



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Consulta previa a pueblos indígenas y tribales: Análisis y propuesta de legislación

Alejandra Vega Rodríguez

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Área de Profundización en Derecho Constitucional
Bogotá, Colombia

2012

Consulta previa a pueblos indígenas y tribales: Análisis y propuesta de legislación

Alejandra Vega Rodríguez

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:
Doctor, Gregorio Mesa Cuadros

Línea de Investigación:
Derecho Constitucional

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Área de Profundización en Derecho Constitucional
Bogotá, Colombia
2012

A mí amado Sebastián

Mi mejor compañero de viaje

Resumen

Este trabajo se constituye en un análisis de convenciones, tratados y principios y sentencias tanto nacionales como internacionales sobre el derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales; así como el análisis de un caso colombiano que ha sido tratado a nivel internacional y nacional. Esta es una investigación de tipo cualitativo y dogmática que quiere proponer los elementos que permitan diseñar un proyecto de normatividad para la consulta previa que adecuó la legislación colombiana al Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas. Esta revisión se llevó a cabo además comparando teorías jurídicas y de derechos aplicables en particular, examinando los procesos constitucionales ecuatoriano y boliviano, y finalmente concretando las consideraciones a tener en cuenta para la reglamentación como el enfoque, las formas de derecho, las instituciones involucradas y el papel del Ministerio Público.

Palabras Clave:

Consulta previa: 1) Tesauro del Sistema de Información Bibliográfica de Naciones Unidas -ONU y 2) Tesauro Organización Internacional del Trabajo- OIT.

Pueblos Indígenas: 1) Tesauro del Sistema de Información Bibliográfica de Naciones Unidas -ONU y 2) Tesauro Organización Internacional del Trabajo- OIT.

Pueblos Tribales: 1) Tesauro del Sistema de Información Bibliográfica de Naciones Unidas -ONU y 2) Tesauro Organización Internacional del Trabajo- OIT.

Abstract

This work provides an analysis of conventions, treaties, principles and statements as national as international about the rights to prior consult of indigenous and tribal communities; as well as an analysis of a Colombian case that had been treated in an international and national level. This is a qualitative and dogmatic study that wants to propose the elements that allow the design a project of normativity for the prior consult that I adapted in the Colombian legislation to the Convention 169 of 1989 of the International Labour Organization (ILO) and the United Nations Declaration for the Indigenous Communities. This review was realized comparing juridical and applicable

rights theories, examining the constitutional processes from Ecuador and Bolivia, and, finally, concentrated the considerations that have to be taken into account for the regulation as a focus, the forms of rights, the involved institutions and the role of the Public Minister.

Key words:

Prior Consult: 1) Thesaurus of the System of Bibliographic Information of United Nations - UN and 2) Thesaurus of the International Labour Organization -ILO.

Indigenous Communities: 1) Thesaurus of the System of Bibliographic Information of United Nations -UN and 2) Thesaurus of the International Labour Organization -ILO.

Tribal Communities: 1) Thesaurus of the System of Bibliographic Information of United Nations -UN and 2) Thesaurus of the International Labour Organization -ILO.

Contenido

	Pág.
Resumen.....	IX
Lista de Figuras.....	XIII
Lista de Tablas.....	XIV
Introducción.....	1
1. Estado del Arte, estándares internacionales y nacionales a tener en cuenta en la reglamentación de la consulta previa para pueblos indígenas y tribales (comunidades afrodescendientes, negras, raizales, palenqueras y el pueblo Rom). 7	
1.2.2. Estándares del derecho internacional en el sistema regional	17
1.3. Estándares nacionales.....	21
1.3.2. Evolución jurisprudencial	27
1.3.3. Derecho fundamental a la consulta previa derivado del artículo 330 constitucional y del derecho a la participación.....	28
1.3.4. Características y objetivos del derecho a la consulta	32
1.3.5. Reglamentación actual	37
1.3.6. Caso del pueblo Emberá Katío y Dovidá del Norte del Chocó, conocido también ACIKEK, Asociación de Cabildos Indígenas, Kunas, Emberás y Katíos ⁴¹	
▪ Antecedentes: ataques contra las comunidades indígenas y sus territorios.....	41
2. Marco Teórico	51
2.1. El pluralismo	52
2.2. El multiculturalismo.....	56
2.3. Del poscolonialismo al decolonialismo y de este hacia la interculturalidad	62
2.4. Las transformaciones.....	65
2.5. Proceso Ecuatoriano (2008)	67
2.6. Proceso Boliviano (2009)	70
2.7. De la participación hacia la democracia deliberativa.....	72
3. Consideraciones para la propuesta de reglamentación sobre consulta previa para pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes, negras, raizales y palenqueras).....	77
3.1. Naturaleza de la reglamentación de la consulta previa	77
3.2. Obligación de desarrollar el deber de protección y garantía por parte del Estado.....	78

3.3. Enfoque de la reglamentación.....	79
3.4. Necesidad del reconocimiento de las formas de derecho propio	82
3.5. Necesidad de un Recurso	82
3.6. Principios que se deben tener en cuenta	82
3.7. Deber de compensación	83
3.8. Las instituciones a las que involucra.....	83
3.8.1. Estructura actual del Ministerio del Interior en consulta previa	83
3.8.2. Dispersión de competencias	86
3.8.3. Ajustes Institucionales: Necesidad de coordinación entre lo institucional y los pueblos involucrados	86
3.8.4. Papel del Ministerio Público	87
3.8.5. Función Preventiva de la PGN.....	89
3.8.5. Una herramienta: el Sistema Integral de Prevención	90
3.8.6. Creación de un grupo de trabajo especial del Ministerio Público para consulta previa	91
3.8.7. Promoción en materia de consulta previa	92
4. Conclusiones y recomendaciones.....	93
4.1. Conclusiones	93
Bibliografía	133

Lista de figuras

Pág.

Figura 2-1: Necesidad de coordinación entre las instituciones y los pueblos involucrados

Figura 2-2: Papel del Ministerio Público

Lista de tablas

Pág.

Tabla 2-1: Observaciones generales de la CEACR

Tabla 2-2: Consentimiento obligatorio de los pueblos indígenas

Introducción

Este escrito tiene como finalidad optar por el título en la Maestría en Derecho, el mismo recoge mi interés por el estudio de los derechos de los pueblos indígenas y tribales (comunidades afrodescendientes, negras y raizales), y desarrolla de manera especial el derecho a la consulta previa analizado a partir de las obligaciones que el Estado Colombiano ha adquirido a nivel internacional como miembro de la Organización de Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, de la Organización de Estados Americanos, y como Estado parte en diversos instrumentos internacionales como: la Convención Americana sobre Derechos Humanos(en adelante CADH), el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio 169 de la OIT.

Teniendo en cuenta que de manera reiterada la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa, lo ha reconocido como un derecho fundamental, integrando al bloque de constitucionalidad el Convenio 169 de la OIT, pero además se ha pronunciado acerca de los órganos de control y vigilancia de este organismo: *“Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares”* (Corte Constitucional, T568 de 1999).

Estos pronunciamientos deben ser observados toda vez que se basan en la costumbre y en los principios de derecho internacional, esto lo que se conoce como *softlaw*, o derecho suave. Sin lugar a dudas la consulta previa para pueblos indígenas y tribales se ha convertido en un tema de primera línea en los Estados Latinoamericanos y en nuestro caso se ha llegado incluso a utilizar mecanismos extraordinarios de consulta como el del Decreto- Ley 4633 de 2011: *“Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”*, en desarrollo de las facultades entregadas en el a Ley 1448 de 2011 a presidente de la república; este proceso se dio de manera diferente para las comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras, puesto que algunas organizaciones han manifestado no sentirse representadas por la Consultiva de Alto Nivel con quien se desarrollo en proceso de consulta, además este proceso contravino la sentencia del Consejo de Estado sobre la materia.

Organismos internacionales, en particular los de la Organización Internacional del Trabajo- OIT (el Consejo de Administración y la CEACR) han solicitado al Gobierno de Colombia en diferentes oportunidades y por procedimientos diferentes que se respete el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y tribales y en desarrollo de este se reglamente este derecho de acuerdo a los estándares internacionales. Por lo tanto, y teniendo en cuenta lo anterior propongo realizar una propuesta normativa que incluya la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las obligaciones internacionales de Colombia y los pronunciamientos de los órganos internacionales de vigilancia y control del Convenio. Esta es una investigación de tipo cualitativo y dogmática.

El problema de investigación planteado en el presente trabajo es: ¿Cómo se podría diseñar un proyecto de normatividad sobre consulta previa que adecue la legislación Colombiana al convenio 169 de 1989 de la OIT, que tenga en cuenta los pronunciamientos de los órganos de administración, vigilancia y supervisión del mismo, la jurisprudencia nacional e internacional al respecto y la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas?.

