

# DESPOJO DE LAS SEMILLAS EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA

*Estefanía Caballero Sua  
Olga Milena Duarte Restrepo  
Luz Angelly Álvarez Peña*

## **Resumen**

Desde los orígenes de la agricultura, las semillas son un componente fundamental de la cultura, los sistemas productivos, la soberanía y la autonomía alimentaria de los pueblos. Las semillas son el resultado del trabajo colectivo y acumulado de cientos de generaciones de agricultores, que las han domesticado, conservado, criado, utilizado e intercambiado desde épocas ancestrales. Múltiples grupos humanos en diferentes regiones han mejorado y adaptado variedades a un amplio rango de ambientes, condiciones climáticas, sanitarias, de suelos, y a requerimientos culturales, productivos y socioculturales. Es fundamental que las semillas caminen libremente de la mano de los campesinos sin un dueño definido, porque son patrimonio colectivo de todos los pueblos. Por ello, para los pueblos y las comunidades locales es inaceptable que cualquier forma de vida y específicamente las semillas, pueda ser controlada monopólicamente mediante patentes o protección de obtentores vegetales. Se hará un desarrollo jurisprudencial tanto nacional como internacional sobre consulta previa, para reflejar la ausencia de este mecanismo de participación en una de las normas que más afectaron en los últimos años a las comunidades indígenas de Colombia, terminando con algunos casos reales de consulta previa a grupos indígenas.

## **Palabras clave**

Consulta previa, pueblo indígena, obtentor de variedad vegetal, producto agropecuario e ICA.

## **Introducción**

El contexto normativo y jurisprudencial en Colombia es claramente favorable al goce de este derecho. Además de proporcionar la incorporación del Derecho Internacional a la Legislación Nacional, la Constitución Política de 1991 es previsor en la protección que ofrece los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes a la identidad cultural, la propiedad colectiva de las tierras tradicionales, y sus propias formas de gobierno.

La jurisprudencia constitucional, por otra parte, ha desarrollado ampliamente el contenido y el alcance de los derechos individuales y colectivos de estos pueblos, y se ha establecido que la consulta es un derecho fundamental con rango de Tribunal Constitucional. Se han emitido varias sentencias que ordenan la suspensión de proyectos o declara la inconstitucionalidad de las normas, como la “Ley General Forestal” y el “Estatuto Rural de Desarrollo” sobre la base de la falta de consulta previa.

Los proyectos en curso son tenidos en cuenta por orden judicial, y ha tenido lugar como consulta previa que incluye el llenado de una reservorio situado en territorio indígena, las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos, la tala realizada por una empresa maderera en el territorio de una comunidad afrodescendiente, la exploración de petróleo y el oro y la exploración y explotación de cobre. En su extensa jurisprudencia, la Corte ha establecido, entre otras normas, que la consulta debe preceder a la concesión de una licencia ambiental; que simplemente proporciona información o notificación a una comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales los cuales no constituye una consulta previa; y que tal consulta debe incluir la comunicación y la comprensión que se caracteriza por el respeto mutuo y la buena fe entre las comunidades y las autoridades gubernamentales.

## **¿Qué es?**

Las inconsistencias de la consulta previa frente a una norma que privatiza el uso de obtentores vegetales, específicamente semillas causando un daño pecuniario y cultural a los pueblos indígenas de Colombia.

## **¿Para qué lo hicimos?**

Para considerar que existe una profunda vinculación entre las semillas, la identidad y cultura de los pueblos indígenas protegidos por el derecho a la consulta previa.

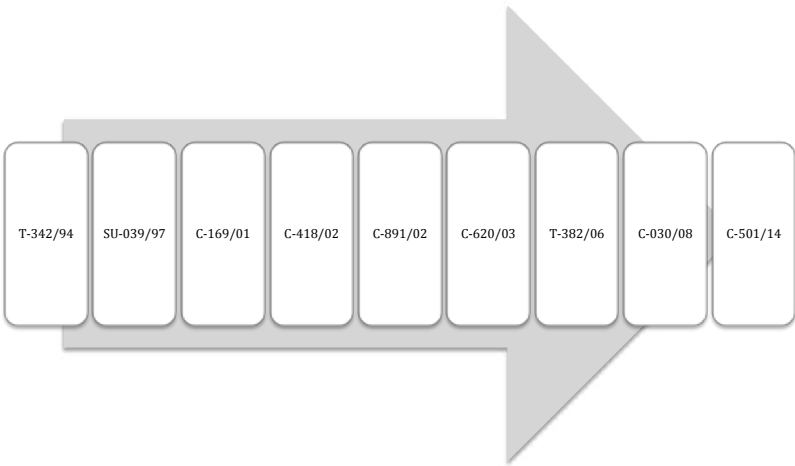
## **Método**

El método que utilizamos en este trabajo fue el método lógico deductivo ya que aplicamos los principios existentes a un caso particular a partir de enlaces de juicio.

## **Problema a resolver**

Avanzar una consulta previa sobre una norma que proteja la propiedad intelectual de las semillas, que no tenga ninguna relación con el control del uso de semillas criollas de las comunidades indígenas.

## Desarrollo jurisprudencial en Colombia



### **T- 342 DE 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.**

En esta tutela se solicita se tutelén los derechos a la diversidad étnica y cultural de dichos indígenas y consecuentemente los derechos fundamentales consagrados y reconocidos en los artículos 13, 16, 17, 18, 19, 20, 28, y 44 de la Constitución Política, ordenando a la “Asociación Nuevas Tribus de Colombia” abandonar el sitio de Laguna Pabón en el Departamento del Guaviare y cesar las actividades que desarrollan dentro de la referida comunidad.

La Corte se pronunció frente al problema que surge entre la explotación de los recursos naturales y la protección de las comunidades indígenas de la siguiente manera:

“La diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger “la diversidad étnica y cultural de su población” y las “riquezas culturales y naturales de la nación”.

“En efecto, en atención al abuso, prejuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución Política de 1991 consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en los preceptos contenidos en los artículos 7° (diversidad étnica y cultural de la nación colombiana), 8° (protección a las riquezas naturales y

culturales), 72 (patrimonio cultural de la Nación) y 329 (conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales)”.

“Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado”.

(...)

“El reconocimiento de la referida diversidad obviamente implica que dentro del universo que ella comprende y es consustancial, se apliquen y logren efectivamente los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de las comunidades indígenas”.

### **SU- 039 de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carnonell.**

El Defensor del Pueblo solicita que se tutelen los derechos fundamentales de la comunidad indígena, a la vida, al territorio, a la autodeterminación, a la defensa de la cultura étnica, a los recursos naturales y a los beneficios de su explotación, a vivir y a trabajar por el país y a su organización propia, “así como el derecho fundamental a la participación social y comunitaria, especialmente en las decisiones que puedan afectarlos como segmentos de población social, económica y culturalmente sensible y vulnerable” en consecuencia de una licencia ambiental otorgada a un particular para la explotación de una zona en un resguardo indígena.

En esta sentencia el problema que se plantea es la ponderación entre la explotación de recursos naturales en territorio indígena y la protección que el Estado debe a estas comunidades indígenas con el fin de conservar su integridad étnica, cultural, social. La explotación de los recursos naturales en territorios indígenas obliga intentar buscar una armonía entre estos dos intereses tan opuestos. La Corte plantea que primero se debe planificar el manejo y explotación de los recursos naturales en los territorios siempre en busca de garantizar un desarrollo sostenible y asegurar la protección de la integridad étnica de la comunidad indígena. Es decir, se debe buscar un equilibrio entre el desarrollo económico del país y la preservación de la comunidad indígena.

En el art. 330 de la Constitución Política se da una solución a dicho conflicto diciendo:

“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”.

Con el fin de proteger la integridad de las comunidades indígenas, en los casos que busque realizar explotación de recursos naturales, la participación de la comunidad en las decisiones son de vital importancia. De esta manera la Constitución en diferentes normas sugiere la participación ciudadana. Según la Corte, la participación de las comunidades indígenas en aquellas decisiones que pueden afectarlas a través del mecanismo de la consulta logra que se adquiera el desarrollo del derecho fundamental que estas comunidades tienen de reservar la integridad étnica, social, cultural.

En esta sentencia la Corte resuelve amparar el derecho fundamental que tienen las comunidades indígenas de participar en las decisiones de explotación de recursos naturales que se lleven a cabo en su territorio. Ordeno que el término de 30 días se realizara una consulta con la comunidad afectada por la explotación.

### **C- 169 de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.**

Se demanda el proyecto de ley 025/99 Senado y 217/99 Cámara, “*por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia*” que regula la participación de minorías en el Congreso de la República.

La Corte se pronuncia diciendo que las normas que adopten medidas susceptibles de afectar directamente a los grupos étnicos tendrán que ser consultados con dichas comunidades. El Estado se encuentra en la obligación de consultar a las comunidades respecto de la medida consagrada en el proyecto de ley que buscaba darle participación a las minorías en el Congreso de la República.

La Corte cita en esta sentencia el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1989 ratificado por Colombia donde se dice que los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habitan en sus territorios mediante procedimientos apropiados. Con esto se da un compromiso internacional que obliga al Estado colombiano a realizar el proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida o reforma que afecte de manera directa a las etnias que habitan en el territorio nacional. La constitución solo reconoció la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto del artículo 330 anteriormente citado.

La corte reconoce en esta sentencia que el legislador también se ocupó del tema, ya que en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 dijo:

“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 1.993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

Lo que es de relevancia en esta sentencia es que la Corte observa que ni la Constitución, ni el Congreso han previsto la consulta previa en temas diferentes a la explotación de recursos naturales y del medio ambiente, lo que ha limitado un poco dicho derecho fundamental de las comunidades indígenas. Por esta razón la Corte declara la exequibilidad de la norma demandada ya que por derecho positivo no era obligatoria la consulta previa en temas organizativos de las entidades del estado, únicamente se habla de este mecanismos en temas de recursos naturales.

### **C- 418 de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.**

La Corte en esta sentencia menciona la obligación que tiene todo explorador o explotador de minas de realizar dichas actividades sin afectar los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes de las áreas objeto de explotación. Es de vital importancia la consulta de las comunidades indígenas para que la autoridad minera otorgue concesiones sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena.

La Corte destaca la competencia que tiene la autoridad minera de delimitar las zonas mineras indígenas y la competencia de la autoridad indígena para señalar dentro de la zona minera los lugares que no pueden ser objeto de exploración o explotación por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad de acuerdo a sus creencias, usos y costumbres.

