carlosama	Cuaspud	4.630
10	Colimba	Guachucal	2.852

<sup>102</sup> Ibid, p. 71

<sup>103</sup> Ibid, p. 72

<sup>104</sup> Ibid, p. 73

11	Guachucal		5.624
12	Muellamués		5.062
13	Ipiales	Ipiales	15.495
14	San Juan		3.144
15	Yaramal		2.371
16	Mallama	Mallama	5.290
17	Mueses	Potosí	2.097
18	Santa Cruz	Guachaves	2.641
19	El Sande		1.290
20	Aldea de María	Contadero	1.120
21	Miraflores	Pupiales	1.600
22	Funes	Funes	1.114
<b>FUENTE:</b>		Datos Censos certificados por el INCORA y actualizados con índices de crecimiento. 2005	

A continuación se presentan las preguntas de la encuesta para dar paso a las conclusiones obtenidas a partir de la misma:

1. Conoce usted en qué consiste la consulta previa ?  
SI ( )  
NO ( )
2. Conoce los mecanismos o el procedimiento que debe emplearse para realizar la consulta previa a los pueblos indígenas?  
  
SI ( )  
NO ( )
3. ¿Conoce los mecanismos de defensa que tienen los pueblos indígenas cuando les ha sido vulnerado su derecho a la consulta previa?  
SI ( ) Cuales? \_\_\_\_\_  
NO ( )
4. ¿Desde el año de 1991 (año de expedición de la Ley 21, por la cual Colombia aprobó el convenio 169 de la OIT) se han realizado proyectos de explotación de recursos naturales en su resguardo?  
  
SI ( ) Cuántos aproximadamente? \_\_\_\_\_  
NO ( )
5. ¿De los proyectos ambientales llevados a cabo en el territorio de su resguardo, aproximadamente cuantos estuvieron precedidos por el procedimiento de la consulta previa al pueblo indígena?  
  
\_\_\_\_\_
6. Si usted conoce alguna consulta previa realizada a las comunidades indígenas, indique si esta se llevó a cabo en forma adecuada, es decir, si la comunidad tuvo conocimiento pleno sobre los proyectos ambientales en el territorio del respectivo resguardo, así mismo, si se desarrolló de buena fe, y de forma apropiada a las circunstancias para llegar a un acuerdo con la comunidad indígena.

SI ( ) NO ( ) OTRO \_\_\_\_\_  
 7. ¿Conoce usted algunos procedimientos de consulta previa realizados, que hayan concluido con el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad indígena?

SI ( ) NO ( ) OTRO \_\_\_\_\_  
 8. ¿De las consultas previas que usted conozca realizadas para los proyectos ambientales en los territorios indígenas, cuantas contaron con la participación de la autoridad ambiental competente, esto es, de la Corporación Autónoma Regional de Nariño –CORPONARIÑO?

9. ¿Al tenor del artículo 15 del convenio de la OIT, manifieste si su comunidad ha participado de los beneficios obtenidos con la explotación de recursos naturales en el territorio de su resguardo, o ha percibido alguna indemnización equitativa por eventuales daños que hubieran podido sufrir con ocasión de tales actividades o conoce de alguna comunidad que lo haya recibido?

SI ( ) NO ( )  
 10. Considera usted que los proyectos de explotación de recursos naturales en el territorio de un resguardo, han perjudicado la identidad cultural, social y económica de esta comunidad indígena?

SI ( ) NO ( )

A partir de la información recaudada con las preguntas anteriores, se realizarán las conclusiones pertinentes, no sin antes poner en conocimiento el consolidado de los resultados, el cual está contenido en el siguiente anexo:

Anexo 2. Encuestas semiestructurada aplicada a la autoridad indígena de los resguardos del pueblo de los Pastos.