Para dar respuesta a esta pregunta de investigación me propuse como objetivo general: Proponer los elementos que permitan diseñar un proyecto de normatividad sobre consulta previa que adecue la legislación Colombiana al convenio 169 de 1989 de la OIT, que tenga en cuenta los pronunciamientos de los órganos de administración, vigilancia y supervisión del mismo, la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; y como objetivos específicos: (i) Revisar los instrumentos nacionales e internacionales en materia de protección de derechos para los pueblos indígenas y tribales, que puedan servir como insumos para la construcción de una propuesta de reglamentación del derecho fundamental a la consulta previa; (ii) Comparar las diferentes teorías jurídicas y de derechos que permitan enfocar una propuesta de reglamentación del derecho a la consulta previa; y (iii) Sistematizar las consideraciones, en materia de derechos, naturaleza y adecuación institucional que deben ser tenidas en cuenta para reglamentar el derecho a la consulta previa.

La hipótesis de trabajo, fue la siguiente: Las obligaciones del Estado Colombiano en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes), derivadas tanto de los instrumentos internacionales como nacionales de protección que ha ratificado y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección y de la Corte Constitucional Colombiana no han sido tenidas en cuenta dentro de las reglamentaciones que existen sobre consulta previa para pueblos indígenas y tribales. Como consecuencia de esto se debe diseñar una propuesta normativa que tenga en cuenta estas obligaciones y desarrollos, que permita que el derecho a la consulta previa sea respetado

y como consecuencia de ello se respeten otros derechos para estos pueblos como de permanecer en el territorio y que sea tenido en cuenta su concepto de desarrollo.

Para intentar construir una propuesta normativa que permita reglamentar el derecho a la consulta previa se requiere hacer un análisis cualitativo, normativo que permita incorporar a ella las observaciones y decisiones de organismos internacionales judiciales y cuasi judiciales y las Sentencias de la Corte Constitucional sobre la materia, es necesario verlo a partir del enfoque incluyente de los derechos humanos que se ha desarrollado entre otros mecanismos a partir del bloque de Constitucionalidad.

Para lo mismo, es necesario además tener en cuenta los múltiples casos en que se ha vulnerado el derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales en Colombia, que han sido conocidos por la Corte Constitucional y uno que además ha sido objeto de pronunciamientos por parte de la Organización Internacional del Trabajo- OIT- en particular por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – CEACR-, el caso del pueblo EmberáKatío y Dobida del Norte del Choco, en este caso la Corte Constitucional a través de la revisión de un fallo de tutela (T129 de 2011) exhorto a las instancias pertinentes para que reglamenten el derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales.

La normatividad nacional que desarrolla el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales debe ser analizada conforme a los documentos internacionales que consagran la protección de éste derecho, teniendo en cuenta que Colombia ha adquirido compromisos internacionales como miembro de la Organización de Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, de la Organización de Estados Americanos, y como Estado parte en diversos instrumentos internacionales y ha sido objeto de pronunciamientos de los órganos de vigilancia y control de estos instrumentos.

Por otra parte, el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece una prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos que prohíben su limitación en los estados de excepción, y establece una regla de interpretación según la cual los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos que han sido ratificados por Colombia. Ésta norma que al parecer se encontraba en contradicción con el artículo 4 de la Constitución Política que establece que la Constitución es norma de normas, llevó a la Corte Constitucional colombiana a adoptar la noción de bloque de constitucionalidad, que pone a los tratados sobre derechos humanos y a la Constitución en el mismo nivel normativo.

Esta incorporación de los tratados sobre derechos humanos que hace la Constitución y este nivel jerárquico dado por la Corte Constitucional, adquiere mucha importancia no

sólo porque refuerza las obligaciones internacionales del Estado sino porque permite que los jueces nacionales apliquen directamente las normas internacionales en sus decisiones. Frente a éste último punto, es necesario mencionar el carácter autoejecutable de los tratados internacionales de derechos humanos, es decir, que no necesitan de una norma que los regule para ser invocados ante los tribunales nacionales cuando a) establece un derecho de modo claro y b) contiene los elementos necesarios para que un juez los aplique directamente.

También es necesario decir que los lineamientos jurisprudenciales que señalan los organismos judiciales, y la doctrina internacional de los organismos cuasijudiciales (no tienen el carácter de juez) y de control y vigilancia son obligatorios cuando se refieren a Colombia y son un parámetro para la legislación y la aplicación e interpretación del derecho a nivel interno cuando se refieren a otros países, estos elementos han sido tenidos en cuenta en el desarrollo del presente trabajo.

Este escrito consta de tres capítulos, el primero dedicado al estado del arte en materia internacional y nacional que debe ser tenido en cuenta para una propuesta legislativa en materia de consulta previa para pueblos indígenas y tribales y el mismo recoge las obligaciones del Estado colombiano sobre la materia, los pronunciamientos de los órganos de vigilancia y control de los tratados, la recientemente aprobada Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, los documentos del Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas, así como los informes especiales y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección (tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana); en ellos se refleja el avance del derecho de los pueblos indígenas y tribales hacia la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado que deben buscar los Estados en los procesos de consulta previa; muchas de estas discusiones han sido sistematizadas y adecuadas por la Corte Constitucional en las múltiples sentencias que han tratado sobre este derecho, se denota un avance desde los primeros reconocimientos con el advenimiento de la nueva constitución más centrados sobre la especial relación de los grupos étnicos con su territorio; hasta las más recientes en las que incluso ha declarado la inconstitucionalidad de normas por no haber sido consultadas como en los casos de la Ley Forestal y el Estatuto de Desarrollo Rural.

Sin dejar de lado los pronunciamientos producidos a partir del seguimiento a la Sentencia T025 de 2004, por medio de la cual se declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, por en el cual se emitieron los Autos 04 y 05 de 2009, en los que se refirió de manera expresa a los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, sus riesgos de extinción, su especial relación con el territorio, los riesgos vinculados y subyacentes asociados al conflicto armado y los mecanismos para el despojo del territorio, entre otras, estas afirmaciones han sido reproducidas por la CEACR de la OT, que en sus observaciones de 2010 se refirió de manera expresa a ellos de manera positiva y a la espera que el Estado Colombiano realice acciones frente a los riesgos identificados por la Corte. Esta misma instancia solicitó a Colombia que se reglamente el derecho a la consulta previa de manera acorde con el Convenio 169 de 1989 y de manera participativa y consultada con los pueblos afectados. Para ilustrar la necesidad de esta reglamentación se reseña y analiza el caso de los Emberás del Norte

del Choco que fue objeto del pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia T129 de 2011.

Frente a esto último, lo cierto es que todavía no contamos con una reglamentación del derecho a la consulta previa que tenga en cuenta los instrumentos internacionales, las recomendaciones y la jurisprudencia de la Corte Constitucional; se han producido varios borradores por parte del Ministerio del Interior en busca de la reglamentación, pero estos deben ser consultados con los pueblos interesados y presentados al Congreso de la República para que mediante el trámite de ley estatutaria.

Por otra parte se debe analizar desde las teorías del derecho y desde la perspectiva de los derechos humanos este derecho fundamental y esto se desarrolla en el segundo capítulo que a partir del análisis del pluralismo, el multiculturalismo, la interculturalidad, el poscolonialismo y la decolonialidad, se examina como estos han llevado a las transformaciones que se han vivido en el continente y con estos conceptos se construyó el marco teórico desde el que debería moverse una propuesta de reglamentación de la consulta previa para pueblos indígenas y tribales.

Teniendo en cuenta que los procesos constitucionales se convierten en momentos de inclusión y diálogo social y que recientemente en América latina han emergido varios textos constitucionales que incluyen algunas discusiones sociales de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Sin lugar a dudas uno de los antecedentes más importantes para estos procesos ha sido la Constitución Política de Colombia de 1991, pero los procesos constitucionales Ecuatoriano y Boliviano van mucho más allá y esto se refleja en sus textos constitucionales, especialmente el de Bolivia que es el más avanzado en el tema. En estos dos procesos constitucionales, quizás lo que pueda ser analizado como el elemento de mayor transformación sea el pasar de Estados uninacionales a Estados plurinacionales, trascendiendo el concepto de diversidad étnica y cultural, y ligando la existencia a la autonomía y la participación. En este capítulo también se analiza la transformación de la participación en un ejercicio de democracia deliberativa. Por tanto, una propuesta de reglamentación debe plantear el derecho a la consulta previa como un mecanismo de participación calificado por los sujetos especiales a quien se consulta y por la relación de este con otros derechos.

En el capítulo tercero se pretende concretar las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta en la reglamentación del derecho fundamental a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales, por lo cual se refiere de manera particular, a la naturaleza de la reglamentación de la consulta previa; la obligación de desarrollar el deber de protección y garantía por parte del Estado; el enfoque de la reglamentación; la necesidad del reconocimiento de las formas del derecho propio; la necesidad de un recurso; los principios a tener en cuenta; el deber de compensación; las instituciones a las que

involucra; los ajustes institucionales que son necesarios: necesidad de coordinación entre las instituciones y los pueblos involucrados y el papel del Ministerio Público. Finalmente sistematizo las discusiones.