En este caso, la corte hace un examen de constitucionalidad entre el interés del Estado de explotar, y el interés de la comunidad indígena de proteger. Empieza diciendo que la norma demandada solo delimita las zonas mineras indígenas sin que explícitamente se haya dicho que en ese lugar se iba a realizar una explotación. Como quedó establecido en la reseña de la demanda, para el actor la norma acusada viola las reglas constitucionales enunciadas por él toda vez que la facultad de declarar una zona minera indígena sin que se consulte tal decisión con los posibles afectados, tal y como lo exigen las normas superiores referidas “*podría vulnerar de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico*” y deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas “*son dignas de protección especial*” en

las que la exploración y explotación del suelo y subsuelo deberán ajustarse a las disposiciones especiales que versan sobre protección y participación de comunidades y grupos indígenas.

### **C-891 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.**

En esta sentencia se demandan unos artículos del Código de Minas por no haber sido consultados con los grupos indígenas cuando los afectan de manera directa.

Los pueblos indígenas tienen derecho a tener su propia vida social, económico y cultural, debe entenderse atado el derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual pueden edificar sus fundamentos étnicos. La participación indígena hace parte de un valor relacionado con el respeto a los seres vivos, al no tomar de la tierra más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella. La explotación de recursos naturales hace parte de la esfera vital de las comunidades indígenas y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza.

Además de los mecanismos de participación ciudadana que consagra la Constitución, las comunidades indígenas cuentan con el derecho de consulta, este derecho adquiere el carácter de fundamental en la medida que es importante para garantizar la protección de dichas comunidades, como la preservación e integridad étnica.

Dicha consulta puede fracasar en el caso en que no se llegue a ningún acuerdo entre las entidades gubernamentales y las comunidades indígenas, pero esto quiere decir que por este fracaso dicho tema consultado no pueda prosperar ya que la Corte estima que las entidades gubernamentales cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades dicho proyecto con la finalidad de que pudieran participar. Por esto mismo la Corte no encuentra ningún vicio constitucional frente al proceso de consulta por cuanto los canales de participación fueron idóneos y suficientes.

Por último la Corte advierte que esta consulta previa es adicional a la participación que se le debe dar a los pueblos indígenas cuando entre en vigencia la ley puesta en consulta.

### **C-620 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.**

Se demandan unos artículos por vicio de trámite de la Ley 773 de 2002 que son normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y Salinas de Zipaquirá.

La Constitución prevé una protección especial al derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, entre ellas la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios. La Carta impone a las comunidades indígenas la obligación de preservar los recursos naturales que existen en sus territorios. La jurisprudencia ha dicho que este derecho de participación que tienen las comunidades indígenas es una consecuencia del derecho a proteger su identidad cultural, por lo que la misma Corte se ha expresado así:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”.

De esto se puede decir que no solo la integridad cultural se considera como derecho fundamental, sino también la consulta como mecanismo de participación por su vinculación con la defensa de dicha integridad cultural. Este mecanismo de participación obedece al reconocimiento tanto del derecho interno como del derecho internacional con el fin de preservar la cultura, por lo tanto dicha consulta debe ser entendida como un alcance real y efectivo al omento de adoptar decisiones que afecten a las comunidades indígenas.

En esta misma sentencia la Corte se pronuncia sobre los objetivos que tiene dicha consulta como mecanismo de participación de los grupos minoritarios, sobre todo con lo relativo a los recursos naturales, dichos objetivos son:

- a) “Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.



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

Por ultimo, la Corte dice que dicha consulta debe entenderse como obligatoria en cuanto a su verificación, pero de su éxito no depende la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con los demás mecanismos de concertación.

### **T- 382 de 2006. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.**

La Corte afirma en esta sentencia que el derecho de consulta previa esta sujeto a los lineamientos constitucionales y legales que faciliten la participación de las comunidades indígenas en las decisiones legislativas ya administrativas que los afecten. Existen diferentes estatutos que posibilitan el inicio de la concertación entre las partes definiendo algunas herramientas estructurales, estas normas señalan que no se puede menoscabar la diversidad y autonomía de cualquier etnia y por lo tanto no son el modelo único que se debe seguir para realizar alguna consulta.

La Corte afirma que para temas de afectación directa de las comunidades indígenas, el derecho de consulta se considera un derecho fundamental y debe aplicarse conforme a la costumbre de cada etnia. Es obligación del gobierno brindar los escenarios necesarios e idóneos para dicha participación pero también se resalta que no es necesario llegar a un acuerdo o una concertación. Son ejemplos de escenarios legítimos la organización de talleres preparatorios y mesas de concertación.

### **C- 030 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.**

En esta sentencia se cuestiona la constitucionalidad de la Ley 1021 de 2006 por la cual se expide la Ley General Forestal por no haberse realizado consulta previa a las comunidades indígenas durante el proceso de construcción de la ley. La Corte menciona el compromiso que tiene el Estado de garantizar espacios de participación y consulta a las comunidades indígenas. Esta participación se observa en dos dimensiones que delimita la Corte: “*Por un lado, la obligación contenida en el literal b) de establecer*

*los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos”.*

La Corte dice que en principio las leyes por su carácter general y abstracto, no generan afectación directa de sus destinatarios, sin embargo puede resaltarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea por que impone restricciones o por el contrario le confiere beneficios. Por lo tanto se dice que va a proceder la consulta cuando la ley contenga disposiciones que den lugar a afectación directa a los destinatarios independientemente de que sea una afectación positiva o negativa.

En el caso en que el Estado incumpla este compromiso internacional de realizar consulta previa, generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control por parte de las instancias internacionales. El derecho de consulta es susceptible del amparo constitucional, por este medio las comunidades indígenas pueden lograr que se haga efectiva y se disponga la adecuada realización de la consulta. En este caso la Corte declaró Inexequible la ley por no haber cumplido con la realización de la consulta previa cuando por la naturaleza de la ley y la afectación a las comunidades indígenas, debía hacerla.

### **C-501 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.**

La demanda en esta sentencia es sobre unas expresiones específicas contenidas en el Código Penal referente a la usurpación de derecho de propiedad industrial y obtentores de variedad vegetal. En esta sentencia se reconoce que las semillas son consideradas patrimonio colectivo de los pueblos en tanto garantizan la seguridad y soberanía alimentaria y así permitir el desarrollo de los sistemas de producción tradicionales.

La Corte frente a la consulta previa ha sostenido que el procedimiento es obligatorio para aquellas medidas legislativas relativas a todos los asuntos que afecten directa y específicamente a los grupos étnicos. Adicional la Corte manifestó la ausencia legal que regulara la obligatoriedad de la consulta previa, las consecuencias y los efectos de su omiso. Por esto mismo, la Corte estableció que la consulta previa respecto a medidas legislativas solo será exigible respecto a aquellas medidas posteriores a la expedición de la Sentencia C-030 de 2008.

Esto ya que como ni en la Constitución ni en las leyes esta regulada la materia, las reglas sobre consulta previa fueron establecidas en dicha sentencia. La misma Corte dijo que obligar al legislador a realizar una consulta que no estaba regulada significaría el desconocimiento de principio de especial relevancia constitucional y democrática. Por lo tanto la Corte afirma:

“En consecuencia y por las razones aludidas, la Corte adoptará una línea jurisprudencial en materia de exigibilidad de la consulta previa, respecto de medidas legislativas o administrativas anteriores a la sentencia C-030 de 2008. En adelante, este parámetro de control de constitucionalidad, se aplicará exclusivamente a aquellas leyes y medidas tramitadas con posterioridad a la citada sentencia”.

Por esta razón fue que en la presente sentencia se declaró la exequibilidad de la norma acusada, ya que es previa a la sentencia del 2008, por lo que no resulta obligatoria la realización de una consulta previa con los grupos étnicos.

## **Estandares internacionales en relación a la consulta previa en comunidades indígenas**

En este acápite entonces se emprende un estudio sistemático de las normas internacionales sobre esta cuestión, con el fin de elucidar los estándares aplicables a las consultas a pueblos indígenas en proyectos económicos y decisiones legislativas y administrativas que los afecten.

Así las cosas, a continuación se exponen con detalle la multiplicidad de fuentes jurídicas internacionales aplicables al asunto y serán presentados los órganos y pronunciamientos de las Naciones Unidas que han contribuido tanto a la expresión y evolución del derecho a la consulta previa como al debate alrededor de los derechos humanos relacionados, tales como el derecho a la libre determinación y los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios.

Se analizarán los pronunciamientos en orden, de acuerdo con su nivel de obligatoriedad y por el órgano de las Naciones Unidas que los emitió, así: la OIT, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC); el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente). Miremos.

## Organización Internacional del Trabajo (OIT).

### *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989).*

La OIT fue fundada en 1919 y se convirtió en la primera agencia especializada de la ONU en 1946. Sus objetivos principales son: “*promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de empleo dignas, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo*”<sup>1</sup>.

En 1957, la OIT adoptó el Convenio 107, que consagraba de manera general algunos derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios que habían habitado tradicionalmente, pero no tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos. El convenio comenzó a ser blanco de críticas por tender hacia la integración a la modernidad de los pueblos indígenas, a los cuales denominaba “poblaciones”. Todo ello fue reconocido por una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT en 1986<sup>2</sup>.

Como producto de la revisión del mencionado convenio, en 1989 la OIT adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, uno de los instrumentos más antiguos e importantes de protección a las comunidades indígenas.

Es una herramienta jurídica vinculante para los veinte países que lo han ratificado desde entonces<sup>3</sup>. El Convenio 169 establece la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos susceptibles de afectarlos directamente, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art. 6º), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6º y 7º) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15).

El convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad o, por lo menos, llegar a un acuerdo. Ello lo desarrolla de manera amplia la Guía de Aplicación del Convenio 169, que la OIT adoptó como respuesta

---

<sup>1</sup> Organización Internacional del Trabajo, Acerca de la OIT, disponible en [http://www.ilo.org/global/About\\_the\\_ILO/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--es/index.htm).

<sup>2</sup> Guía de Aplicación, Convenio 169, p. 7; Organización Internacional del Trabajo, Convenio 107, disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>

<sup>3</sup> Los Estados parte del Convenio 169 son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiyi, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Holanda, Noruega, Paraguay, Perú, España y Venezuela.

a numerosas solicitudes de los Estados parte, pueblos indígenas y organizaciones sociales que buscaban conocer con mayor profundidad el significado, el alcance y los impactos del convenio. En esta guía se manifiesta que los Estados deberán celebrar consultas, incluso cuando se modifiquen disposiciones jurídicas sobre las tierras y el territorio, pero que los pueblos indígenas, como “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país”<sup>4</sup>.