No	Nombre Resguardos	Municipio	Autoridad Indígena	RESPUESTAS OBTENIDAS DE LA ENCUESTA APLICADA									
				1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
1	Pastas	Aldana	Héctor Ramiro Velasco	Si	Si	Derecho de petición, uso artículo 246 C.P.C	Si:2	Ninguno	No	No	No	No	Si
2	Túquerres	Túquerres	Silvio Antonio Lagos	Si	Si	derecho mayor propio y tutela	No	1	Si	Si	Si	No	Si
3	Yascual		Omar Getial	Si	Si	Derecho de petición, derecho mayor.	Si:2	Ninguno	No	No	Ninguno	No	Si
4	Males	Córdoba	Armando Lucero	Si	Si	No	Si:2	Ninguno	No	No	Ninguno	No	Si
5	Chiles	Cumbal	Teofilo Moreno	Si	Si	Derecho Internacional Humanitario, convenio 169 OIT	Si:1	Ninguno	Si	Si	Si	No	Si
6	Cumbal		Laureano Tapie	Si	Si	No	Si:2	Ninguno	No	No	Ninguno	No	Si
7	Mayasquer		Luis Homero Quelal	No	No	No	Si:2	1	No	No	Ninguno	No	No
8	Panán		No tienen este año										
9	Carlosama	Cuaspud	David Heriberto Arango	No	No	No	Si:2	1	No	No	Ninguno	No	No
10	Colimba	Guachucal	Alberto Estrada	Si	Si	No	Si:2	Ninguno	No	No	Ninguno	No	Si
11	Guachucal		Segundo Reina	Si	Si	Si: Diálogo, concertación	Si: 3	Ninguno	No	No	Ninguno	No	Si
12	Muellamués		Ramón Cuastumal	Si	Si	No	Si:1	Ninguno	No	No	Ninguno	No	Si
13	Ipiales	Ipiales	Alfonso Chilaca	Si	Si	No	Si:2	2	Si	Si	Ninguno	No	No
14	San Juan		Armando Villarreal	Si	Si	Si: legislación indígena	Si: 1	Ninguno	Si	Si	No	No	Si
15	Yaramal		Adelmo Guzmán	Si	Si	Si: Consulta, concertación, acuerdo	Si:2	Ninguno	No	No	Ninguno	Si	Si
16	Mallama	Mallama	Lisandro Chaucanes	Si	Si	si: Tutela.	No	1	No	No	No	Si	No
17	Mueses	Potosí	Victor Cuaspud	Si	Si	Si: Demanda al estado, consulta previa, pronunciación	No	Ninguno	Si	Si	Ninguno	No	Si
18	Santa Cruz	Guachaves	Mario Anama	Si	Si	Si	Si:10	Ninguno	No	Si	Ninguno	No	Si
19	El Sande		José Elías Morillo	Si	Si	Si: Demandas	No	Ninguno	No	Si	Ninguno	No	Si
20	Aldea de María	Contadero	Favio Ademelio Benítez	Si	Si	No	Si	Ninguno	No	Si	Ninguno	No	Si
21	Miraflores	Pupiales	Alirio Enrique Chamorro	Si	Si	Si: convenio 169 de la OIT	No	Ninguno	No	Si	Si	Si	Si
22	Funes	Funes	Carmen Popayán	Si	Si	No	Si:2	Ninguno	No	Si	Ninguno	No	Si

## Anexo 3. Consolidado de las encuestas

<b>CONSOLIDADO</b>						
<b>Preguntas</b>	<b>Frecuencia (SI)</b>	<b>Porcentaje (%)</b>	<b>Frecuencia (NO)</b>	<b>Porcentaje (%)</b>	<b>Frecuencia (No Responde)</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
<b>1</b>	<b>19</b>	<b>86</b>	<b>2</b>	<b>9</b>	<b>1</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>19</b>	<b>86</b>	<b>2</b>	<b>9</b>	<b>1</b>	<b>5</b>
<b>3</b>	<b>12</b>	<b>55</b>	<b>9</b>	<b>41</b>	<b>1</b>	<b>5</b>
<b>4</b>	<b>16</b>	<b>73</b>	<b>5</b>	<b>23</b>	<b>1</b>	<b>5</b>
<b>5</b>	<b>5</b>	<b>23</b>	<b>16</b>	<b>73</b>	<b>1</b>	<b>5</b>
<b>6</b>	<b>5</b>	<b>23</b>	<b>16</b>	<b>73</b>	<b>1</b>	<b>5</b>
<b>7</b>	<b>10</b>	<b>45</b>	<b>11</b>	<b>50</b>	<b>1</b>	<b>5</b>
<b>8</b>	<b>3</b>	<b>14</b>	<b>18</b>	<b>82</b>	<b>1</b>	<b>5</b>
<b>9</b>	<b>3</b>	<b>14</b>	<b>18</b>	<b>82</b>	<b>1</b>	<b>5</b>
<b>10</b>	<b>17</b>	<b>77</b>	<b>4</b>	<b>18</b>	<b>1</b>	<b>5</b>

Como se puede ver, la primera pregunta se relaciona con el conocimiento que los encuestados tienen respecto del concepto de la consulta previa, como un derecho de las comunidades indígenas con protección Constitucional. La intención de dicho cuestionamiento, apunta a la necesidad de determinar con precisión el grado de conocimiento respecto del tema, para deducir en qué medida el desconocimiento de dicho mecanismo afecta los intereses de la comunidad de cada resguardo.