1. Estado del Arte, estándares internacionales y nacionales a tener en cuenta en la reglamentación de la consulta previa para pueblos indígenas y tribales (comunidades afrodescendientes, negras, raizales, palenqueras y el pueblo Rom).

Este escrito tiene como finalidad optar por el título en la Maestría en Derecho, el mismo recoge mi interés por el estudio de los derechos de los pueblos indígenas y tribales (comunidades afrodescendientes, negras y raizales), y desarrolla de manera especial el derecho a la consulta previa analizado a partir de las obligaciones que el Estado Colombiano ha adquirido a nivel internacional como miembro de la Organización de Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, de la Organización de Estados Americanos, y como Estado parte en diversos instrumentos internacionales como: la Convención Americana sobre Derechos Humanos(en adelante CADH), el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio 169 de la OIT.

Teniendo en cuenta que de manera reiterada la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa, lo ha reconocido como un derecho fundamental, integrando al bloque de constitucionalidad el Convenio 169 de la OIT, pero además se ha pronunciado acerca de los órganos de control y vigilancia de este organismo: *“Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares”* (Corte Constitucional, T568 de 1999).

Estos pronunciamientos deben ser observados toda vez que se basan en la costumbre y en los principios de derecho internacional, esto lo que se conoce como *softlaw*, o derecho suave. Sin lugar a dudas la consulta previa para pueblos indígenas y tribales se ha convertido en un tema de primera línea en los Estados Latinoamericanos y en nuestro casose ha llegado incluso a utilizar mecanismos extraordinarios de consulta como el del

Decreto- Ley 4633 de 2011: *"Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas"*, en desarrollo de las facultades entregadas en el a Ley 1448 de 2011 a presidente de la república; este proceso se dio de manera diferente para las comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras, puesto que algunas organizaciones han manifestado no sentirse representadas por la Consultiva de Alto Nivel con quien se desarrollo en proceso de consulta, además este proceso contravino la sentencia del Consejo de Estado sobre la materia.

Organismos internacionales, en particular los de la Organización Internacional del Trabajo- OIT (el Consejo de Administración y la CEACR) han solicitado al Gobierno de Colombia en diferentes oportunidades y por procedimientos diferentes que se respete el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y tribales y en desarrollo de este se reglamente este derecho de acuerdo a los estándares internacionales. Por lo tanto, y teniendo en cuenta lo anterior propongo realizar una propuesta normativa que incluya la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las obligaciones internacionales de Colombia y los pronunciamientos de los órganos internacionales de vigilancia y control del Convenio. Esta es una investigación de tipo cualitativo y dogmática.

El problema de investigación planteado en el presente trabajo es: ¿Cómo se podría diseñar un proyecto de normatividad sobre consulta previa que adecue la legislación Colombiana al convenio 169 de 1989 de la OIT, que tenga en cuenta los pronunciamientos de los órganos de administración, vigilancia y supervisión del mismo, la jurisprudencia nacional e internacional al respecto y la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas?.

Para dar respuesta a esta pregunta de investigación me propuse como objetivo general: Proponer los elementos que permitan diseñar un proyecto de normatividad sobre consulta previa que adecue la legislación Colombiana al convenio 169 de 1989 de la OIT, que tenga en cuenta los pronunciamientos de los órganos de administración, vigilancia y supervisión del mismo, la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; y como objetivos específicos: (i) Revisar los instrumentos nacionales e internacionales en materia de protección de derechos para los pueblos indígenas y tribales, que puedan servir como insumos para la construcción de una propuesta de reglamentación del derecho fundamental a la consulta previa; (ii) Comparar las diferentes teorías jurídicas y de derechos que permitan enfocar una propuesta de reglamentación del derecho a la consulta previa; y (iii) Sistematizar las consideraciones, en materia de derechos, naturaleza y adecuación institucional que deben ser tenidas en cuenta para reglamentar el derecho a la consulta previa.

La hipótesis de trabajo, fue la siguiente: Las obligaciones del Estado Colombiano en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes), derivadas tanto de los instrumentos internacionales como nacionales de protección que ha ratificado y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección y de la Corte Constitucional Colombiana no han sido tenidas en cuenta dentro de las reglamentaciones que existen sobre consulta previa para pueblos indígenas y tribales. Como consecuencia de esto se debe diseñar una propuesta normativa que tenga en cuenta estas obligaciones y desarrollos, que permita que el derecho a la consulta previa sea respetado y como consecuencia de ello se respeten otros derechos para estos pueblos como de permanecer en el territorio y que sea tenido en cuenta su concepto de desarrollo.

Para intentar construir una propuesta normativa que permita reglamentar el derecho a la consulta previa se requiere hacer un análisis cualitativo, normativo que permita incorporar a ella las observaciones y decisiones de organismos internacionales judiciales y cuasi judiciales y las Sentencias de la Corte Constitucional sobre la materia, es necesario verlo a partir del enfoque incluyente de los derechos humanos que se ha desarrollado entre otros mecanismos a partir del bloque de Constitucionalidad.

Para lo mismo, es necesario además tener en cuenta los múltiples casos en que se ha vulnerado el derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales en Colombia, que han sido conocidos por la Corte Constitucional y uno que además ha sido objeto de pronunciamientos por parte de la Organización Internacional del Trabajo- OIT- en particular por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – CEACR-, el caso del pueblo EmberáKatío y Dobida del Norte del Choco, en este caso la Corte Constitucional a través de la revisión de un fallo de tutela (T129 de 2011) exhorto a las instancias pertinentes para que reglamenten el derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales.

La normatividad nacional que desarrolla el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales debe ser analizada conforme a los documentos internacionales que consagran la protección de éste derecho, teniendo en cuenta que Colombia ha adquirido compromisos internacionales como miembro de la Organización de Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, de la Organización de Estados Americanos, y como Estado parte en diversos instrumentos internacionales y ha sido objeto de pronunciamientos de los órganos de vigilancia y control de estos instrumentos.

Por otra parte, el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece una prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos que prohíben su limitación en los estados de excepción, y establece una regla de interpretación según la cual los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretan de

conformidad con los tratados sobre derechos humanos que han sido ratificados por Colombia. Ésta norma que al parecer se encontraba en contradicción con el artículo 4 de la Constitución Política que establece que la Constitución es norma de normas, llevó a la Corte Constitucional colombiana a adoptar la noción de bloque de constitucionalidad, que pone a los tratados sobre derechos humanos y a la Constitución en el mismo nivel normativo.

Esta incorporación de los tratados sobre derechos humanos que hace la Constitución y este nivel jerárquico dado por la Corte Constitucional, adquiere mucha importancia no sólo porque refuerza las obligaciones internacionales del Estado sino porque permite que los jueces nacionales apliquen directamente las normas internacionales en sus decisiones. Frente a éste último punto, es necesario mencionar el carácter autoejecutable de los tratados internacionales de derechos humanos, es decir, que no necesitan de una norma que los regule para ser invocados ante los tribunales nacionales cuando a) establece un derecho de modo claro y b) contiene los elementos necesarios para que un juez los aplique directamente.

También es necesario decir que los lineamientos jurisprudenciales que señalan los organismos judiciales, y la doctrina internacional de los organismos cuasijudiciales (no tienen el carácter de juez) y de control y vigilancia son obligatorios cuando se refieren a Colombia y son un parámetro para la legislación y la aplicación e interpretación del derecho a nivel interno cuando se refieren a otros países, estos elementos han sido tenidos en cuenta en el desarrollo del presente trabajo.

Este escrito consta de tres capítulos, el primero dedicado al estado del arte en materia internacional y nacional que debe ser tenido en cuenta para una propuesta legislativa en materia de consulta previa para pueblos indígenas y tribales y el mismo recoge las obligaciones del Estado colombiano sobre la materia, los pronunciamientos de los órganos de vigilancia y control de los tratados, la recientemente aprobada Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, los documentos del Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas, así como los informes especiales y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección (tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana); en ellos se refleja el avance del derecho de los pueblos indígenas y tribales hacia la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado que deben buscar los Estados en los procesos de consulta previa; muchas de estas discusiones han sido sistematizadas y adecuadas por la Corte Constitucional en las múltiples sentencias que han tratado sobre este derecho, se denota un avance desde los primeros reconocimientos con el advenimiento de la nueva constitución más centrados sobre la especial relación de los grupos étnicos con su territorio; hasta las más recientes en las que incluso ha declarado la inconstitucionalidad de normas por no haber sido consultadas como en los casos de la Ley Forestal y el Estatuto de Desarrollo Rural.