### ***Observaciones individuales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) (1998-2009).***

La CEACR fue establecida en 1926 para evaluar los informes de los Estados partes sobre los convenios que son auspiciados por la OIT. La comisión, que está compuesta por veinte juristas de diferentes países, hace dos tipos de comentarios sobre la aplicación de convenios y recomendaciones por los Estados que son aplicables a la consulta previa: observaciones individuales y pedidos de información adicional. Las observaciones individuales son publicadas anualmente y consisten en comentarios sobre la aplicación de los convenios auspiciados por la OIT en un determinado Estado.

En materia de consulta previa, se ha evaluado el cumplimiento del Convenio 169 por parte de los Estados en varias situaciones, desde el otorgamiento de licencias ambientales hasta decisiones sobre propiedad y proyectos extractivos. Las observaciones de la CEACR no son vinculantes, sino son indicadores del progreso de los Estados en la ejecución efectiva de sus compromisos bajo el convenio.

En general, las observaciones de la CEACR interpretan ampliamente las disposiciones del convenio, especialmente en el ámbito de las situaciones en las cuales debe realizarse la consulta, que la CEACR aplica, entre otras circunstancias, a la adopción de disposiciones jurídicas sobre propiedad de la tierra, en actividades de prospección y explotación de recursos naturales, en el traslado de comunidades y en la adopción, formulación y aplicación de medidas legislativas y administrativas, que incluyen los planes de desarrollo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Guía de Aplicación, Convenio 169, p. 14.

<sup>5</sup> Ver, p. ej., Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, oit, Observaciones individuales sobre el Convenio 169, México, 1999; Perú, 1999; Costa Rica, 2001; Perú 2001.

Adicionalmente, reconoce la importancia de las tierras tanto ocupadas como utilizadas por las comunidades, así como los derechos sobre la totalidad de los territorios habitados tradicionalmente por las ellas<sup>6</sup>.

### ***Reclamaciones presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT (1996-2006).***

Los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT reconocen el derecho de todas las organizaciones profesionales de empleadores o trabajadores de presentar reclamaciones contra los Estados miembros por el incumplimiento de un convenio de la OIT ante el Consejo de Administración de la misma organización.

En el caso de presentarse una reclamación, se constituye un Comité Tripartito, compuesto de miembros del Consejo de Administración, para examinar la reclamación y presentar recomendaciones. Aunque las recomendaciones de los comités tripartitos no son de obligatorio cumplimiento, si la respuesta del Estado acusado no es satisfactoria, la reclamación y las recomendaciones correspondientes pueden ser publicadas por el Consejo de Administración<sup>7</sup>.

Varias de las recomendaciones publicadas de los comités tripartitos sobre el cumplimiento del Convenio 169 por los Estados desarrollan el concepto de la ‘consulta previa’, su alcance y algunos aspectos del procedimiento que deben seguir los Estados para realizar una consulta eficaz y adecuada.

### **Asamblea General de las Naciones Unidas.**

#### ***Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas, 2007).***

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

<sup>6</sup> Ver, p. ej., Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, oit, Observaciones individuales sobre el Convenio 169, Perú, 1999; Noruega, 2004; Bolivia, 2006; Colombia, 2007.

<sup>7</sup> Organización Internacional del Trabajo, Procedimientos de la oit por vía de reclamación y queja, disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/art2426s.htm>.

La declaración, si bien no es vinculante, sí establece un compromiso político importante para los Estados que hacen parte de ella, así como un instrumento de presión para los que no la han firmado.

La declaración es el pronunciamiento más reciente e importante en materia de la consulta previa, pues involucra plenamente el principio del consentimiento libre, previo e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones<sup>8</sup>. Adicionalmente, ordena a los Estados reparar todos aquellos bienes de orden intelectual, cultural o espiritual que los grupos indígenas hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado<sup>9</sup>.

### **Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.**

El Comité de Derechos Humanos es un órgano de monitoreo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de su Protocolo Facultativo, creado por el pacto mismo. El comité emite tres tipos de pronunciamientos:

- a) Observaciones generales cuando estima oportuno aclarar alguna de las disposiciones del PIDCP (art. 40.4, PIDCP);
- b) observaciones y recomendaciones a los países que son parte del PIDCP y que resultan de la revisión que el comité hace de los informes periódicos que los Estados parte envían sobre su cumplimiento del PIDCP; y
- c) sentencias sobre casos individuales de violaciones de los derechos contenidos en el PIDCP.

### ***El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966).***

El PIDCP fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El artículo 27 del PIDCP establece que “*en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*”.

En su interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido el artículo 27 del documento, que protege los derechos individuales y culturales de las minorías, como una fuente de protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Es decir, junto con

<sup>8</sup> Declaración de los pueblos indígenas, arts. 10, 19, 28.

<sup>9</sup> Declaración de los pueblos indígenas, arts. 11

el reconocimiento del derecho a la libre determinación en el artículo 1° del documento, el artículo 27 ha desempeñado un papel importante en el debate sobre el significado del término “pueblo”.

### ***Observación general 23 sobre el PIDCP (1994).***

La observación general 23 del Comité de Derechos Humanos, adoptada en 1994, desarrolla el alcance del artículo 27 del PIDCP sobre los derechos de las personas pertenecientes a las minorías. Si bien el artículo hace referencia a derechos individuales sobre asuntos principalmente culturales, la observación los extiende a las comunidades, pues resalta el deber de los Estados de adoptar medidas positivas para proteger la identidad de las minorías.

Al respecto, afirma que, *“aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo”*<sup>10</sup>.

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 de los pueblos indígenas”, razón por la cual puede ser 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”<sup>11</sup>.

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 en las decisiones que los afecten. Adicionalmente, la observación contribuye al debate general sobre la conexión entre el artículo 27 sobre los derechos de las minorías y el artículo 1°, que consagra el derecho a la libre determinación.

El documento ordena no confundir ambos tipos de protección, puesto que el derecho a la libre determinación de los pueblos “se rige por disposiciones separadas del pacto” y no está reconocido por el Protocolo Facultativo, mientras que el artículo 27, al reconocer derechos de las personas indivi-

<sup>10</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general 23, párr. 6.2.

<sup>11</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general 23, párr. 7.



dualmente consideradas, hace parte de la tercera parte del pacto y sí forma parte del Protocolo Facultativo<sup>12</sup>. Sostiene que el goce de los derechos consagrados en el artículo 27 no amenaza la soberanía e integridad territorial del Estado, y destaca que el disfrute de una determinada cultura puede depender de aspectos íntimamente ligados con el territorio y el uso de los recursos naturales<sup>13</sup>.

### ***Observaciones finales a Estados específicos (1997-2006).***

Todos los Estados que han ratificado el PIDCP deben enviar un primer informe al año siguiente de la ratificación<sup>14</sup>. Posteriormente, los informes periódicos de los países han de ser enviados cada cinco años.

A partir de estos informes, el comité emite observaciones finales a los países, que en el tema de consulta han recalado la importancia de elaborar consultas antes de llevarse a cabo medidas legislativas y administrativas o proyectos de exploración y explotación que puedan afectar a los pueblos indígenas, de tal forma que se respeten sus derechos al territorio y, como consecuencia, el derecho a gozar de su propia cultura<sup>15</sup>. Estas observaciones no crean obligaciones jurídicas vinculantes, en estricto sentido, para los Estados parte.

### ***Sentencias del Comité de Derechos Humanos (1988-2000).***

El Primer Protocolo Facultativo del PIDCP prevé la posibilidad y el procedimiento para que el Comité de Derechos Humanos reciba y considere comunicaciones de individuos sobre violaciones a los derechos del PIDCP<sup>16</sup>.

Si estas comunicaciones son admitidas por el comité, se resuelven mediante sentencias de éste que determinan si hubo o no violación de los derechos contenidos en el PIDCP y, en caso de haber violaciones, se hacen recomendaciones al Estado parte para repararlas<sup>17</sup>.

Las sentencias, si bien han establecido la necesidad de consultar a los pueblos indígenas frente a medidas susceptibles de afectarlos, también han determinado que sólo se ha cometido una violación de los derechos contenidos en el artículo 27 del PIDCP cuando la interferencia del Estado en

<sup>12</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general 23, párr. 2, 3. 1.

<sup>13</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general 23, párr. 3. 2.

<sup>14</sup> PIDCP, art. 40. 1. a.

<sup>15</sup> Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a Australia (2000); Guyana (2000); Venezuela (2001); Suecia (2002); Surinam (2004); Canadá (2006); Estados Unidos (2006).

<sup>16</sup> Naciones Unidas, Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entrado en vigor 1976 (de aquí en adelante, Primer Protocolo Facultativo del PIDCP).

<sup>17</sup> Primer Protocolo Facultativo del PIDCP.

la actividad económica y modo de vida del grupo étnico es grave, hasta el punto de privar a las personas pertenecientes a las minorías del derecho a disfrutar de su cultura. Por lo tanto, la violación al mencionado artículo sólo se da cuando esté en juego la supervivencia de la cultura como resultado de un daño grave<sup>18</sup>.

Si bien tales sentencias no son vinculantes para el Estado parte, sí implican una obligación de proveer las reparaciones necesarias al autor de la comunicación.

### **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR).**

El CEDR fue constituido como órgano de monitoreo tras la entrada en vigor del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial en el año 1969. El CEDR, entre otros pronunciamientos, emite recomendaciones a los Estados parte, que proponen medidas específicas para dar cumplimiento al convenio.

Por otro lado, el CEDR elabora recomendaciones generales sobre la aplicación de distintas disposiciones del convenio y sobre situaciones de discriminación a grupos específicos. Además, es competente para recibir casos y quejas individuales de discriminación racial de ciudadanos de los Estados parte del convenio<sup>19</sup>. Hasta el momento, la jurisprudencia del CEDR basada en casos individuales relacionados con grupos indígenas o con consulta previa no es significativa.

### ***Recomendaciones del CEDR a los Estados.***

Las recomendaciones a los Estados del CEDR han buscado proteger a los pueblos indígenas instando a los Estados a crear marcos legislativos adecuados sobre sus derechos a las tierras y recursos, así como a determinar claramente cuáles son las tierras que tales pueblos han ocupado tradicionalmente y reconocer los derechos de los pueblos indígenas y tribales a “poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras comunales y a participar en la explotación, administración y conservación de los recursos naturales asociados a ellas”<sup>20</sup>. En materia de consulta, el CEDR ha emitido recomen-

<sup>18</sup> Véase Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Anni Äärelä y Jouni Näkkäläjärvi v. Finlandia, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/779/1997 (2001); Länsmann y otros c. Finlandia, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994); Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), entre otras.

<sup>19</sup> Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial, 1969, art. 14.