Frente a esta pregunta, 19 de los 21 gobernadores de los resguardos encuestados contestaron que conocen en qué consiste la consulta previa, sin embargo, como se verificará más adelante, el concepto que estos líderes tienen frente al tema, es muy básico, pues desconocen en su mayoría los mecanismos con que cuentan las comunidades para hacerlo efectivo, situación que genera que el ejercicio del derecho fundamental que afirman conocer, se encuentre sesgado y sin posibilidad de efectivizarse.

El segundo cuestionamiento, se refiere a los mecanismos con que cuenta el Estado para efectuar la consulta previa, básicamente se pretendió explorar la experiencia que los gobernadores de los resguardos del Pueblo de los Pastos, tenían frente al tema, pues según la jurisprudencia colombiana no existe un procedimiento estándar, que deba ser aprendido por las autoridades indígenas como parte del derecho positivo, y ellos pueden variar según la forma como el Estado decide o acuerda realizar la consulta previa, en esto, lo único exigible es que cualquiera sea el método que se utilice, asegure una manera efectiva y conducente para llevarla a cabo, de tal forma que garantice la adecuada representación de la comunidad consultada.

La importancia de esta pregunta se centra en la necesidad de que se reconozca la orientación de la consulta previa, no como un procedimiento normativo, sino como un mecanismo para proteger la identidad cultural y las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas implicados, logrando de esta manera obtener un entendimiento entre las partes y la concertación respecto de las medidas a adoptarse. No obstante lo anterior, lo demostrado en la información recopilada es que el 9.5% de los encuestados desconocen



los mecanismos para llevar a cabo la consulta previa, ello tratándose de las autoridades de cada resguardo resulta preocupante, pues se supone que son quienes guían el proceder de cada resguardo frente a una intervención estatal.

La anterior situación se complica aún más a medida que se avanza en el análisis, pues los resultados obtenidos de las encuestas, arrojan que justamente en los resguardos en que se desconoce el tema, se evidencia la realización de los proyectos de la explotación de recursos naturales, con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991. Así, tal como puede verificarse en las respuestas a la cuarta pregunta, en 16 de los 21 resguardos objeto de estudio se han efectuado proyectos de explotación de recursos naturales, y dos de los 16 resguardos que han sido intervenidos por el Estado, están liderados por las autoridades que desconocen el concepto y mecanismos para efectuar la consulta previa.

Como se advirtió en párrafos anteriores, el análisis de la información obtenida permite concluir que existe un desconocimiento profundo de los mecanismos a los que puede acceder un pueblo indígena para exigir la satisfacción de su derecho fundamental a la consulta previa, por ello, se consideró que este tema resulta comprendido de manera superficial por las autoridades indígenas, siendo uno de los avances más importantes en el tema del respeto a libertad.

La tercera pregunta apunta a determinar si las autoridades indígenas de los resguardos del Pueblo de los Pastos, conocen los mecanismos de defensa frente a la vulneración de su derecho a la consulta previa. Los resultados muestran que de los 21 encuestados sólo 12 conocen algún mecanismo de defensa, entre los más mencionados se encuentran: El Derecho de Petición, El Derecho Mayor, la OIT, el diálogo y la concertación, y sólo uno de los 12 gobernadores refiere la Acción de Tutela como mecanismo de defensa. De manera que aproximadamente el 57% de los encuestados conoce algún mecanismo, y de ese 57% sólo un Gobernador se refiere a la Acción de Tutela como mecanismo de defensa.