Sin dejar de lado los pronunciamientos producidos a partir del seguimiento a la Sentencia T025 de 2004, por medio de la cual se declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, por en el cual se emitieron los Autos 04 y 05 de 2009, en los que se refirió de manera expresa a los pueblos indígenas y las comunidades

afrodescendientes, sus riesgos de extinción, su especial relación con el territorio, los riesgos vinculados y subyacentes asociados al conflicto armado y los mecanismos para el despojo del territorio, entre otras, estas afirmaciones han sido reproducidas por la CEACR de la OT, que en sus observaciones de 2010 se refirió de manera expresa a ellos de manera positiva y a la espera que el Estado Colombiano realice acciones frente a los riesgos identificados por la Corte. Esta misma instancia solicitó a Colombia que se reglamente el derecho a la consulta previa de manera acorde con el Convenio 169 de 1989 y de manera participativa y consultada con los pueblos afectados. Para ilustrar la necesidad de esta reglamentación se reseña y analiza el caso de los Emberás del Norte del Choco que fue objeto del pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia T129 de 2011.

Frente a esto último, lo cierto es que todavía no contamos con una reglamentación del derecho a la consulta previa que tenga en cuenta los instrumentos internacionales, las recomendaciones y la jurisprudencia de la Corte Constitucional; se han producido varios borradores por parte del Ministerio del Interior en busca de la reglamentación, pero estos deben ser consultados con los pueblos interesados y presentados al Congreso de la República para que mediante el trámite de ley estatutaria.

Por otra parte se debe analizar desde las teorías del derecho y desde la perspectiva de los derechos humanos este derecho fundamental y esto se desarrolla en el segundo capítulo que a partir del análisis del pluralismo, el multiculturalismo, la interculturalidad, el poscolonialismo y la decolonialidad, se examina como estos han llevado a las transformaciones que se han vivido en el continente y con estos conceptos se construye el marco teórico desde el que debería moverse una propuesta de reglamentación de la consulta previa para pueblos indígenas y tribales.

Teniendo en cuenta que los procesos constitucionales se convierten en momentos de inclusión y diálogo social y que recientemente en América latina han emergido varios textos constitucionales que incluyen algunas discusiones sociales de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Sin lugar a dudas uno de los antecedentes más importantes para estos procesos ha sido la Constitución Política de Colombia de 1991, pero los procesos constitucionales Ecuatoriano y Boliviano van mucho más allá y esto se refleja en sus textos constitucionales, especialmente el de Bolivia que es el más avanzado en el tema. En estos dos procesos constitucionales, quizás lo que pueda ser analizado como el elemento de mayor transformación sea el pasar de Estados unificadores a Estados plurinacionales, trascendiendo el concepto de diversidad étnica y cultural, y ligando la existencia a la autonomía y la participación. En este capítulo también se analiza la transformación de la participación en un ejercicio de democracia deliberativa. Por tanto, una propuesta de reglamentación debe plantear el derecho a la

consulta previa como un mecanismo de participación calificado por los sujetos especiales a quien se consulta y por la relación de este con otros derechos.

En el capítulo tercero se pretende concretar las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta en la reglamentación del derecho fundamental a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales, por lo cual se refiere de manera particular, a la naturaleza de la reglamentación de la consulta previa; la obligación de desarrollar el deber de protección y garantía por parte del Estado; el enfoque de la reglamentación; la necesidad del reconocimiento de las formas del derecho propio; la necesidad de un recurso; los principios a tener en cuenta; el deber de compensación; las instituciones a las que involucra; los ajustes institucionales que son necesarios: necesidad de coordinación entre las instituciones y los pueblos involucrados y el papel del Ministerio Público. Finalmente sistematizo las discusiones.

Tabla 1-1: Observaciones generales de la CEACR

Año	Observaciones Generales CEACR
1994	<p>“La Comisión toma nota con interés de la detallada primera memoria del Gobierno sobre la aplicación de este Convenio. Reitera su satisfacción, expresada en relación con el Convenio núm. 107, por la ratificación del presente Convenio, que lo ha venido a sustituir, así como por el empeño demostrado por el Gobierno en los últimos años para reconocer los derechos de los pueblos indígenas del país. En particular, toma nota de la ampliación de los derechos territoriales de estos pueblos, realizada en forma sistemática y concentrada (...)” (OIT, CEACR, 1994).</p>

1996	<p>"La Comisión toma nota con interés de la memoria del Gobierno y de los continuos esfuerzos para fortalecer el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas del país, especialmente en el proceso continuo de demarcación de los territorios indígenas. La Comisión también toma nota con satisfacción de la mayor atención que se concede a la enseñanza a los pueblos indígenas de sus derechos en virtud de la legislación en vigor, a efectos de facultarlos para la defensa de sus propios intereses. Toma nota también con interés de las decisiones del Tribunal Constitucional, que confirman los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo su derecho a una identidad aparte y distinta. Además, toma nota de las medidas adoptadas para reconocer un régimen legal especial para los pueblos indígenas, teniendo en cuenta sus leyes consuetudinarias (...)" (OIR, CEACR, 1996).</p>
2011	<p>"La Comisión toma nota de la respuesta del Gobierno a los comentarios de la Confederación Sindical Internacional (CSI), de 31 de agosto de 2009, y a los comentarios del Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional Minera Minercol Ltda. (SINTRAMINERCOL) recibidos el 28 de agosto de 2010. La Comisión toma nota también de los comentarios de la Confederación General de Trabajadores (CGT), de 3 de junio de 2010, y de los comentarios de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT), y de la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), de 30 de agosto de 2010, que se refieren a las cuestiones pendientes. Toma nota también de la comunicación de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) recibida el 2 de septiembre de 2010. La Comisión pide al Gobierno que envíe sus comentarios al respecto" (OIT, CEACR, 2011: 868).</p>

Con respecto a situaciones particulares de pueblos indígenas y tribales, la Comisión de Expertos ha emitido 15 observaciones, entre los que se encuentran el pueblo afrodescendiente de Jiguamiandó y Curbaradó, con observaciones en 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010; El pueblo EmberáKatío del Alto Sinú con observaciones en 1999, 2001, 2003, 2004 y 2010; Los Pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta con observaciones en 1999, 2001, 2004 y 2010; el Pueblo U'wa con observaciones en 2003, 2004 y 2007; el pueblo Emberá del resguardo UradaJiguamiandó en 2010; y el pueblo Awa con una observación en 2010. Estas observaciones han estado centradas en la aplicación del Convenio en particular en lo referente a la protección a la vida (artículo 3), la aplicación, el desarrollo y el respeto a la consulta previa (artículo 6), el derecho al desarrollo (artículo

7), los derechos sobre el territorio (artículos 14 y 15); protección contra el desplazamiento (artículo 16) y previsión de intrusiones no autorizadas en sus tierras (artículo 18), estas observaciones se sistematizan en tabla anexa.

Estos casos que se han planteado ante la CEACR de la OIT, son casos de pueblos indígenas y tribales que han sufrido violaciones graves a sus derechos humanos, como desapariciones, asesinatos, torturas, judicializaciones y que han sido despojados de sus territorios por medios legales e ilegales; uno de estos casos es el del pueblo afrodescendiente de Jiguamiandó y Curbaradó, quienes han sido víctimas además de la usurpación de sus tierras en una extensión de 110.000 hectáreas de su territorio colectivo, entre otras violaciones.

Este es solo uno de los mecanismos del Sistema Universal al que se puede acudir y que no es un mecanismo judicial y por tanto, los Estados no se sienten en la obligación de cumplir porque además a lo que se refiere es al cumplimiento o no del Convenio; y este órgano no tiene la facultad de hacer cumplir con sus observaciones. 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 (Rodríguez y Morris, 2010: 20).

En el sistema Universal, también se encuentra 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. Estas sentencias son emitidas con fundamento en el artículo 27 del Pacto: *“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 del pacto en relación con la observación No. 23.

Uno de los casos llevados ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, fue el de Ángela Poma Poma en contra del Estado Peruano, presentado en 2004 y decidido el 2009, quien presentó el caso con fundamento en la sustracción de aguas en el territorio indígena por parte del Estado Peruano quien ordenar desviar un río y la construcción de 50 pozos, que terminaron por desecar un terreno en el que vive junto con sus hijos, quienes viven del pastoreo de llamas y alpacas, que es su único sustento, estas obras se habrían realizado sin contar con estudio de impacto ambiental, esta situación provoco varias protestas del pueblo aymara, el Comité encontró responsable al Estado Peruano por transgredir los derechos de esta persona, además por no haber respetado el derecho a la consulta previa:

*“7.6 El Comité considera que la permisibilidad de las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional. El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere **el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad**. Además, las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros”* (resaltado fuera del texto), (ONU, PIDCP, 2009).