<sup>20</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre Surinam, cedr/C/64/CO/9, 28 de abril del 2004, párrs. 11-12; véase también Decisión 1 (67) sobre Surinam, cedr/C/DEC/SUR/4, 1º de noviembre del 2005, párr. 4.

daciones que exigen que existan procedimientos adecuados para realizarla y para lograr, en la medida de lo posible, un acuerdo<sup>21</sup>. Las recomendaciones del CEDR no son jurídicamente vinculantes.

### ***Recomendación general 23 del CEDR (1997).***

La recomendación general 23 de 1997, que se enfoca en el combate a la discriminación a pueblos indígenas, insta a los Estados a que “no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”<sup>22</sup>. Adicionalmente, establece la necesidad de reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios colectivos, así como la necesidad de que el Estado promueva medidas de reparación efectivas cuando hayan sido privados de ellos<sup>23</sup>. Aunque no es vinculante, esta recomendación sirve como un criterio de interpretación de las normas del convenio.

### **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).**

El CDESC es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados parte. El CDESC se estableció en 1985, por una resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ecosoc). El comité recibe informes periódicos de los Estados parte sobre el cumplimiento de las disposiciones del pacto y realiza observaciones finales con respecto a ellos. El comité también hace observaciones generales sobre las disposiciones del pacto, que sirven de pauta interpretativa de los pronunciamientos hechos por el CDESC y del pacto, pero no tienen carácter vinculante. El CDESC no tiene facultad de revisar denuncias particulares, aunque está en proceso de ratificación un proyecto de Protocolo Facultativo que se lo permitiría<sup>24</sup>.

### ***Observaciones finales del CDESC (1989-2009).***

Varias de las observaciones finales del v instan a los Estados parte a consultar con los pueblos indígenas antes de adoptar decisiones que los afecten, y otros específicamente ordenan que se consiga el “pleno

<sup>21</sup> cedr, Observaciones finales sobre Surinam, 2004, párr. 13.

<sup>22</sup> cedr, recomendación general 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 1997, párr. 4(d) (de aquí en adelante, cedr, recomendación general 23).

<sup>23</sup> cedr, recomendación general 23, párr. 5.

<sup>24</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.

consentimiento”<sup>25</sup>. En sus observaciones, menciona las disposiciones del Convenio 169, y la necesidad de que el Estado consiga de los pueblos afectados “su consentimiento antes de la realización de proyectos de explotación de la madera o de los recursos mineros y antes de la realización de cualquier política que les afecte, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT”<sup>26</sup>.

## **Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos.**

Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas

El relator especial forma parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Entre sus funciones está la de investigar formas de superar los obstáculos existentes para proteger los derechos de los indígenas, recopilar información sobre violaciones de dichos derechos, realizar visitas a países e informes sobre los puntos anteriores.

El relator se pronuncia fundamentalmente a través de informes anuales que presenta al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y que se centran en temas específicos de la situación de los pueblos indígenas.

Adicionalmente, envía comunicaciones confidenciales con recomendaciones a los Estados basándose en información que recibe sobre violaciones o amenazas a los derechos indígenas, y realiza diferentes actividades de seguimiento a las recomendaciones a los Estados y a las agencias de las Naciones Unidas, tanto a partir de las visitas a los Estados como en los informes anuales. Entre estas actividades de seguimiento, el relator organiza seminarios, foros y redacta informes. A pesar de no ser vinculantes, y de tener un bajo nivel de implementación<sup>27</sup>, los informes del relator tienen una gran visibilidad y pueden tener considerable fuerza política.

### ***Informes del relator especial.***

El relator ha desarrollado ampliamente el tema del derecho a la consulta tanto en expresarse sobre el efecto que debe tener la consulta en la práctica, como en reforzar la necesidad de cumplir con el Convenio 169.

<sup>25</sup> Ver, p. ej., cedr, observaciones finales a Ecuador, 2004, párr. 12.

<sup>26</sup> cedr, Observaciones finales sobre Colombia, 2001, párr. 33.

<sup>27</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, seguimiento, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/follow.htm>.

En el 2003, cuando aún se discutía el proyecto de la Declaración de los Pueblos Indígenas, manifestó en un informe que “en relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas”, y que éste, “así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos”<sup>28</sup>.

En el 2007, después de ser adoptada la declaración, el relator instó a los Estados a no imponer proyectos económicos desde afuera y a garantizar que los contenidos y procedimientos de éstos sean participativos y que, por lo tanto, cuenten “con el consentimiento libre e informado de los pueblos y las comunidades indígenas, que deben participar en todas las fases del desarrollo”<sup>29</sup>, de tal forma que se le dé prioridad a las políticas de desarrollo identificadas por los mismos pueblos indígenas.

En el mismo documento, el relator citó el concepto de ‘consentimiento libre’, previo e informado elaborado por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas e insistió en la necesidad de seguir los siguientes criterios mencionados por ese órgano: no debe haber coerción, intimidación ni manipulación; el consentimiento debe basarse en la buena fe y debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades; alcanzarse luego de proporcionar suficiente y amplia información comprensible y en el idioma del pueblo o comunidad afectada; y solicitarse a las autoridades designadas por las mismas comunidades.

### **Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas.**

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (Foro Permanente) es un órgano asesor del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc). Su función es examinar asuntos indígenas en los ámbitos de desarrollo económico y social, cultura, medio ambiente, educación, salud y derechos humanos para dar asesoría especializada y recomendaciones al consejo y, por conducto de éste, a programas, fondos y organismos de las Naciones Unidas<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Informe temático, “El impacto de los grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades”, 2003, párrs. 66, 73.

<sup>29</sup> Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Informe temático, “Mejores prácticas en la implementación del enfoque de derechos humanos al desarrollo de los pueblos indígenas: los pueblos indígenas como sujetos de derechos”, 2007, párr. 18(b).

<sup>30</sup> 7. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Foro Permanente: Origen y Desarrollo, disponible en [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/es/about\\_us.html](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/es/about_us.html).

Desde el 2002, el Foro Permanente se ha reunido anualmente en Nueva York para discutir asuntos que afectan a los pueblos indígenas del mundo, y ha emitido múltiples recomendaciones como parte de sus informes finales de cada sesión de reuniones. Asimismo, ha elaborado varios talleres para proponer soluciones y métodos de trabajo en cuestiones de especial interés para los pueblos indígenas, que incluyen conseguir el consentimiento libre, previo e informado de sus comunidades frente a medidas que las afecten.

### ***8/ Informes del Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas (Foro Permanente).***

Los informes de los períodos de sesiones del Foro Permanente subrayan la necesidad de una participación cada vez más amplia de las comunidades indígenas en las medidas que los afectan de forma directa o indirecta, tanto en el ámbito local como internacional.

Establecen que “no podrán ponerse en práctica proyectos sobre tierras y recursos sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas”, y que ello es un principio, de tal forma que los pueblos indígenas “puedan poseer, conservar y administrar sus territorios, tierras y recursos”, lo cual es imprescindible para “seguir existiendo con sus características propias”<sup>31</sup>.

Los informes recomiendan a los Estados adoptar en su marco jurídico interno y sus planes de desarrollo el principio de consentimiento libre, previo e informado, de suerte que los pueblos y comunidades indígenas participen en las decisiones y los beneficios que surjan de los programas que los afecten<sup>32</sup>.

Las recomendaciones plasmadas en los informes del Foro Permanente no son vinculantes, pero las recomendaciones oficiales dirigidas al Ecosoc pueden ser adoptadas por este órgano y sirven de plataforma para la realización de proyectos y prioridades de las Naciones Unidas en temas relacionados a los pueblos indígenas<sup>33</sup>.

Adicionalmente, las recomendaciones que el Foro Permanente hace para otras agencias, fondos y programas de la ONU (así como para gobiernos, organizaciones no gubernamentales indígenas y no indígenas, el sector

---

<sup>31</sup> Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe sobre el sexto período de sesiones, 2007, E/C.19/2007/12, párr. 9(b) (citando la Declaración de los Pueblos Indígenas) (de aquí en adelante Foro Permanente, Informe sobre el sexto período).

<sup>32</sup> *Ibidem*, párrs. 37, 78.

<sup>33</sup> Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Nuestro Trabajo, disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/ourwork.html>.

privado y medios de comunicación), son ampliamente divulgadas y crean oportunidades de presión para los actores involucrados en la consulta.

### ***Taller del Foro Permanente sobre Metodología de Consentimiento Libre, Previo e Informado y Pueblos Indígenas (2005).***

El Foro Permanente organizó un taller en el 2005 con el fin de evaluar los instrumentos y prácticas relacionados con el consentimiento libre, previo e informado, identificar los retos existentes sobre el tema y hacer recomendaciones sobre el contenido del concepto y las posibles metodologías para aplicarlo.

En el taller, se identificaron varias áreas en las cuales es relevante lograr el consentimiento libre, previo e informado, especialmente en lo relacionado con tierras y territorios, lugares sagrados, acuerdos y arreglos entre Estados y los pueblos indígenas, la exploración o explotación de recursos o territorios indígenas, acceso a recursos naturales o conocimiento indígena, los proyectos de desarrollo que puedan afectar a los pueblos, estudios realizados sobre posibles impactos en los pueblos, políticas y legislación relacionadas o con posibles efectos a los pueblos indígenas y políticas de reasentamiento de los pueblos<sup>34</sup>.

Adicionalmente, se identificaron varios principios que un proceso debe tener para lograr un verdadero consentimiento libre, previo e informado, tales como la ausencia de coerción o manipulación, el respeto por el tiempo requerido por los pueblos y el suministro de información completa sobre el motivo del proyecto, su naturaleza y alcance, los posibles riesgos y las posibilidades de beneficio para los pueblos afectados<sup>35</sup>.

Si bien los resultados del taller no son vinculantes, sirven de pautas interpretativas para el concepto de ‘consentimiento libre’, previo e informado y cómo éste podría ser logrado en la práctica.

### **Estándares de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

La OEA reúne a los países del hemisferio occidental, es el principal foro multilateral de la región, y se dedica a temas como el fortalecimiento de la democracia, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra problemas compartidos.

---

<sup>34</sup> Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe del “Taller internacional sobre metodologías de consentimiento libre, previo e informado y pueblos indígenas”, 2005, párr. 45.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párr. 46.

La Asamblea General de la OEA es el órgano a través del cual los países miembros establecen las políticas y los objetivos de la organización. Entre otras funciones, la Asamblea General adopta resoluciones, declaraciones y recomendaciones. Varios de los Estados parte de la OEA han adoptado los instrumentos normativos regionales que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otras convenciones especializadas<sup>36</sup>.

Tales instrumentos son las fuentes principales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que cuenta con dos órganos centrales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No todos los Estados que hacen parte de la OEA<sup>37</sup> han ratificado la Convención Americana<sup>38</sup> ni han aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>39</sup>.