Como puede notarse, los mecanismos conocidos por las autoridades de los resguardos resultan poco efectivos para defender los intereses de la comunidad indígena que ve afectado su derecho a la consulta previa, pues de dichos mecanismos, sólo la Acción de Tutela es un medio idóneo y eficaz para defender los derechos de la comunidad afectada. Resulta imperativo entonces, concluir que si bien existen en el ordenamiento jurídico herramientas para efectivizar el derecho a la consulta previa, ello no es suficiente, adicionalmente se requiere que dicha información sea difundida y esté al alcance de las comunidades para darle utilidad, porque la importancia de la consulta previa sólo puede predicarse si la misma comunidad entiende su alcance y le da el significado que corresponde.

En este sentido, debe priorizarse en la capacitación que reciban las autoridades indígenas al respecto, de manera que comprendan que la consulta previa es un derecho fundamental que puede ser protegido por medio de la acción de tutela, la cual puede ser utilizada por las comunidades indígenas para evitar que se ejecuten medidas en sus territorios, sin haberse cumplido con el requisito de la consulta, so pena de considerarlas inconstitucionales. Para el caso de la medida legislativa es de sumo interés que se conozca que la consulta previa resulta obligatoria cuando con la misma se afecte de forma directa a la comunidad indígena de que se trate.

Con el fin de analizar la situación de los territorios indígenas en cuanto a las intervenciones realizadas por el Estado, específicamente en lo relacionado con los proyectos ambientales, se formuló la quinta pregunta, la misma que arrojó un resultado que en el marco del Convenio 169 de la OIT resulta a todas luces una evidencia de la vulneración a los derechos de los pueblos indígenas. Así, de los 21 gobernadores de los resguardos encuestados, todos afirman haber presenciado intervenciones en sus territorios a efectos de realizar proyectos ambientales, en 16 de los 21 resguardos se omitió la realización de la consulta previa, llevándose a cabo sólo en cinco de ellos, sin embargo, no todos los proyectos ejecutados en los resguardos en que se efectuaron intervenciones se llevó a cabo el procedimiento de la consulta previa, así por ejemplo, en el resguardo de Mayasquer 1 de dos proyectos ambientales se ejecutó con la respectiva consulta previa, igual sucede en Carlosama. Sólo en Ipiales, Túquerres y Mallama, coincide el número de los proyectos ambientales con el de las consultas previas efectuadas.

Como parte de los propósitos de la investigación, se planteó el de conocer si de los proyectos ambientales desarrollados en los resguardos indígenas, conocidos por los gobernadores encuestados, un alto porcentaje se desarrolló con desconocimiento del procedimiento de la consulta previa, el resultado de la encuesta indica que el 76.1 %, de los encuestados conocen sobre los proyectos realizados afirman no haberse realizado en forma adecuada, es decir que la comunidad haya podido tener conocimiento del mismo, desarrollándose de buena fe y con fines de concertación. Sólo el 23,9% de los encuestados conocieron que el procedimiento efectuado se llevó con participación y conocimiento de la comunidad.

Del mismo modo, en esta investigación se ocupó en analizar el papel del Estado a través de los entes encargados de vigilar el desarrollo de proyectos que afecten el medio ambiente, y considerando que la Corporación Autónoma Regional de Nariño, tiene a su cargo la responsabilidad de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables, así como propender por su desarrollo sostenible, se indagó acerca de la intervención o el papel que dicha entidad cumple en los proyectos ambientales que se llevan a cabo dentro de los resguardos indígenas del pueblo de los Pastos, información que se corroboró no sólo con la encuesta efectuada a los gobernadores, sino con un análisis de los archivos que reposan en dicha entidad, de los cuales se concluyó que a pesar de que existen un total de 479 permisos ambientales otorgados, entre concesiones de agua, aprovechamientos forestales y Licencias Ambientales, entre los años 1992 y 2010, en ninguno de los casos se registra información sobre la realización de consultas previas a efectos de otorgar dichas autorizaciones. Por su parte la encuesta efectuada a las autoridades indígenas del pueblo de los Pastos demuestra que en el 90,4% de los casos en que se efectuaron los proyectos ambientales conocidos por los gobernadores, no hubo la intervención de Corponariño como la autoridad ambiental competente, razón que evidencia que el procedimiento de consulta previa no se efectuó de conformidad a las disposiciones Internacionales, ni con el ordenamiento jurídico interno.