En lo que tiene que ver con la **Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas**, aprobada el 13 de septiembre de 2007, se pueden identificar cinco situaciones en las que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria y estas se podrían sistematizar así:

Tabla 2-2: Consentimiento obligatorio de los pueblos indígenas

Consentimiento obligatorio¹	
Planes o proyectos de inversión ²	Que impliquen el desplazamiento de estos pueblos de sus territorios tradicionales, es decir que conlleven su reubicación permanente
Aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos ³	En relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos, minerales, hídricos o de otro tipo
Planes o proyectos de inversión o desarrollo de concesiones de explotación de recursos naturales ⁴	Que priven a estos pueblos de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia
Depósito o almacenamiento de materiales peligrosos ⁵	En tierras o territorios de estos pueblos
Operaciones Militares ⁶	Los Estados celebraran consultas

¹ Esta tabla se realiza a partir de la lectura de la Declaración de los Pueblos indígenas

² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, artículo 10

³ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 32.2

⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 30.2

⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 29.2

	eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos adecuados, con sus instituciones representativas, antes de utilizar su territorio para operaciones militares
--	---

El Relator Especial de Pueblos indígenas 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 e informes sobre países (Rodríguez y Morris, 2010: 25). El relator actual es James Anaya, que estuvo en Colombia en 2009 y emitió un informe que entre algunas recomendaciones, destaca la necesidad de reglamentar la consulta previa en Colombia, contando con los pueblos indígenas.

“El Relator Especial recomienda concertar con los pueblos indígenas el proyecto de ley sobre la consulta y asegurar que sea consistente con las normas internacionales aplicables y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los mecanismos internacionales pertinentes, y confía que el acompañamiento del Sistema de Naciones Unidas, especialmente la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ayude en este respecto”, (ONU, Distr. GENERAL, A/HRC/15/34/8, 2010).

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, CEDR (1969); que 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 (Rodríguez y Morris, 2010: 27). Con respecto a Colombia fue examinado en 2009, y el CEDR hizo varias observaciones con respecto a la necesidad de tener una legislación clara en contra de la discriminación racial, la educación, salud, respeto y permanencia en el territorio, y con respecto a la consulta previa dijo expresamente:

“El Comité recomienda al Estado parte que apruebe y aplique de manera concertada una legislación que regule el derecho a la consulta previa de conformidad con el Convenio N°

⁶ Aunque no se encuentra dentro de los casos establecidos por el documento de la CIDH, si es una de las posibilidades de las que habla la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, en su artículo 30.

169 de la OIT y las recomendaciones pertinentes del CEACR de la OIT, para que se celebren todas las consultas previas de una manera que respete el consentimiento libre y fundamentado de las comunidades afectadas. El Comité también recomienda al Estado parte que pida asesoramiento técnico al ACNUDH y a la OIT con este propósito” (ONU, CERD/C/COL/14; 28/Agosto/09).

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU es un organismo asesor del Consejo Económico y Social, con el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos. Entre las medidas que recomienda para el Consejo Económico y social, se encuentra el consentimiento, previo, libre e informado:

“36. Como dimensión fundamental del derecho de libre determinación, el derecho de los pueblos indígenas a dar su consentimiento libre, previo e informado también guarda relación con una amplia gama de circunstancias además de las mencionadas en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Ese consentimiento es indispensable para hacer plenamente realidad los derechos de los pueblos indígenas y debe interpretarse y entenderse de conformidad con las normas internacionales contemporáneas sobre derechos humanos y reconocerse como una norma jurídicamente vinculante derivada de un tratado en los casos en que los Estados han celebrado tratados, acuerdos y otros convenios constructivos con los pueblos indígenas; 38. El Foro Permanente también tiene en cuenta la cantidad de intervenciones de los pueblos indígenas en que se expresa alarma por la denegación del derecho al consentimiento libre, previo e informado en relación con las industrias extractivas y otras formas de desarrollo en gran y pequeña escala. Por lo tanto, el Foro Permanente recomienda que los Estados y las instituciones internacionales financieras y de ayuda sistemáticamente hagan trabajos de vigilancia y evaluación y difundan información sobre la forma en que el consentimiento libre, previo e informado se ha o no tenido en cuenta y aplicado con respecto a las tierras, los territorios y los recursos de los pueblos indígenas interesados” (ONU, Foro permanente para las cuestiones indígenas, décimo informe, E/2011/43, E/C.19/2011/14).

Es evidente que el derecho a la consulta previa en los estándares internacionales ha cobrado importancia y además ha evolucionado a la consideración del consentimiento previo, libre e informado. En los últimos pronunciamientos se tiene en cuenta la especial relación de los pueblos indígenas y tribales con el territorio, las disputas sobre el mismo, acompañados de prácticas discriminatorias acompañan la lucha por el reconocimiento de este derecho.

1.2.2. Estándares del derecho internacional en el sistema regional

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* no dispone de una cláusula similar al artículo 27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, como lo ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “[e]n el sistema interamericano de derechos humanos, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales se fundamentan principalmente en el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [...] y en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]. Si bien ninguno de estos dos artículos se refiere expresamente a los derechos de los pueblos indígenas o tribales, la CIDH y la Corte Interamericana han interpretado ambas disposiciones en un sentido que protege los derechos que tienen tales pueblos y sus integrantes sobre su tierra y sus recursos naturales, esto es, sobre sus territorios” (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009: párrafo 5). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “*existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales*”(OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009: párrafo 18).

El Sistema Interamericano de Protección, cuenta con dos relatorías especiales, una de Pueblos Indígenas, que comenzó su mandato en 1990 y que tiene como objeto prestar atención especial a los pueblos indígenas de las Américas; además en 2005 crearon la relatoría Sobre los derechos de los Afrodescendientes y en contra de la discriminación racial, que tiene la responsabilidad de estimular, sistematizar, reforzar y consolidar la acción de la CIDH con respecto de los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial. En el sistema interamericano se han producido 15 sentencias de la Corte Interamericana que involucran pueblos indígenas y afrodescendientes entre las que se encuentran: Cayara Vs. Perú; Aleboetoe y otros Vs. Surinam; Comunidad Awastigni Vs. Nicaragua; BámacaVelasquez Vs. Guatemala; Masacre de Plan de Sánchez Vs. Guatemala; Yatama Vs. Nicaragua; López Alvarez Vs. Honduras; YakyeAxia Vs. Paraguay; Moiwana Vs. Surinam; Yakye Axa Vs. Paraguay; Sawhoyamaxa Vs. Paraguay; Escué Zapata Vs.Colombia; Saramaka Vs. Surinam; TiuTojín Vs. Guatemala; y Guatemala Vs. ChitayNech y otros.

La CIDH luego de realizar una visita a Colombia entre el 14 y el 18 de mayo de 2007, por parte del Relator especial con el apoyo de funcionarios de la Secretaría Ejecutiva, condujo una visita a la República de Colombia a fin de recibir información sobre la situación de los afrodescendientes en el país, luego de realizada la visita la Relatoría Especial sobre afrodescendientes emitió el informe “*Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial a la República de Colombia*”, en la que destaca el derecho a la consulta previa en sus recomendaciones:

“5. *Garantizar en forma efectiva el derecho a la consulta previa a las comunidades afrocolombianas que puedan verse afectadas por la implementación de acciones públicas o privadas con impacto sobre sus territorios o condiciones para el desarrollo*”(OEA/Ser.L/V/II. 134; Doc 66, 2009).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado *“la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras [...] La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”* (COIDH, Serie C No. 125, 2005: párrafos 124 y 135). La Corte ha precisado que *“[e]ntre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”* (COIDH, 2001, Serie C No. 79, párrafo 149). Así la Corte ha concluido que *“la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”* (COIDH, Serie C No. 125, 2005: párrafo 137).

Igual tipo de relación entre las comunidades afrodescendientes y sus territorios ancestrales ha sido constatado por la Corte Interamericana. La Corte ha considerado que el desplazamiento forzado de las comunidades afrodescendientes de sus territorios ancestrales genera pobreza y privación por su incapacidad de desarrollar sus formas tradicionales de subsistencia y sustento (COIDH, Serie C No. 124, 2005: párrafo 102). Asimismo la Corte ha considerado que su derecho a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales está amparado por el artículo 21 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Al referirse a las comunidades afrodescendientes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado al respecto que *“la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con el derecho de propiedad colectiva se aplica no sólo en relación con los pueblos indígenas, sino también en relación con los pueblos tribales, que mantienen sus formas de vida tradicionales basadas en un vínculo especial con sus tierras y territorios”*(OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009, párrafo 34).

En cuanto al derecho a la consulta el sistema interamericano lo relaciona con los derechos a la participación y a la cultura *“La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio”* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 2009, párrafo 276). Introduce una característica más a la consulta y es que sea culturalmente adecuada *“Para la Corte Interamericana, el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y*

teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones". En términos generales, *"todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo [correspondiente], así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la 'justa indemnización' que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo [respectivo] de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales"* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009, párrafo 305).

Esta denominada regla de adecuación cultural conlleva, que la representación de los pueblos sea definida de acuerdo a sus propias tradiciones. El sistema interamericano trae también una denominación al acuerdo y es *"el deber de acomodo"*, la finalidad del procedimiento de consulta debe ser alcanzar el consentimiento informado, afirma además que se requiere *"flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego"*. Pero de la misma forma dice que lo que se discute en la consulta con los pueblos involucrados debe tenerse en cuenta como desarrollo del principio de la buena fe: *"El no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas va en contra del principio de buena fe que rige el deber de consultar, el cual debe permitir a los pueblos indígenas la capacidad de modificar el plan inicial"* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009, párrafo 325).