### **Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.**

En materia de consulta previa y pueblos indígenas, la Asamblea General de la OEA encargó a un grupo de trabajo la elaboración de un proyecto de declaración americana sobre los pueblos indígenas en 1999. Este grupo tenía como objetivo continuar la consideración del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997.

El proyecto elaborado por la comisión resalta la necesidad de lograr el consentimiento informado y la participación de los pueblos indígenas tanto en los proyectos de desarrollo de sus tierras y recursos, como en los casos de reasentamiento, entre otras situaciones.

---

<sup>36</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969.

<sup>37</sup> Los Estados que hacen parte de la oea son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>38</sup> Los Estados que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>39</sup> Los Estados que han reconocido la competencia de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.



El texto propuesto también incluye una amplia discusión de los derechos de los pueblos a sus tierras y territorios<sup>40</sup>. Varias de las provisiones del proyecto siguen en discusión, y éste todavía no ha sido aprobado por la Asamblea General<sup>41</sup>.

### **Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada en 1959. Desde entonces su función ha sido la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo en esta materia. Cumple con tal función a través de visitas a los Estados, informes sobre la situación de derechos humanos y el análisis de peticiones individuales que alegan violaciones de derechos humanos.

Esa última función “cuasijudicial” la tomó a partir de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en 1969, que le permite recibir denuncias de individuos sobre violaciones a sus derechos por parte del Estado. En tales casos, puede intentar llegar a una solución amistosa entre los Estados y la parte denunciante o, en caso de fallar esta solución, puede remitir el caso a la Corte Interamericana si el Estado implicado ha reconocido la competencia de ella. La comisión, en virtud del artículo 25 de su reglamento, también tiene la posibilidad de conceder medidas cautelares por iniciativa propia o por petición de parte para evitar daños irreparables.

Tales medidas son de obligatorio cumplimiento para los Estados que han aceptado la competencia de la comisión al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

### ***Informes temáticos y de países.***

Los informes redactados por la comisión han interpretado de manera amplia las situaciones en que debe realizarse una consulta, especialmente para proyectos de infraestructura o de explotación de recursos dentro de territorios indígenas<sup>42</sup>. En general, los informes sólo recomiendan lograr el

---

<sup>40</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, disponible en <http://www.cidh.org/indigenas/indigenas.sp.01/texto.htm>.

<sup>41</sup> Los documentos del grupo de trabajo encargado con la elaboración del proyecto y las resoluciones relacionadas se encuentran disponibles en [http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve\\_code=11](http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=11).

<sup>42</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, cap. x, “Los derechos de las comunidades indígenas”, 2000.

consentimiento de los afectados cuando “sea jurídicamente necesario”<sup>43</sup> y tienen pocos avances en términos de reparaciones. Sin embargo, estos informes han sido importantes para la creación de nuevos instrumentos jurídicos, como la Declaración Universal de Pueblos Indígenas, así como la elaboración del concepto de ‘consulta previa’ y las situaciones en las cuales es aplicable.

### ***Soluciones amistosas.***

Estas soluciones, que son vinculantes únicamente para las partes, no han realizado grandes avances en materia de consulta previa. Sin embargo, en algunos casos, han recomendado medidas de reparación que incluyen la devolución de tierras<sup>44</sup>, y en otros se han manifestado sobre el alcance de la consulta<sup>45</sup>, sumándose al repertorio de pronunciamientos de derecho internacional que se han expresado sobre estos temas.

### ***Medidas cautelares.***

Las medidas cautelares son concedidas en casos de gravedad o urgencia a personas para evitar daños irreparables a ellas, y toman la forma de una solicitud al Estado parte que adopte las medidas necesarias para evitar dicho daño. La comisión ha concedido medidas cautelares en numerosos casos a personas pertenecientes a grupos indígenas por razones asociadas a la consulta previa, especialmente cuando se presentan violaciones como la intimidación y hostigamientos a líderes<sup>46</sup>, los asesinatos<sup>47</sup> y las desapariciones<sup>48</sup>. No obstante, algunas de las medidas cautelares concedidas por la comisión han sido pasos previos importantes a los pronunciamientos más detallados de la Corte Interamericana sobre el tema específico de la consulta, como fue el caso de las medidas expedidas a favor del pueblo saramaka para evitar los daños relacionados a la extracción de recursos

---

<sup>43</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, cap. x, “Los derechos de los indígenas en Colombia”, 1999, párr. J(4).

<sup>44</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala, Solución Amistosa, 2003.

<sup>45</sup> En la solución amistosa del caso Mercedes Julia Huenteano Beroiza y Otras vs. Chile en el 2004, la comisión reconoció la necesidad de hacer una consulta para el seguimiento y control de las obligaciones ambientales de una represa.

<sup>46</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Margarita Pérez Anchirayo y otros, Comunidad San Mateo de Huanchor, Perú, 2006.

<sup>47</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Pueblo Indígena Wiwa, Colombia, 2005.

<sup>48</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Comunidad Indígena Sarayacu, Ecuador, 2003.

de sus territorios<sup>49</sup> y las concedidas a favor del pueblo enxet en relación con su desplazamiento forzado<sup>50</sup>. Las medidas cautelares son de carácter obligatorio para los Estados implicados en la petición.

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos nació de la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue redactada en 1969. La convención entró en vigor en 1978, y la Corte empezó a funcionar en 1979. Puede conocer de cualquier caso presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por un Estado parte siempre que éste haya reconocido su competencia y el caso pueda ser interpretado bajo las disposiciones de dicha convención. La Corte puede, en casos en que decida que hay violación a algún derecho, ordenar que se garantice el goce del derecho y, según el caso, disponer reparaciones. La Corte también tiene la competencia de conceder medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas<sup>51</sup>.

### ***Sentencias.***

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una de las fuentes de derecho internacional más garantistas en materia de consulta previa. En general, las sentencias de la Corte tienden a determinar con alto nivel de detalle los casos en los cuales debe realizarse la consulta; establecen en algunos casos la necesidad de ir más allá de la mera consulta, destacando la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado<sup>52</sup>; desarrollan el concepto del territorio para las comunidades indígenas de acuerdo con su espiritualidad y cultura; y, entre otros aspectos, desarrollan el tema de reparaciones más que la mayoría de las fuentes de derecho internacional, ordenando la devolución de tierras y otras formas de reparaciones no pecuniarias, así como indemnizaciones<sup>53</sup>.

La jurisprudencia de la Corte es vinculante para los Estados parte.

<sup>49</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Clanes Saramaka, Surinam, 2002.

<sup>50</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet, Paraguay, 2004. La Comisión también ha concedido medidas cautelares importantes relacionadas al desplazamiento forzado de los pueblos wiwa y kankuamo de Colombia. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Pueblo Indígena Wiwa, Colombia, 2005; Pueblo Indígena Kankuamo, Colombia, 2003.

<sup>51</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Denuncias y consultas ante el Sistema Interamericano, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/denuncias\\_consultas.cfm](http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm).

<sup>52</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Saramaka vs. Surinam, 2007

<sup>53</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yakye Axa vs. Paraguay, 2004; Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006; Saramaka vs. Surinam, 2007.

## ***Medidas provisionales.***

El inciso 2º del artículo 63 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que la Corte puede tomar medidas provisionales en situaciones de extrema urgencia y gravedad en los casos que conoce, o a petición de la comisión.

Estas medidas son de carácter vinculante para el Estado. Pocas de ellas se relacionan con el tema de consulta y, generalmente, dada su naturaleza, tienen pocos avances en términos de protección del derecho a la consulta. No obstante, algunas medidas han reconocido la especial relación que tienen los pueblos con su tierra<sup>54</sup>, aunque no van más allá de la jurisprudencia de la Corte en las garantías que ofrecen en la materia.

## **Conclusiones derecho internacional.**

Si bien la mayoría de las fuentes de derecho internacional reconocen el derecho a la consulta en las situaciones establecidas en el Convenio 169, también existen normas y órganos que han respetado el derecho a la consulta previa en situaciones adicionales a las establecidas en él. Los ejemplos más destacados de ese fenómeno son la Declaración de los Pueblos Indígenas y el Proyecto de la OEA.

En primer lugar, dichas normas adoptan algunos estándares del Convenio 169: establecen que los pueblos indígenas deben ser consultados antes de adoptar medidas legislativas y administrativas que los afecten y antes de aprobar cualquier proyecto que impacte a sus tierras o territorios y los recursos existentes en ellas.

En el mismo orden de ideas, establecen que el consentimiento libre, previo e informado es imprescindible en casos de traslados o reubicaciones de comunidades.

## **Inconsistencias de la consulta previa**

Las barreras para el disfrute del derecho a la consulta en Colombia se refieren a:

- a) La falta de voluntad política.
- b) La falta de un marco regulatorio adecuado, basado en el consenso.
- c) La falta de genuina de participación de los grupos étnicos en la regulación de la consulta previa.
- d) La falta de una ley específica sobre la consulta previa.

<sup>54</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Provisionales, Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador, 2004; Pueblo Indígena Kankuamo vs. Colombia, 2003.

- e) Las dificultades de llegar a acuerdos en la consulta y sus procesos.
- f) Las consultas mantenidas con las partes que no son los representantes legítimos de los pueblos afectados.
- g) El diseño e implementación de la infraestructura, el desarrollo, la minería y megaproyectos sin una consulta previa, libre, informada proceso conducente a la obtención del consentimiento de los grupos étnicos afectados.

Otros factores derivan de la situación de los derechos humanos crítica en el país, lo que también contribuye a un general la falta de conciencia en relación con el derecho a la situación de la consulta previa, esta está marcada por:

- a) El desplazamiento forzado.
- b) Los asesinatos y masacres de indígenas y afro descendientes pueblo y sus líderes, y las continuas amenazas contra su vida y la seguridad personal.
- c) La presencia militar en reservas indígenas sin consulta previa, y minas antipersonales colocadas en los territorios indígenas.
- d) El uso de los territorios indígenas para las actividades vinculadas con el conflicto armado y el tráfico de drogas.
- e) La titulación de tierras precaria situación que se ve agravada por factores relacionados con el conflicto armado. Varios los pueblos indígenas se consideran en riesgo de exterminio debido al desplazamiento, homicidios, y masacres.

Los recursos y mecanismos institucionales que se han establecido en Colombia para fomentar el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas y afro descendientes incluyen el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, la Permanente Mesa redonda para el Consenso con los pueblos indígenas y organizaciones establecidos 1996, y la mesa redonda regional.