Finalmente, y frente a la afectación que la identidad cultural, social y económica de un resguardo puede sufrir con ocasión de la intervención en los territorios indígenas a través de la realización de los proyectos ambientales, se indagó sobre dos aspectos fundamentales: en primer lugar, sobre la afectación directa que en la realidad soportan los

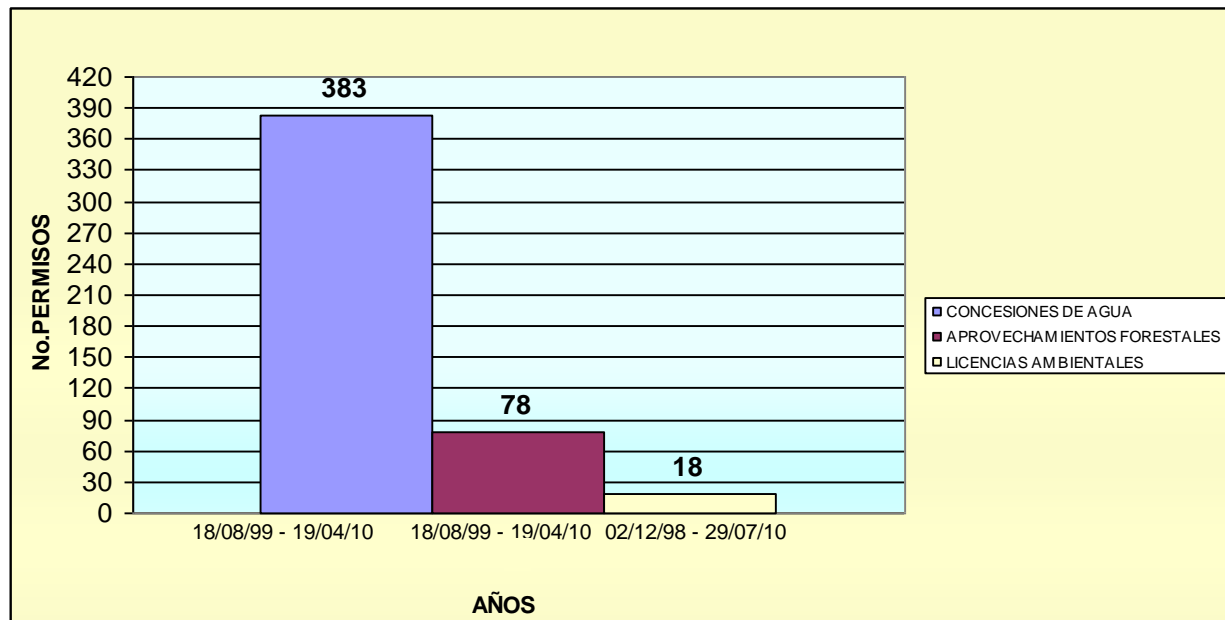
pueblos indígenas respecto de su cosmovisión y forma de vida, con la intervención de sus territorios, y la segunda, que guarda estrecha relación con la primera, y hace referencia a la indemnización o beneficio que pueda reportarse para las comunidades indígenas de la realización de los proyectos ambientales en los resguardos que habitan, dada la afectación o los perjuicios que ellos impliquen. Lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 del Convenio 169 OIT, en el que se establece que los gobiernos deberán establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, sobre los proyectos a emprenderse, con el fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, de manera que los pueblos interesados puedan participar siempre de los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como consecuencia de las mismas.

Las preguntas 9 y 10 se refieren a este último tema, y de las respuestas a dichos cuestionamientos, se puede interpretar que la grave afectación a sus intereses jamás se ve indemnizada por parte de las autoridades que emprenden un proyecto ambiental, ello a pesar que uno de los factores más importantes para la explotación de recursos naturales es precisamente el respeto de los valores y derechos de los pueblos indígenas, esencialmente su participación en lo relacionado con esta materia, al menos este es el propósito de la Constitución de 1991, cuando estableció entre los mecanismos de la participación de las comunidades indígenas a la consulta previa, determinando que La explotación de recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas.

Así, puede observarse que de los 21 gobernadores encuestados sólo tres de ellos reportan alguna clase de beneficio o indemnización por la realización de los proyectos ambientales en el territorio indígena, quedando desprovistos de dicha prerrogativa el 85.7% de las autoridades encuestadas, las mismas que al responder sobre la afectación que dichos proyectos ambientales tienen frente a su identidad cultural, social y económica dejaron ver que el 87.7% de las autoridades aseveran graves afectaciones a su identidad indígena.