Este es un avance hacia lo que ha hecho la Corte Interamericana con la Sentencia del Caso Saramaka, en la que la COIDH da a la consulta previa un alcance mayor al de un mecanismo de participación. En este caso que examina la COIDH, se adentra más en el derecho que tienen los pueblos indígenas y tribales a ser consultados, y en la *"obligación de obtener consentimiento"*, esta comunicación permanente entre las iniciativas estatales y las comunidades establece la Corte que deben ser permanentes y desde el comienzo del procedimiento *"y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad"*.

Es aquí donde la COIDH va más allá y distingue entre consulta y consentimiento *"cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones"*. La Corte considera que la diferencia entre *"consulta"* y *"consentimiento"*; recogiendo de esta manera algunas de las observaciones hechas por el Relator Especial para Pueblos Indígenas de la ONU *"[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo"*.

Ha venido un desarrollo en el derecho internacional desde la consagración del derecho a la consulta previa, como un mecanismo de participación a la búsqueda del consentimiento, previo, libre e informado de los pueblos involucrados, reconociendo cada vez más la estrecha relación de estos pueblos (indígenas y tribales) con sus territorios que involucra el derecho al desarrollo e incluso se habla de la participación en las ganancias y la compensación por los daños sufridos.

1.3. Estándares nacionales

En el caso de la consulta previa para pueblos indígenas y tribales, nos encontramos frente a derechos e intereses colectivos. Tanto por los derechos de los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes, negras, raizales, palenqueras y el pueblo Rom) a ser consultados; como por sus intereses colectivos como grupos para proteger sus derechos frente al territorio, a la vida y al desarrollo, entre otros. Estos derechos son una manifestación del reconocimiento dentro de la colectividad, no solo de su presencia histórica sino de su derecho a participar en la vida política, en el concepto de desarrollo (artículo 7 del Convenio 169/89), en la disposición del territorio (artículo 14 del Convenio 169/89), en las medidas legales y administrativas susceptibles de afectarles directamente; para garantizar su derecho a participar y decidir sobre estas medidas, existe el derecho a la consulta previa (artículo 6 del Convenio 169/89).

A través de la protección de este interés colectivo se garantiza que la diversidad étnica y cultural de la nación sea garantizada y no sean solo derechos enunciados, a este respecto ha reconocido la Corte Constitucional, que cuando se habla de pueblos indígenas se está hablando de un sujeto colectivo y no de una sumatoria de sujetos: *“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. Podía, pues, la comunidad indígena -en cuanto tal- ejercer la acción de tutela, para la defensa de sus propios derechos constitucionales fundamentales”* (Corte Constitucional, T001 de 1994).

Nos referimos a pueblos indígenas y tribales, teniendo en cuenta lo consagrado por el artículo primero del Convenio 169 de 1989, que exige para la aplicación de este instrumento unas condiciones objetivas y subjetivas; es decir, que efectivamente se pertenezca a un grupo particular de la población, y que además haya un auto reconocimiento como tal:

“Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su

situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

En la Constitución Política de 1991 se reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana y es el fundamento de la actuación del Estado contra toda forma de discriminación. El artículo 13 estipula que todos los colombianos y colombianas son iguales ante la ley y gozarán de la misma protección de las autoridades. Esta disposición prohíbe la discriminación por razones de raza, origen nacional o familiar, idioma o religión, y prescribe explícitamente que el Estado “*promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*”. Además, establece la especial protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación (artículo 8 convenio 169/89).

Se promueve a los miembros de las comunidades indígenas a participar en el Senado y en la Cámara de representantes (artículo 286); establece que los territorios de las comunidades indígenas se consideran entidades territoriales, con autonomía administrativa y presupuestal (artículo 246); crea jurisdicciones especiales, mediante las cuales se autoriza a los pueblos indígenas para aplicar justicia dentro de su territorio, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la ley. También tiene un reconocimiento especial la forma de gobierno de las comunidades indígenas: “*De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por los consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades*” (artículo 330).

Mediante la Ley 21 de 1991 se aprueba el Convenio 169 de 1989 de la OIT, norma expedida mientras se encontraba vigente la Constitución de 1886, mediante la cual se hizo un reconocimiento al carácter colectivo de los pueblos tribales y a los pueblos indígenas, es decir, sujetos colectivos a los que además les dotó de cierta autonomía e incluso de mecanismos de participación. Reconoció también la especial relación de estos pueblos con la tierra y, en particular, el deber del Estado de consultar las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos.

Sin embargo, este reconocimiento constitucional requiere de la acción y voluntad del legislativo para hacer que la autonomía y los demás derechos reconocidos en la Carta sean una realidad, porque la consagración constitucional de estos derechos no los hace necesariamente de aplicación directa (Sánchez, 2001 : 30 y 31), ya que muchos de ellos para su garantía necesitan desarrollos legislativos.

1.3.1. Pueblos indígenas y tribales en Colombia

Cuando se habla de estos pueblos se hace referencia a los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, comunidades negras, raizales y palenqueras; y al pueblo Rom.

- **Pueblos Indígenas**

Los pueblos indígenas, según cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística –Dane, son 1.392.623 personas que representan el 3,43% de la población total (DANE: 2005, 34) correspondiente a 87 pueblos identificados plenamente. Su diversidad cultural se refleja en la existencia de más de 64 lenguas y una diversidad de dialectos que se agrupan en 13 familias lingüísticas.

No obstante el reconocimiento formal de los derechos de los pueblos indígenas, estos pueblos continúan siendo víctimas de diversas formas de discriminación y padecen violaciones tales como amenazas, homicidios, reclutamiento forzado, violencia sexual, desplazamiento interno y restricciones a la libertad de circulación y al acceso a víveres y bienes esenciales. Estas circunstancias se dan a pesar de los reconocimientos de los derechos tanto a nivel internacional como a nivel interno.

- **De comunidades a pueblos**

Con la emergencia de estos nuevos derechos, ha venido también un cambio en los discursos de los pueblos indígenas que se ve reflejado desde los primeros momentos en que solo se reconocían como comunidades hasta ahora que las organizaciones se proclaman como pueblos; esto se acompañó de la política de integración entre los 60 y 70, con la creación del INCORA (Instituto Colombiano Agropecuario) que se vio reflejada en la constitución y disolución de resguardos dependiendo de los intereses económicos en estas zonas. Estos conceptos y acciones sobre los pueblos y sus territorios no cambió mucho con la entrada en vigencia de la Ley 160 de 1994, que desarrolla en el Capítulo XIV la política de tierras para *comunidades indígenas* a través de la constitución e resguardos. Estos conceptos han sido superados en mucho con la Constitución Política de 1991 y en la jurisprudencia.

Sin embargo la evolución hacia el concepto de pueblo se ha dado por el trabajo de las organizaciones sociales y políticas de estos pueblos a partir de los años 70 y que han tenido eco a nivel mundial, esto también se ve reflejado a nivel internacional con la Declaración Universal de derechos de los pueblos indígenas, en lo interno en los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Lo que quiere decir que ha habido una evolución causada por las organizaciones indígenas de los conceptos de comunidad a pueblos, puesto que el concepto de pueblo es mucho más amplio y político que el de comunidad; además un pueblo puede estar conformado por varias comunidades.

▪ **Comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras**

Las comunidades afrodescendientes en Colombia, representan el 26,83% de la población total (11.745.403 personas)⁷. Las comunidades afrodescendientes en Colombia poseen una cultura, unas tradiciones y costumbres propias y conservan una conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Muchas de las comunidades afrodescendientes habitan zonas de gran interés económico y geo estratégico, lo cual las hace sumamente vulnerables a la violencia sociopolítica, al despojo de sus territorios ancestrales y al aprovechamiento irracional e insostenible de sus recursos naturales. La violación de su derecho a la vida, al territorio y a la integridad étnica, cultural y económica por la acción y la omisión del Estado colombiano, ha perjudicado su existencia como pueblo. En efecto, estos derechos constituyen un elemento esencial para la preservación de esa identidad étnica y cultural y para gozar de una vida digna. Para muchas comunidades afrodescendientes, sus tradiciones y su modo de vida dependen en gran parte de la relación con el entorno natural y ambiental presente en sus dominios ancestrales.

A partir de la Constitución de 1991, en el artículo transitorio 55 determino que dentro de los dos años siguientes a la expedición de la Constitución, el congreso debería expedir una norma especial para reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción. Es decir, se reconocieron a la población afrodescendiente de manera particular y se concedió el derecho a la titulación colectiva de los territorios.

Como consecuencia de esto se expidió la Ley 70 de 1993, mediante la cual se definió a las comunidades negras y la ocupación colectiva de las tierras del pacífico, susceptible de ser tituladas.