Desafortunadamente en la región amazónica indígena, estos foros para el diálogo no están suficientemente consolidadas o equipado para resolver las tensiones y conflictos entre el gobierno y organizaciones de la sociedad civil que trabajan para defender la los derechos de la gente. Así los indígenas y afrodescendientes no obtienen resultados, ellos no han garantizado diálogo permanente o la aplicación real del derecho a la consulta previa. El pleno disfrute del derecho a la consulta previa sigue siendo un asunto pendiente en Colombia. El país se enfrenta al reto de traducir los avances logrados en términos de los recursos institucionales disponibles con normativa y desarrollo jurisprudencial y, en una realidad en la que la consulta previa es la pieza central de las relaciones del Estado con los pueblos indígenas y afrodescendientes. De igual manera, Colombia se enfrenta al

reto de la promulgación de una ley redactada en conjunto con los pueblos indígenas, para regular procedimientos de consulta y establecer un marco jurídico y práctico para este fin. Al final, se debe poner en marcha un proceso legislativo que garantiza una genuina y un proceso intercultural participativo.

### **Consulta con las comunidades indígenas por parte de Carbones del Cerrejón.**

El titular de la empresa minera y la franquicia de la mina de carbón Cerrejón La Guajira que IKV Pax Christi visitó en mayo de 2011 Colombia es, sin duda, uno de los favoritos en la responsabilidad por el impacto social de sus operaciones mineras. El Cerrejón tiene documentado un plan impresionante para la consulta de los indígenas afectados (Wayúu), la población sobre su proyecto de expansión propuesto (Cerrejón 2011). La empresa minera dice el plan se basa en las normas nacionales e internacionales pertinentes (Decreto 1320 de 1998 y CFI Norma de Desempeño). Una parte considerable de las comunidades indígenas Wayúu en la región más amplia (Es decir, no sólo los que están en la “zona de influencia” según lo determinado por Cerrejón) han levantado gran preocupaciones acerca de la modificación propuesta del río Ranchería. Estas preocupaciones han sido expresadas públicamente en un comunicado de prensa en noviembre de 2010.

Como el procedimiento se puso en la fase de consulta previa, varias preguntas importantes sobre el futuro proceso de consulta no permanecerán resueltas. Las preguntas críticas de Pax IKV Christi se pueden dividir en cuatro temas principales:

- a) Los criterios establecidos por la empresa minera para determinar la “influencia directa e indirecta zona “del proyecto de expansión.
- b) El número de residentes de la zona y cuántos de ellos deben ser consultados (Representatividad).
- c) Los acuerdos sobre el seguimiento y la verificación del proceso de consulta independiente.
- d) La responsabilidad y el papel del gobierno colombiano en el proceso de consulta.
- e) En relación con el tema de la consulta previa, también hay preguntas sobre la política de la empresa minera en el desarrollo socioeconómico de la zona afectada.

El área definida como el “área de influencia directa” incluye las zonas (y comunidades) que caen dentro del área de concesión del proyecto de expansión y el corredor ecológico formado por la orillas del río Ranchería de

la presa de agua (el depósito Palomino) a l río en el mar Caribe. El “área de influencia indirecta” se define como las zonas (y comunidades) que se encuentran en “la zona de captación restante del río Ranchería”.

## **Desarrollo de agricultura, semillas y TLC**

Los procedimientos de control constitucional están abiertos a la participación de las organizaciones y los ciudadanos. Durante la revisión de la Ley 1518, los ministros de agricultura y desarrollo rural, el comercio, la industria y el turismo, las relaciones exteriores y los asuntos internos, así como el Instituto Nacional de los recursos biológicos (Alexander von Humboldt) y ACOSEMILLAS (una organización que representa la semilla industria) apoyó la constitucionalidad de la ley. el ministro de medio ambiente y desarrollo sostenible, la Universidad nacional de Colombia, varias organizaciones no gubernamentales (ONG), la Organización nacional Indígena de Colombia (ONIC) y más de 6 500 ciudadanos firmaron peticiones solicitando a la corte para declarar que la ley era inconstitucional por varias razones, una de ellas fue que el Convenio UPOV de 1991 amenazaba la seguridad alimentaria, la biodiversidad, los conocimientos tradicionales y el patrimonio cultural del país.

La reivindicación principal y recurrente de quienes se oponen a la ley era que el gobierno no realizó ninguna consulta con las comunidades tradicionales para la aprobación y ratificación de este tratado de propiedad intelectual, lo que les afecta directamente. Análisis de la Corte Constitucional ha desarrollado una doctrina que establece que el derecho a ser consultado es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y tradicionales. Este enfoque se basa en el Convenio de la OIT n° 169 y la protección constitucional de la diversidad étnica y cultural, el derecho a la participación democrática, la protección de la cultura como parte de la nacionalidad y el derecho de los pueblos indígenas en relación con sus territorios y recursos naturales (artículos 7, 40, 70, 329 y 330 de la Constitución).

La consulta previa es un derecho de las comunidades (a ser consultados) y una obligación del estado (consultar) sólo cuando hay un efecto directo sobre las comunidades pertinentes. En tales casos, la omisión de la consulta es una violación de la Constitución. En 2008, la Corte Constitucional comenzó a analizar la obligación del gobierno de consultar a las comunidades tradicionales en relación con la aprobación de los tratados internacionales. Este caso es la primera vez que el tribunal analizó la obligación de consulta previa en relación con un tratado IP ocupa de los recursos biológicos. El análisis de estos casos es muy problemático, porque los efectos de un tratado internacional IP no están dirigidas a sectores específicos de la población, sino que afectan a todos los habitantes del país (impacto general).

El Tribunal Constitucional ha confirmado que la consulta previa sólo es obligatoria en los casos en que la legislación afecta a las comunidades tradicionales en forma específica, concreta y directa (impacto específico). Estos impactos pueden ser identificados con diferentes criterios, incluyendo que la legislación puede poner en peligro directamente su identidad étnica. El tribunal consideró que, a pesar del Convenio de la UPOV tener un impacto general sobre los derechos de propiedad intelectual de los obtentores, esos derechos pueden afectar directamente a las actividades agrícolas y los recursos biológicos de las comunidades tradicionales y, como consecuencia afectan a su forma de vida. En decisiones anteriores, la Corte Constitucional reconoció la relación religiosa, política, social y económica especial de los grupos indígenas con la tierra y los recursos naturales (Sentencia T-693 de 2011).

El tribunal reconoció la protección de la biodiversidad y los ecosistemas, donde viven los grupos indígenas, como parte fundamental de su existencia identidad física, espiritual y cultural. El tribunal sostuvo que la omisión del gobierno constituyó un fracaso para reconocer el papel histórico de las comunidades tradicionales que otorgan la riqueza, la conservación y el desarrollo de la biodiversidad en los ecosistemas del país. El tribunal expresó su preocupación por el efecto que el Convenio de la UPOV de 1991 podría tener sobre las prácticas y conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas y campesinas y sus derechos sobre los recursos nativos, sobre todo las plantas sagradas y medicinales. Además, las posibles actividades de apropiación y de bioprospección, que, como resultado, podrían crear derechos privados e individuales sobre las variedades de plantas, podría estar en contradicción con la idea de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas.

La corte encontró que los derechos de propiedad intelectual sobre semillas pueden afectar a la identidad, la autonomía y los medios de vida de las poblaciones indígenas. Por lo tanto, estas comunidades tienen el derecho a participar en las decisiones relativas a la aplicación de los derechos de propiedad intelectual que están directamente relacionados con la seguridad alimentaria, la diversidad, los conocimientos tradicionales y la supervivencia cultural de los grupos indígenas, afrocolombianas y campesinas. El significado práctico Este fallo es un buen ejemplo del activismo judicial en derechos de propiedad intelectual. Los efectos de esta decisión sobre los derechos de obtentor son más políticos que jurídicos. Colombia ratificó el Acta UPOV 1978 (Ley 243 de 1995, en 1996), y aprobó la legislación (Decisión Andina 345) y las regulaciones (Decreto 2687 de 2002 y la Resolución 2046 de 2003), que otorga derechos similares a la Ley de la UPOV de 1991. Dentro de este marco, la decisión de la Corte Constitucional no



afectará a la expectativa jurídica de los criadores de plantas, pero tuvo un impacto político en la implementación del TLC con Estados Unidos Colombia tiene la obligación internacional de ratificar el Acta de 1991 y, con el fin de hacerlo, debería abrir ahora un diálogo con las comunidades indígenas y tradicionales sobre los derechos de propiedad intelectual sobre los recursos biológicos, un tema muy controvertido y políticamente difícil en un país con más de 60 grupos indígenas diferentes y varias comunidades afrocolombianas ubicadas en algunos de los puntos calientes de biodiversidad más ricos del mundo.

El fallo de la Corte Constitucional ha creado un precedente que debe ser seguida por el gobierno en las medidas legislativas y regulatorias futuras relacionadas directa o indirectamente con los derechos de propiedad intelectual sobre los recursos biológicos (más allá del alcance de la UPOV). A raíz de este caso, el gobierno tiene la obligación de llevar a cabo una consulta previa con las comunidades indígenas y tradicionales de una manera que realmente participan en la adopción de políticas de propiedad intelectual que pudieran tener un impacto específico sobre su identidad cultural y la supervivencia.

Un artilugio para continuar con el despojo de las semillas de los pueblos en Colombia. La resolución 3168 del ICA de 2015 sobre semillas reemplaza la resolución 970.

En medio del calor del paro agrario que tuvo paralizado gran parte del país rural, y ante la presión de los campesinos en la mesa de negociación con el gobierno nacional, sobre el tema de las leyes de semillas, el Presidente Santos hizo el anuncio que “se congela la resolución 970”; “el gobierno nacional se comprometió a no aplicar la resolución 970 a las semillas nacionales y a trabajar en una mesa técnica el tema de semillas y en la estructuración de una nueva propuesta sobre semillas certificadas que no afecten al productor agropecuario”. Este anuncio del gobierno, en realidad fue un engaño a los agricultores y a la opinión pública, puesto que en ningún momento el gobierno suspendió esta norma. [http://semillas.org.co/apc-aa-files/353467686e6667686b6c676668f16c6c/img\\_5914.jpg](http://semillas.org.co/apc-aa-files/353467686e6667686b6c676668f16c6c/img_5914.jpg)

Por el contrario, el ICA elaboró unilateralmente un borrador de resolución sobre semillas que en general no contenía cambios de fondo sobre las normas ya existentes. El ICA reiterativamente insistió que esta nueva norma “no requería realizar consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afro”, y mucho menos con campesinos. Es así como solo se puso a consideración del público, el borrador de nueva resolución, a través de la página web del ICA y mediante unas pocas reuniones con algunos sectores rurales

realizadas en varias regiones. A pesar del rechazo de amplios sectores sociales y locales sobre la resolución 970 y sobre todas las normas de semillas vigentes en el país, el ICA expidió en agosto de 2015 la resolución 3168, que deroga y sustituye esta polémica norma.