La interpretación que se realiza al interior de la presente investigación, no sólo de los datos recolectados, sino del marco legal que regula el tema de la consulta previa, compromete enormemente al Estado Colombiano, pues no sólo demuestra una negligencia en materia legislativa, por los vacíos, alcances y limitaciones de las normas que regulan el tema, sino adicionalmente, una falta de compromiso por parte de las autoridades administrativas competentes, que además de evadir los compromisos internacionales que por vía de convenio ha adquirido Colombia respecto de los derechos indígenas, ni siquiera cumplen con las escasas y limitadas existentes en el ordenamiento Jurídico Colombiano. Estos datos se grafican de la siguiente manera, a fin de dar claridad sobre los mismos:

Anexo 4. Permisos ambientales otorgados por la corporación entre 1992 – 2010.



Evidentemente, la jurisprudencia ha constituido un criterio amplificador del derecho a la consulta previa como garantía de los pueblos indígenas, porque en este campo se ha considerado con acierto la integración que el Derecho Internacional, debe tener con nuestro Ordenamiento Jurídico, de manera que se considere el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas.

De este modo, y como si no fuera suficiente la escasa, ambigua y limitada regulación sobre el tema de la consulta previa, la ineficacia en la aplicación de las misma resulta una realidad demostrada en este país, al punto que ha dejado de importar a las autoridades competentes, que la omisión de la consulta previa en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tenga consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno, toda vez que este derecho como lo ha reiterado la jurisprudencia, es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas las medidas sin haber sido previa y debidamente consultadas, a fin de que disponga en el respectivo fallo la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

No obstante a lo anterior, debe aclararse que la dificultad más grande no la constituye la normatividad existente sobre el tema, pues de qué sirve que la Carta Política propugne por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de las herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales, si el manejo de dichas herramientas por parte de las autoridades de los resguardos es absolutamente nulo debido a la falta de conocimiento al respecto, a lo anterior, para

concluir que la mayor labor que deberá emprender el Estado colombiano no sólo corresponde en avanzar en un proyecto de Ley que responda a las expectativas de esta población en el tema de la consulta previa, sino en la comunicación, interrelación y retroalimentación que las comunidades indígenas exijan en el proceso de implementación de las políticas de Estado que les afecte.

## Conclusiones

El desarrollo de esta investigación, al permitir un acercamiento al estudio de la consulta previa de los pueblos indígenas nos lleva a concluir que aun se deben dar pasos hacia el reconocimiento y la garantía real de los derechos de estas comunidades. Esto significa que se ha verificado el poco compromiso que existe en la práctica con el respeto por el derecho a la consulta previa, libre e informada y por los derechos relacionados con esta, tales como la participación, la autodeterminación y el territorio.

El desarrollo legislativo en la materia presenta una tendencia evolutiva, que se acentúa con la expedición de la Constitución de 1991. No obstante, aun es evidente que no se han adoptado las decisiones legislativas acertadas para garantizar el derecho a la consulta previa en las condiciones y ámbitos que se señalan en el Convenio 169 de la OIT.

Por su parte, la Corte Constitucional ha hecho verdaderos aportes a la protección de las comunidades indígenas y al efectivo cumplimiento de sus derechos. Es así como se observa que a través de la jurisprudencia de esta corporación se ha ido exigiendo progresivamente un mayor compromiso por parte del Estado y de los particulares, para asegurar el respeto de los pueblos indígenas y de esa forma promover su permanencia.

No obstante, la práctica demuestra que a pesar de los avances en la materia, aun es muy significativo el abandono por parte del Estado a las comunidades indígenas, al menos en lo referente a verificar de manera efectiva, el cumplimiento previo de la consulta previa, libre e informada y la existencia de consentimiento para la expedición de medidas legislativas o administrativas que los afecten, no solo en relación con la exploración y explotación de recursos naturales, sino también con otros asuntos directamente relacionados con sus derechos. En los resguardos del Pueblo de los Pastos la situación es igual, existe un desconocimiento generalizado por parte de los líderes indígenas acerca de los mecanismos legales con los que pueden reclamar el cumplimiento de sus derechos, y la consulta previa no se realiza en la gran mayoría de los casos.