Con respecto a las comunidades raizales, que se encuentran en el departamento de San Andrés y Providencia, la Constitución las reconoció de manera particular en el artículo 310⁸; la Corte Constitucional ha reconocido que los raizales tienen una cultura diferente a

⁷Naciones Unidas, Informe del Sr. DoudouDiène, Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, E/CN.4/2004/18/Add.3, 23 de febrero de 2004, párr. 6.

⁸ ARTICULO 310.El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá, además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador.

Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago.

la de los demás colombianos, en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal “cierta identidad”; esta diversidad debe ser protegida por el Estado Colombiano (Corte Constitucional, C530/93). La Corte Constitucional se ha referido en diferentes sentencias a la población raizal, desde su caracterización:

“La población ‘raizal’ de San Andrés y Providencia es un grupo étnico perfectamente definido, como lo evidencian su aspecto físico, sus costumbres, su idioma y su pertenencia mayoritaria al Protestantismo. Negarle tal carácter aduciendo que las islas fueron pobladas por gentes de diversos orígenes raciales, es razón baladí, pues bien es sabido que no existen razas puras”. (Corte Constitucional, C086 de 1994).

La Corte ha hecho énfasis en la cultura particular de las comunidades raizales, así:

“La cultura de las personas raizales de las Islas es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal una cierta identidad. Tal diversidad es reconocida y protegida por el Estado y tiene la calidad de riqueza de la Nación. El incremento de la emigración hacia las Islas, tanto por parte de colombianos no residentes como de extranjeros, ha venido atentando contra la identidad cultural de los raizales, en la medida en que por ejemplo en San Andrés ellos no son ya la población mayoritaria, viéndose así comprometida la conservación del patrimonio cultural nativo, que es también patrimonio de toda la Nación.”(Corte Constitucional, C530 de 1993). Es decir, las comunidades raizales pertenecen al pueblo afrocolombiano pero están revestidas de características especiales, que las diferencian de los demás colombianos.

A partir de la Ley 70 de 1993, se creó también la consultiva del Alto Nivel en el artículo 45, sobre esta consultiva y la representatividad de las comunidades negras se pronunció el Consejo de Estado, en sentencia de agosto de 2010, por un acción de nulidad promovida contra el Decreto 2248 de 1995, por el cual se subroga el Decreto 1371 de 1994, en el que se establecían los parámetros de registro de “*Organizaciones de las Comunidades Negras y se dictan otras disposiciones*”; por considerar que se esta sustituyendo o desplazando a las comunidades negras, por las organizaciones de base, es decir por una forma organizativa diferente de estas y como consecuencia de esto el Consejo de Estado declara la nulidad de la norma demandada en lo que se refiere a la representación de las organizaciones de base (Consejo de Estado, Sección Primera, agosto de 2010). Con respecto a los palenqueros, se hace referencia a quienes viven en San Basilio de Palenque, que se encuentran en un corregimiento del municipio de Mahates en Bolívar.

▪ Pueblo Romó Gitano

El pueblo Rom o gitano está conformado por 4.858 personas que representan el 0,01% de la población total del país (DANE: 2005,35). En Colombia después de la promulgación de la Constitución de 1991, ha habido procesos organizativos del pueblo Rom que vienen trabajando para conseguir ser sujetos del Convenio 169 de 1989, además de conseguir reglamentaciones en el orden interno que desarrollen los derechos y protecciones que establece el Convenio, la Constitución y las leyes especiales.

Con respecto al pueblo Rom, han existido pronunciamientos a través de actos administrativos de la Dirección General de Comunidades Negras y Minorías Étnicas del Ministerio del Interior, que en la Resolución No. 022 del 2 de septiembre de 1999, dijo:

“Que se reconoce que el pueblo Rom de Colombia habita el país ininterrumpidamente desde antes del establecimiento de la República y que por consiguiente es un grupo étnico que ha realizado aportes importantes al proceso de conformación de la nacionalidad colombiana (...); Que es un deber constitucional del Estado proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, de la cual el pueblo Rom de Colombia hace parte integral (...); Que las referencias constitucionales y legales actualmente existentes sobre grupos étnicos se proyectan también al pueblo Rom de Colombia y que en ese sentido se hace indispensable trabajar sobre desarrollos legislativos que contemplen las especificidades y demandas propias de este pueblo (...); Que se hace necesario encontrar los mecanismos jurídicos y normativos que vayan en la dirección de garantizar una simetría efectiva entre los derechos constitucionales y legales que tienen actualmente los pueblos indígenas, comunidades afrocolombianas y comunidad raizal, y los que deben hacerse extensivos hacia el pueblo Rom de Colombia (...); Que para atender las demandas y reivindicaciones propias del pueblo Rom de Colombia, las distintas entidades públicas deben hacer las adecuaciones institucionales que se requieran a fin de incorporar la existencia de este grupo étnico; (...) Que para atender las demandas y reivindicaciones propias del pueblo Rom de Colombia, las distintas entidades públicas deben hacer las adecuaciones institucionales que se requieran a fin de incorporar la existencia de este grupo étnico(...); Que las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT., “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” son extensivas y se aplican al pueblo Rom de Colombia”.

En lo que tiene que ver con este pueblo, no existe un reconocimiento como sujeto de especial protección en la Constitución Política. Sin embargo, la Corte Constitucional derivó su reconocimiento a partir del Acuerdo 273 del 26 de agosto de 2004, mediante el cual se regula la afiliación del pueblo Rom al Sistema General de Salud (Corte Constitucional, C864/08). Al hacer el análisis de dicho acuerdo que a su vez se fundamenta en la Constitución, en el Convenio 169 de 1989 y en la Ley 21 de 1991, la Corte concluye:

“De la normativa anterior la Corte concluye que un órgano gubernamental ha reconocido formalmente que el pueblo Rom o pueblo gitano, por su proceso histórico y cultural y su conciencia de identidad comunitaria, es un pueblo tribal o grupo étnico al cual se hacen extensivas las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional de Trabajo, OIT, "Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes", adoptado como legislación interna mediante la Ley 21 de 1991”.

Existe también un reconocimiento al pueblo Rom, a través del Decreto 2957 de 2010 emitido por el Ministerio del Interior y de Justicia *“Por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rrom o Gitano”*; esta norma se les reconoce como un grupo étnico con identidad cultural propia, con una conciencia étnica particular, que posee su propia forma de organización social, lengua y que ha definido históricamente sus propias instituciones políticas y sociales, establece un registro para sus autoridades; se conforma una Comisión Nacional de Diálogo, como un espacio de interlocución entre el pueblo Rrom y el Estado Colombiano.

1.3.2. Evolución jurisprudencial

Cabe destacar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoció que las recomendaciones de los órganos de los tratados internacionales de derechos humanos en este caso los órganos de control y vigilancia de la OIT, tienen fuerza jurídica interna y son parte del Bloque de Constitucionalidad (Corte Constitucional, C225 de 1995). Al respecto, la Corte Constitucional concluyó que:

“las recomendaciones de los órganos de control de vigilancia de la OIT no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuación del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados. Pues deben: 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares” (Corte Constitucional, T568 de 1999).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha definido y protegido el derecho al territorio de las comunidades indígenas y afrocolombianas de manera general y en relación con algunos mecanismos específicos de protección como el derecho a la consulta. Asimismo, la Corte reconoció en varias sentencias la obligación del Estado colombiano de aplicar y hacer respetar el Convenio 169 de la OIT y los derechos que éste confiere a las comunidades afrodescendientes. En la Sentencia T 769 de 2009, la Corte Constitucional señaló que:

“la consulta es una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, tendientes a buscar: 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 (...)(Corte Constitucional, T 769 de 2009).

Si bien siempre ha existido acuerdo sobre la importancia del derecho a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado con el tiempo, puesto que a la fecha la Corte Constitucional se ha pronunciado, se ha pronunciado múltiples veces con respecto a la consulta previa, en casos como el de la comunidad de Cristiania por la construcción de la Troncal del Café (T- 428/92); en el caso del pueblo U'wa (SU 039/97); por las circunscripciones especiales (C 169/01); Sobre normas específicas como el Código de Minas (C418/02); el Estatuto de Desarrollo Rural (C 175/09); Ley Forestal (C 030/08); Plan Nacional de Desarrollo (C461/08); sobre medio ambiente, existen varias entre ellas la que habla de la necesidad de consulta en caso de erradicación de cultivos ilícitos (SU 383/03); el caso del pueblo Motilón Barí (T880/06); el caso del pueblo Wayú (C615/09); el caso del Resguardo de UradaJiguamiando (T769/09); la Sentencia del Puerto Brisa (T547/10); el caso del pueblo Emberá del Norte del Choco (T129/11); entre otras. A continuación se reseñan a través de las sentencias más importantes, la evolución de este derecho.