Antes de analizar los aspectos más críticos contenidos en esta nueva resolución, es fundamental tener en cuenta que actualmente en Colombia existen dos tipos de normas de semillas; por un lado existen las leyes de propiedad intelectual sobre semillas que se aplican mediante los lineamientos de los Convenios internacionales UPOV 78 y UPOV 91, y por otro lado, se cuenta con las normas que controlan la producción, uso y comercialización de semillas. Ambos tipos de normas están inseparablemente relacionadas e interconectadas, puesto que para poder hacer efectivo el derecho de obtentores vegetales y de las patentes de semillas modificadas genéticamente, es fundamental contar con normas que regulen la producción de semillas y que obliguen únicamente la comercialización de semillas protegidas legalmente.

El ICA insistentemente afirma que la resolución 970 no tiene nada que ver con las normas que protegen la propiedad intelectual de las semillas a través de UPOV, que tampoco tiene ninguna relación con el control del uso de semillas criollas de las comunidades indígenas, afrocolombianas y campesinas. Pero en realidad tanto la resolución 970, como la 3168, si afectan las semillas criollas, como veremos al analizar la nueva resolución del ICA.

### **Antecedentes de Fallos de la Corte Constitucional frente a leyes de semillas.**

El ICA con la expedición de esta nueva resolución ha desconocido la Sentencia C-1051 de diciembre de 2012, de la Corte Constitucional que derogó la ley 1518, mediante la cual se aprobó el Convenio Internacional UPOV 91, que otorga los derechos de obtentores vegetales sobre las semillas. Uno de los argumentos centrales de este fallo es que la Corte considera que la ley de semillas basadas en UPOV 91, no fue consultada con los pueblos étnicos a quienes afecta directamente. La Corte consideró que existe una profunda vinculación entre las semillas, la identidad y cultura de los pueblos indígenas y tribales protegidos por el derecho a la Consulta previa a la suscripción de este tratado y deduce la directa afectación que podía producir UPOV 91 sobre sus derechos. También consideró que el Convenio UPOV 91 regula directamente aspectos sustanciales que conciernen a estas comunidades, en calidad de obtentores de variedades vegetales cuya propiedad intelectual se protege, los cuales forman parte de conocimientos ancestrales de estos pueblos. Finalmente la Corte señaló que la imposición

de restricciones propias de propiedad intelectual sobre nuevas variedades vegetales como la que consagra la UPOV 91, podría estar limitando el desarrollo natural de la biodiversidad producto de las condiciones étnicas, culturales y ecosistemas propios en donde habitan dichos pueblos.

El Convenio UPOV 91, según la Corte, se basa e inspira en la propiedad intelectual individual de los “creadores” de nuevas variedades vegetales, a fin de permitirles su explotación exclusiva por un tiempo determinado. Por el contrario, los grupos étnicos conforme a sus costumbres y formas de vida, no se dedican a la explotación comercial de los conocimientos ancestrales, ni tampoco sus conocimientos se encuentran registrados en solicitudes de derechos de obtentor, dado que los mismos tienen un uso comunitario y, como tales se basan en el concepto de propiedad colectiva. Así, conforme a las reglas de UPOV 91, podría ocurrir que variedades vegetales producto de prácticas milenarias, por el hecho de no haber sido comercializadas por las comunidades o entregadas con fines de explotación, sean presentadas como creadas o puestas a punto por parte de fitomejoradores formales, quienes serían entonces los beneficiarios de los derechos de obtentor, desplazando a los pueblos autóctonos en el ejercicio de tales derechos.

Aunque la Corte Constitucional declaró inexecutable UPOV 91, muchos de los aspectos críticos antes señalados, están incorporados en otras normas de semillas que se aplican en el país, como es el caso del Convenio de UPOV 1978 que se aplica mediante la Decisión Andina 345 de 1994, y que además incluye algunos aspectos lesivos de UPOV 91. También actualmente se aplica el artículo 306 del Código Penal, que penaliza la usurpación de derechos de obtentores vegetales. Estas normas se complementan con la nueva resolución 3168 del ICA sobre semillas. Es por ello que el conjunto de normas de propiedad intelectual y las que controlan la producción, uso y comercialización de semillas, se constituyen en instrumentos de despojo, que amenazan los derechos de las comunidades locales y la soberanía alimentaria del país.

Por otro lado, En el año 2013 la Red de Semillas Libres de Colombia interpuso una demanda de inconstitucionalidad sobre el artículo 306 del Código penal, que penaliza la usurpación de los derechos de obtentores vegetales. El aspecto más crítico de este artículo es que puede ser judicializado y criminalizado el uso de semillas criollas de los agricultores que se parezcan o se puedan confundir con semillas que son propiedad de las empresas.

La Corte Constitucional en julio de 2014 expidió su Fallo, en el cual declara executable la parte de este artículo que penaliza el uso “ilegal” de

semillas protegidas por las empresas; pero se pronuncia negativamente sobre la expresión “semillas similarmente confundibles con una protegida legalmente”. La Corte en su fallo determinó que esta expresión contenida en el artículo 306, vulnera el principio de taxatividad, al no resultar posible definir cuál es el grado de similitud que debe ser penalizado. En este sentido, consideró que la expresión entendida como derechos similares o derivados del obtentor de variedad vegetal, es muy amplia, no está definida ni concebida con claridad y podría implicar la utilización de figuras prohibidas por la carta política en materia penal. Por estas razones la corte determinó que se debe retirar del ordenamiento jurídico, la interpretación de la expresión “similarmente confundibles con uno protegido legalmente”, aplicable a los derechos de obtentor de variedad vegetal.

### **Aspectos críticos de la resolución 3168 del ICA de agosto de 2015.**

#### ***¿Qué es y quienes realizan “mejoramiento genético”?***

La resolución 970 es derogada por la resolución 3168. Para entender el alcance de esta nueva norma, es fundamental analizar su título, que se refiere a “reglamenta y controla la producción, importación y exportación de semillas producto del mejoramiento genético para la comercialización y siembra en el país, así como el registro de las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento”. La palabra clave del título de la norma, es el concepto de “...semillas producto del mejoramiento genético...”. Es importante analizar la definición que hace la norma de mejoramiento genético: “Es el arte y la ciencia de alterar o modificar la herencia de las plantas para obtener cultivares (variedades o híbridos), adaptados a condiciones específicas, de mayores rendimientos económicos y de mejor calidad”. Pero si nos atenemos estrictamente a esta definición, todos los agricultores de comunidades indígenas, afros y campesinos desde épocas ancestrales realizan mejoramiento genético sobre sus semillas, es decir, estas técnicas de mejoramiento genético no es exclusivo de los fitomejoradores “modernos” que realizan en los centros de investigación. Estos argumentos fueron reafirmados por la Corte Constitucional en su fallo que derogó UPOV 91.

El ICA en toda la norma insistentemente señala que se aplica a semillas producto de “mejoramiento genético”, pero no aclara a qué se refiere por mejoramiento genético convencional y no convencional. El ICA en todo el desarrollo del texto: en el objetivo, en el ámbito de aplicación y en las definiciones, pretende dar a entender que refiere solo al mejoramiento que realizan los fitomejoradores, y las empresas productoras de semillas comerciales; pero en realidad la norma también se aplicaría también a las

semillas obtenidas por mejoramiento genético que realizan los agricultores de comunidades indígenas afro y campesinas.

ART. 1° Objeto. Reglamentar y controlar la producción, importación y exportación de semillas producto del mejoramiento genético para la comercialización y siembra en el país, así como el registro de las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento.

ART. 2° Ámbito de aplicación. Las disposiciones establecidas en la presente resolución serán aplicables solo a las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la producción, exportación, comercialización y/o importación de semillas para siembra en el país, obtenidas a través de métodos de mejoramiento genético convencional y no convencional, así como a las actividades que desarrollan las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento.

Respecto a los productores de semillas obtenidas por mejoramiento genético que deben cumplir requisitos de calidad, al art. 4, se refiere solo a semillas certificadas de trece cultivos; pero entonces ¿Qué sucedería si un pequeño agricultor produce y comercializa semillas criollas o semillas no certificadas de estos cultivos? ¿Le aplicaran con rigor esta norma?

Art. 4° - 4.2. “Para efecto de la producción y comercialización de semillas certificada, los productores registrados para estos fines deberán cumplir con los requisitos específicos mínimos de calidad establecidos en la presente resolución para los cultivares obtenidos por procesos de mejoramiento genético como consecuencia de la aplicación de conocimientos científicos para las especies de arroz, maíz, algodón, papa, sorgo, arveja, avena, cebada, trigo, soya, ajonjolí, maní, yuca y frijol”.

### ***Registro Nacional de Cultivares Comerciales.***

La norma dice que todos los productores de semillas para siembra en el país y las unidades de evaluación agronómica y de investigación en fitomejoramiento, deben registrarse ante el ICA. Igualmente hace obligatorio el registro de la producción de plántulas o plantas de vivero; pero no aclara si deben registrarse ante el ICA también los viveros de frutales y especies maderables que establezcan comunidades campesinas locales.

ART. 14. Registro Nacional de Cultivares Comerciales. Se deberán registrar ante el ICA los cultivares obtenidos por el mejoramiento genético como consecuencia de la aplicación de conocimientos científicos que se pretendan producir, importar, exportar y/o comercializar, cumpliendo con los siguientes requisitos:....

..... PAR. 2º Dentro de los tres (3) años a que hace alusión el presente artículo, una tercera persona podrá desarrollar nuevas pruebas de evaluación agronómica y obtener inscripción en el Registro Nacional de Cultivares Comerciales siempre y cuando los materiales objeto de evaluación no estén protegidos con derechos de obtentor.

Para el caso de realización de pruebas para la producción de nuevas variedades, mediante la utilización de variedades protegidas por derecho de obtentor vegetal, contemplada en UPOV, solo podría realizarse con la autorización del obtentor; es decir se restringiría el derecho del fitomejorador a utilizar libremente estas variedades para su trabajo de investigación para desarrollar nuevas semillas.

Art. 12.1. Requisitos para el establecimiento de la prueba. El interesado debe presentar solicitud ante la Dirección Técnica de Semillas con la siguiente información y documentos: ...12.1.2. Identificación de los genotipos (nombre y/o código) y su lugar de procedencia. Si se trata de un cultivar protegido por derecho de obtentor, debe presentar la autorización del obtentor para evaluar sus materiales.