Finalmente, es posible concluir que la situación de los pueblos indígenas de Bolivia, Ecuador y Perú no es en mucho diferente. Tampoco en estos países se ha desarrollado con rigurosidad y compromiso el convenio 169 de la OIT, e incluso, los avances normativos y jurisprudenciales en algunos casos podrían ser menos significativos que en el ejemplo Colombiano.

## Recomendaciones

Inicialmente y a partir de las conclusiones de la investigación, se resalta una recomendación inicial consistente en la necesidad de una regulación fuerte, concreta y completa sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Colombia. Esta regulación deberá tener en cuenta las necesidades específicas de estas comunidades, las falencias que se han presentado hasta el momento en los procesos de consulta llevados a cabo antes de la adopción de una medida legislativa o administrativa, y la urgencia evidente de acompañarse de mecanismos coercitivos que aseguren su cumplimiento. La existencia de una normatividad en tal sentido puede ser el inicio de procedimientos de verificación de cumplimiento de esos requisitos y de control ante la ausencia de ellos.

Por supuesto, corresponderá a las comunidades indígenas participar activamente en la producción de nuevas normas a su favor, y hacer uso de los mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico Colombiano para seguir ganando luchas que aseguren su permanencia. Y porque no, en un futuro no lejano gestionar una regulación que traspase las fronteras nacionales y tenga en cuenta las necesidades de las comunidades indígenas andinas.

## Bibliografía

ALEXI, ROBERT. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009.

ARANGO Raúl, Sánchez Enrique, Los Pueblos Indígenas de Colombia 1997 Desarrollo y Territorio, Departamento Nacional de Planeación Tercer Mundo Editores, Bogotá. 1998.

ARANGO Ochoa Raúl, SÁNCHEZ Gutiérrez Enrique, Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Departamento de Planeación de Colombia. 2004. Disponible en: [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=5640](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=5640)

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Editorial Temis, Bogotá. 1994.

BORRERO, Camilo. Multiculturalismo y derechos indígenas, Cinep, Bogotá, 2003

CARHUATOCTO Sandoval Henry, "Implicancias del derecho a la consulta previa en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional", en *Gaceta Constitucional*, T. 18, junio de 2009, *Gaceta Jurídica* Perú. Disponible en: [www.gacetaconstitucional.com.pe/.../VerDetSum.php?](http://www.gacetaconstitucional.com.pe/.../VerDetSum.php?)

CASTILLO DAUDÍ, Mireya. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ed: Tirant Lo Blanch. 2ª Edición. Valencia 2006.

COLOMBIA, MINISTERIO DEL INTERIOR, Decreto 1397 de 1996

COLOMBIA, MINISTERIO DEL INTERIOR, Decreto 1320 de 1998

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 21 de 1991

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 99 De 1993

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE BOLIVIA. Disponible en: [www.galeon.com/arpebol/Leyes/cpe-bo.htm](http://www.galeon.com/arpebol/Leyes/cpe-bo.htm)

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

CONSTITUCION POLITICA DE EDUCADOR. Disponible en: [www.ecuanex.net.ec/constitucion/](http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/)

CONSTITUCION POLÍTICA DE PERÚ. Disponible en: [www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html](http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html)

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 de 1993. M P Eduardo Cifuentes Muñoz



- \_\_\_\_\_, Sentencia T 380 de 1993, M P Eduardo Cifuentes Muñoz.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C- 225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- \_\_\_\_\_, Sentencia SU- 039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-523 de 1997. M P Carlos Gaviria Díaz.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C- 191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-652 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-454 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz
- \_\_\_\_\_, Sentencia C- 568 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz
- \_\_\_\_\_, Sentencia T- 169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-1127 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería
- \_\_\_\_\_, Sentencia C- 418 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis
- \_\_\_\_\_, Sentencia C- 891 de 2002 M.P Jaime Araujo Rentería
- \_\_\_\_\_, Sentencia SU- 083 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-379 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- \_\_\_\_\_, Sentencia SU 383 de 2003 M. P Álvaro Tafur Galvis
- \_\_\_\_\_, Sentencia C- 620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- \_\_\_\_\_, Sentencia T- 382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas
- \_\_\_\_\_, Sentencia C- 030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-154 de 2009, M.P Nilson Pinilla Pinilla
- \_\_\_\_\_, Sentencia C- 175 de 2009 M.P. Luis E. Vargas

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Reporte Mensual N° 67 Conflictos Sociales - Setiembre 2009*. Disponible en [www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales-reportes.php](http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales-reportes.php), consultada el 23 de octubre de 2009.