### ***Los derechos de los agricultores sobre las semillas.***

Uno de los aspectos más crítico de esta norma de semillas es el tema de. Tanto en la resolución 970, como en esta nueva norma se limita el derecho de los agricultores a investigar mejorar y producir semillas a partir de semillas protegidas; actividades que han sido reconocidos en el Convenio UPOV 78, que se aplica en Colombia. Pero ahora, estos derechos ancestrales que han tenido desde siempre las comunidades étnicas y campesinas, se han transformado a unos limitados “privilegios” que pueden tener solo algunos agricultores para guardar unas pocas variedades protegidas legalmente. Esta imposición arbitraria de UPOV y de la industria, viola fragantemente derechos reconocidos en Tratados internacionales, como el Convenio 169 de la OIT, los derechos de los agricultores reconocidos por el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, para la Alimentación y la Agricultura, TIRFAA, por la legislación nacional y por la jurisprudencia contenida en varios fallos judiciales de la Corte Constitucional.

Para el caso del TIRFAA, esta norma desconoce los “derechos del agricultor” incluidos en el art. 9, inciso 9.3 del TIRFAA, considera que “Nada de lo que se dice en artículo se interpretará en el sentido de limitar cualquier derecho que tengan los agricultores a conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en las fincas, con arreglo a la legislación nacional y según proceda”.

En la resolución 3168, se incluye el Privilegio del agricultor en el Art. 22: “El agricultor interesado en una variedad protegida por derecho de obtentor, tal como lo contempla la Decisión CAN 345 de 1993, podrá reservar producto de su propia cosecha para usarla como semilla para sembrarla en su misma explotación de conformidad con las áreas por especie así: arroz hasta 5 has. (una tonelada), soya hasta: 10 has. (800 kilos), algodón hasta 5 has. (60 kilos) Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en las normas vigentes para los planes de manejo y bioseguridad”.

PAR. Solo se reglamentan las especies de ciclo corto que actualmente tienen variedades protegidas en el país como son: arroz, soya y algodón. Se exceptúa de este privilegio la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales, de conformidad con la Decisión CAN 345 de 1993. Así mismo por bioseguridad también se exceptúan las semillas modificadas genéticamente por ingeniería genética u obtenida por mutaciones espontáneas o inducidas artificialmente.

Es inaceptable que este privilegio del agricultores se limite a reservar semillas protegidas de un limitado tipo de cultivos: arroz, soya y algodón y en un poco cantidad de semillas. Además no se permite la propagación de plantas de las especies frutícolas, ornamentales y forestales y tampoco de semillas transgénicas. Pero más crítico aún es que no se incluye ningún derecho sobre muchas otras semillas protegidas, que son fundamentales para los agricultores, como por ejemplo: maíz, frijol, yuca, papa, plátano, tomate, entre otras.

### ***Prohibiciones y obligaciones.***

Según la nueva resolución, no se puede registrar semillas con fines de comercialización que sean “similares o confundibles; solo es posible producir, registrar y comercializar semillas autorizadas, que sean certificadas, registradas y debidamente rotuladas. La norma no especifica claramente quienes son las personas autorizadas, pero se puede inferir que los agricultores y comunidades locales que permanentemente están produciendo, seleccionando, intercambiando, compartiendo y comercializando semillas, estarían violando esta norma, puesto que sus semillas no están certificadas ni rotuladas.” También sería ilegal, comercializar una variedad criolla con su nombre originario, puesto que según la norma podría “inducir a error, confusión y engaño al consumidor”.

La resolución 3168, incluye las prohibiciones contenidos en la resolución 970, que se basan en el concepto de usurpación de los derechos de obtentor de variedades similarmente confundibles con una protegida legalmente,

contenido en el artículo 306 del Código Penal; concepto que la Corte Constitucional, retirarse del ordenamiento jurídico, aplicable a los derechos de obtentor vegetal. la expresión de "semillas similarmente confundible",

Estas restricciones sobre semillas similarmente confundibles incluidas en la resolución 3168, son ambiguas y confusas, puesto que debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿quién determinará qué es confundible?, ¿confundible para quién?; más aún, qué base puede esgrimirse para penalizar una similitud, especialmente ¿cuándo aquello a lo que se castiga por ser parecido ha existido con anterioridad a aquello con lo que se le compara? Estas prohibiciones son inaceptables para los agricultores, puesto que muchas semillas manipuladas y protegidas se pueden parecer a las criollas y confundirse con estas y no al revés como lo indica la norma; mas bien debería haber una prohibición expresa de registrar semillas que presenten similitud con variedades criollas que no han sido protegidas legalmente.

Tampoco según el ICA, se pueden comercializar e intercambiar "semillas de costal", es decir que no esté debidamente empacada y rotulada. Esto puede llevar a que los agricultores se les decomisen, destruyan sus semillas y sean penalizados con multas o incluso llevados a la cárcel, por el hecho de guardar semillas en empaques reutilizados o por comercializar en los mercados locales semillas no certificadas.

ART. 23. Obligaciones. Las personas naturales o jurídicas objeto de la presente resolución están obligadas a: Comercializar semillas correspondientes a cultivos autorizados y a través de las personas autorizadas, que cumplan con los requisitos establecidos respecto de rotulado y etiqueta; y solo es posible almacenar, acondicionar y/o comercializar semillas únicamente de cultivos autorizados. En la etiqueta no podrán describirse ni presentarse información que contenga vocablos, denominaciones, símbolos, que puedan hacer que dicha información pueda inducir a confusión o engaño al consumidor en relación con la verdadera naturaleza, composición y procedencia.

ART. 24. Prohibiciones. Las personas naturales o jurídicas objeto de la presente resolución deberán abstenerse de: Registrar cultivos cuyos nombres induzcan a error o a confusión sobre su origen, sobre las características o valores especiales, con otros materiales que estén en el mercado con un nombre en particular y que de a entender que es derivado o parecido a estos; tampoco registrar cultivos que presenten similitud o induzcan a confusión respecto de marcas o a denominaciones de variedades protegidas y/o registrados, y es prohibido realizar tratamiento de semillas con insumos no aprobados para tal fin por el ICA, y distribuir o comercializar semillas sin etiqueta.



## ***Control oficial y sanciones.***

Este es uno de los aspectos más polémicos e inaceptables por los campesinos y los agricultores en general, incluidos tanto en la resolución 970, como en la nueva norma. El carácter de control policivo ha sido el instrumento del ICA para realizar allanamientos y decomisos ilegales de la cosecha de cultivos de los agricultores y de los centros de almacenamiento y comercialización de semillas. Es así como el ICA afirma que entre 2010 y 2013 había decomisado o impedido la comercialización más de cuatro millones de kilogramos de semillas de diferentes cultivos, siendo más intensivos los operativos para el caso de semillas de arroz. Estos decomisos de semillas realizados por el ICA con el apoyo de la policía han generado un enorme rechazo nacional e internacional, y el repudio por la judicialización y el trato a los agricultores como delincuentes, simplemente por producir, guardar y distribuir semillas, actividades que han realizado libremente desde épocas ancestrales.

ART. 25. Control oficial. Los funcionarios del ICA en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que realicen en virtud de la presente resolución tendrán el carácter de inspectores de policía sanitaria, gozarán del apoyo y protección de las autoridades civiles y militares para el cumplimiento de sus funciones. PAR. Los titulares de los registros establecidos en la presente resolución están en la obligación de permitir la entrada de los funcionarios del ICA para el cumplimiento de sus funciones.

ART. 27. Sanciones. El incumplimiento de cualquiera de las disposiciones establecidas en la presente resolución se sancionará de conformidad con lo establecido en la parte 13 título 1 capítulo 10 del Decreto 1071 de 2015, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que haya lugar. Al revisar el decreto 1071, se determinan como sanciones:

Artículo 2.13.1.10.2. Las sanciones serán las siguientes: Multas, que podrán ser sucesivas y su valor en conjunto no excederá una suma equivalente a 10.000 salarios mensuales mínimos legales. Prohibición temporal o definitiva de cultivos de vegetales o de la cría de animales. La suspensión o cancelación del registro de productor o importador o del producto expedido por el ICA, de los permisos o de las autorizaciones concedidas.

Artículo 2.13.1.10.3. Las acciones tendientes a obstaculizar o impedir el desempeño de los funcionarios del ICA o del organismo que este acredite, en el ejercicio o con motivo del ejercicio de sus funciones, serán sancionadas con las mismas penas señaladas en las leyes colombianas para las faltas cometidas por agravio a las autoridades.

Efectivamente el ICA con esta norma reitera y aumenta las sanciones que aplicara a los infractores de la resolución 3168. En el artículo 306 del Código Penal se determina suspensión de la libertad y hasta 1.500 salarios mínimos mensuales de multa. En esta norma se amplía la multa hasta 10.000 salarios mínimos, es decir un monto que podría llegar a seis mil millones de pesos. ¿Qué agricultores o productores de semillas, podrían y están dispuestos a pagar estas multas?; pero además el ICA dice: “quienes obstaculicen o impidan el desempeño de los funcionarios del ICA” serán sancionados por “faltas cometidas por agravio a las autoridades”, es decir, podrían ser judicializados y sancionados con cárcel.

ART. 28. Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las resoluciones ICA 970 de 2010, 1881 de 1992, 456 de 2009, 2501 de 2003, 2692 de 1998 y todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.

Se acuerdan de las palabras del Presidente Santos cuando hizo el falso anuncio en medio del levantamiento del Paro Agrario en 2013, “vamos a suspender la resolución 970 por un periodo de dos años, hasta que se apruebe una nueva norma que si proteja y beneficie a los agricultores”. Efectivamente a los dos años se expidió una nueva norma que cambió todo para que nada cambie, traducido al lenguaje campesino “es el mismo perro con distinta guasca”, ¡Muchas gracias señor presidente, por cumplir su promesa!

## Videos.

- Documental 9.70

[https://.youtube.com/watch?v=kZWAqS-El\\_g](https://.youtube.com/watch?v=kZWAqS-El_g)

- Derecho Fundamental Colombia: Consulta Previa

<https://.youtube.com/watch?v=9oXmssCVEbw>

## Conclusión

La reforma al código penal en cuanto al uso de obtentores vegetales genero una gran polémica, ya que planteo un vacío jurídico en cuanto a la realización de la consulta previa, imponiendo un precedente donde la consulta es obligatoria para la legislación posterior al 2008.

## Referencia

Rincón Cárdenas, Erick (2007), Tratado de Libre comercio, integración comercial derecho a los mercados. Pág 118.

Parra Dussán Carlos, Gloria Amparo Rodríguez (2005) Comunidades étnicas en Colombia: cultura y jurisprudencia, p. 66.