Fundación para el Debido Proceso Legal, INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL SEA TTLE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, El derecho a la consulta en los pueblos indígenas del Perú, Washington, DC, 2010. Disponible desde internet en [www.dplf.org](http://www.dplf.org)

GARCIA BECERRA, José Antonio. Teoría de los Derechos Humanos, Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1991. Disponible en: [www.bibliojuridica.org/libros/](http://www.bibliojuridica.org/libros/)

GONZALES, MIGUEL, *ET AL.* La autonomía a debate. Ecuador, 2010.

LOMELI, Claudia López, Derechos Fundamentales y Estado, Universidad Autónoma de México, México, 2002, Disponible en: [www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=340](http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=340)

LONDOÑO TORO, Beatriz. *Nuevos instrumentos de participación ambiental.* Consultoría Ambiental y Colectiva. Editorial Biblioteca Ambiental y Jurídica. 1998.

MAMIAN GUZMAN, Dumer. Los Pastos en la danza del espacio, el tiempo y el poder. Ediciones Unariño, Pasto, 2004.

MESA Cuadros, Gregorio. Ensayo temático: Los derechos colectivos y ambientales. Universidad Nacional de Colombia defensoría del pueblo, Bogotá DC. 2001.

MORRIS, Meghan *et al.* La Consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Ediciones Uniandes. Bogotá, Colombia. 2009.

OCHOA ARANGO Raúl, SÁNCHEZ GUTIÉRREZ Enrique. Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Departamento de planeación República de Colombia, Bogotá 2004.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 169

OXFAM, El Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. DPLF - Disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1301596126.pdf>

## PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002.

Perú, Proyecto de Ley 2016 de 2007-CR. Disponible en: [www.servindi.org/pdf/Peru\\_LeyConsulta\\_aprobada.pdf](http://www.servindi.org/pdf/Peru_LeyConsulta_aprobada.pdf)

Perú. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 28611 (13, octubre, 2005). "Por la cual se expide la Ley general de ambiente". Disponible en: [www.congreso.gob.pe/ntLey/Imagenes/Leyes/28611.pdf](http://www.congreso.gob.pe/ntLey/Imagenes/Leyes/28611.pdf)

Perú, Tribunal Constitucional, sentencia N° 03343-2007-PA/TC. Perú 10 de Mayo de 2007. Disponible en: [www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf)

SÁNCHEZ Enrique, Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina, Memorias del seminario Internacional de expertos sobre régimen Constitucional y Pueblos Indígenas en países de Latinoamérica. Disloque, Santa Fe de Bogotá, 1996.

RODRIGUEZ, Gloria Amparo. Artículo "*La consulta previa a pueblos indígenas*". EN: Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia. Universidad del Rosario. Bogotá. 2005. Disponible en <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=e1b-20156068-20156068&x=20156105>

RODRIGUEZ, Gloria Amparo. La consulta previa en medidas legislativas: perspectivas desde la jurisprudencia constitucional. Disponible en: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/cátedra-viva-intercultural/ur/Presentacion/>

ROLDÁN, Roque, Fuero Indígena Colombiano, Presidencia de la República, Bogotá. 1990.

ROLDÁN, Roque. Manual para la formación en derechos indígenas: Territorios, recursos naturales y convenios Internacionales. Aya-Yala, Ecuador, 2004.

TAIMAL, Carlos Alirio y DIAZ, Germán Andrés. Diseño de una metodología para elaborar planes de vida en la comunidad indígena del Pueblo de los Pastos – Departamento de Nariño. Trabajo de grado para optar al título de Sociólogo. Universidad de Nariño, 2007

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, Sentencia constitucional 0045/2006 de Junio 02 de 2006, Magistrada Relatora Dra. Silvia Salame Farjat. Disponible en: [www.tribunalconstitucional.gob.bo/gpwtc.php?...](http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/gpwtc.php?...)

VICENT ANDRE. Derecho de los Indios y Desarrollo en Hispanoamérica. Cultura Hispánica. Madrid 1975.