1.3.3. Derecho fundamental a la consulta previa derivado del artículo 330 constitucional y del derecho a la participación

En un primer momento, la Corte Constitucional se refirió a la importancia del derecho a la consulta tratándose de medidas relacionadas con la explotación de recursos naturales en territorios de comunidades indígenas (Corte Constitucional, SU 039 de 1997); decidió una acción interpuesta por el Defensor del Pueblo, quien presentó una tutela en nombre de la comunidad indígena U'wa para que se protegieran sus derechos al territorio invocando los artículos 286, 329 y 357 de la Constitución; el derecho a la autodeterminación (artículo 330 de la C. P.); a la cultura étnica (artículos 70, 95-8 y 72) y a la participación social y comunitaria (artículos 40 y 79 de la C. P.). En su escrito, el Defensor del Pueblo alegó que estos derechos fueron desconocidos con la concesión hecha por el Ministerio del Medio Ambiente en favor de las empresas ECOPETROL y Occidental de Colombia Inc., la cual les permitió realizar exploraciones en territorios donde se encuentran ubicados resguardos indígenas de la comunidad U'wa, sin que esta comunidad hubiera sido consultada sobre el asunto; además solicitó que se concediera la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras la jurisdicción

contencioso administrativa resolvía una acción de nulidad contra el acto administrativo que otorgó la concesión, y que fue presentada por el mismo funcionario.

En efecto, las autoridades de la comunidad no fueron informadas acerca de las consecuencias que generarían sobre su territorio las exploraciones. La única actuación que hubo en este sentido fue una reunión que sostuvieron representantes de los Ministerios del Medio Ambiente y de Minas y Energía y delegados de ECOPETROL y Occidental de Colombia Inc., por una parte, y algunos miembros de la comunidad U'wa, por la otra.

La Corte señaló que en este caso sí se desconoció el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas, pues el trámite de consulta se limitó a una información general otorgada por los funcionarios públicos sobre la realización de proyectos que autorizaban la explotación de recursos naturales, en las zonas donde estas comunidades tienen sus resguardos.

A juicio de la Corte, el derecho a la consulta se desconoce cuando esta se reduce a la información y notificación por parte de las autoridades públicas. Por el contrario, para que este derecho se satisfaga, *“es necesario (...) que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente esta se [sic] manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social o económica”* (Corte Constitucional _ SU-039 de 1997).

Esta sentencia es de gran de gran importancia dentro de la evolución jurisprudencial del derecho a la consulta, pues marca el inicio de la jurisprudencia constitucional sobre el tema. Sin embargo, en ella la Corte reconoce la vinculatoriedad del derecho a la consulta como derivada del derecho a la participación y solamente en relación con el artículo 330 constitucional, de acuerdo con el cual las comunidades indígenas deben tener la oportunidad de participar en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales en sus territorios:

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.

(...)

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

Así, en esta sentencia, la Corte Constitucional no hace alusión alguna al derecho a la consulta en relación con medidas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas y que no tengan relación con la explotación de recursos naturales. Sin embargo, tampoco restringe el contenido del derecho, lo que da lugar a la evolución jurisprudencial que siguió. Recientemente la Corte Constitucional recordó que: *“dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, el mecanismo de la consulta previa constituye un derecho fundamental”*(Corte Constitucional, T547 de 2010); como lo ha dicho con anterioridad además este mecanismo se: *“erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”*; En esta sentencia la Corte tuteló transitoriamente los derechos de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, ordenando que éste sea consultado antes de proferir una resolución de

exploración en su territorio.

Estos conceptos han evolucionado y han llevado a la Corte Constitucional ha considerar la consulta también en las medidas legislativas o administrativas (Corte Constitucional, C 615 de 2009), la consulta previa para las comunidades indígenas y tribales, porque: (i) constituye un derecho fundamental; (ii) el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad; (iii) su pretermisión, en el caso del trámite legislativo, configura una violación a la Carta Política; (iv) existe un claro vínculo entre la realización de la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas; (v) la realización del mecanismo de participación se torna obligatorio cuando la medida, sea legislativa o administrativa, afecta directamente a la comunidad indígena; (vi) la consulta debe realizarse de manera tal que sea efectiva y garantice la participación real de las comunidades afectadas; (vii) el desconocimiento de la consulta previa puede ser invocado en sede de tutela; y (viii) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa.

La evolución jurisprudencial nos ha llevado a la construcción de la consulta previa más allá de un mecanismo de participación en la de un derecho colectivo, con un proceso que debe respetar a diferencia, se caracteriza entonces como lo dice Gloria Amparo Rodríguez (Rodríguez, 2010:38) por:

- La consulta previa es un derecho de carácter colectivo que debe responder al principio de buena fe y debe ser realizada antes de la toma de la decisión

- Se realiza a través de un proceso de carácter público, especial y obligatorio en el cual se garantiza el debido proceso (principio de oportunidad, comunicación intercultural y bilingüismo).

- Se hace de manera previa a la adopción de medidas administrativas, legislativas o a la decisión sobre proyectos que puedan afectarles.

- Durante todo el proceso se garantiza el acceso a la información, la cual debe ser dada de manera clara, veraz y, sobre todo, oportuna.

La forma como jurisprudencialmente ha ido evolucionando el derecho se desarrolla a continuación.

1.3.4. Características y objetivos del derecho a la consulta

Después de recordar cuál ha sido la evolución jurisprudencial del derecho a la consulta previa, es posible extraer algunas características y objetivos de este derecho dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En la sentencia SU-039 de 1997, la Corte Constitucional definió por primera vez las principales características y objetivos del derecho a la consulta previa:

“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 dé 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 concierna 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” (Corte Constitucional- SU - 039 de 1997).

Si bien en aquel momento la Corte solamente se refería a la consulta previa de las medidas destinadas a explorar o explotar recursos naturales conforme al artículo 330 constitucional, la jurisprudencia ha avanzado en el entendido de que la consulta es procedente no sólo en caso de exploración o explotación de recursos naturales, sino en todos aquellos casos en que se afecten los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo que las anteriores características se han hecho extensivas a todos los casos en que resulte desconocido el derecho a la consulta.

En efecto, se ha reconocido que son precisamente los fundamentos y los objetivos del derecho a la consulta los que justifican su aplicación más amplia, de suerte que dicho derecho no se circunscribe exclusivamente a los casos de explotación de recursos naturales, sino que se extiende a las decisiones, sean estas legislativas o administrativas, que puedan afectar a los pueblos indígenas o tribales. Atendiendo la razón de ser del derecho a la consulta como expresión democrática en un contexto plural, se evidencia la necesidad de garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales en la construcción de lo público.

Ahora bien, además de las características definidas por la propia Corte Constitucional, de la jurisprudencia, la doctrina y los instrumentos internacionales al respecto, se pueden concluir algunos otros requisitos, que requisitos fueron identificados en la demanda que dio lugar a la declaratoria de inexecutable de la Ley General Forestal, demanda radicada bajo el número D-6837. Fueron además recogidos en el concepto rendido por el Procurador General de la Nación dentro del mismo expediente, tal como lo señala la sentencia C-030 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil:

“Seguidamente los actores hacen referencia a los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para el cumplimiento de la consulta previa en las medidas legislativas, que deben perfeccionarse con anterioridad a la radicación de un proyecto de ley, cuales son: 1) La consulta debe realizarse sobre la base de relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes, de lo que se siguen las obligaciones del Estado de suministrar información adecuada, procurar la concreción de un acuerdo y garantizar la factibilidad del mismo; 2) Las comunidades deben tener conocimiento pleno de los planes que se pretenden llevar a cabo en sus territorios, así como de sus consecuencias; 3) Las comunidades deben tener participación real y efectiva en la consulta a través de sus representantes; 4) La decisión de la autoridad gubernamental debe estar desprovista de autoritarismo y arbitrariedad; y 5) Debe realizarse una consulta sobre el proceso mismo de consulta previa”; entre estos se encuentran:

- **La consulta debe realizarse de buena fe**

De acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007, antes de la adopción y aplicación de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas, los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con las comunidades interesadas (artículos 19 y 32 del Convenio 169 de 1989). Esta obligación ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en

jurisprudencia reciente sobre el caso del pueblo Saramaka contra Surinam, señaló respecto de la obligación de consultar:

“Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo” (CORIDH, Saramaka. Vs. Suriname, Serie C, No. 172 de 2007: Párr. 134).

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia SU-039 de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, ha señalado al respecto:

“Con fundamento en los artículos 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas”.

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

Las comunidades indígenas y tribales deben tener conocimiento pleno sobre las medidas que se pretenden adoptar. Sobre el particular señaló la Corte Constitucional en la sentencia citada, que la implementación del derecho a la consulta debe pretender:

“Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

“Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural,

económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares”.

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

El procedimiento de consulta debe ser respetuoso de las autoridades y organismos representativos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Al respecto señala el Convenio 169 de 1989:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) 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;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas:

Artículo 32

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

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes

de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

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

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado en Sentencia C-891 de 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería, citando la “Guía para la aplicación del Convenio 169”, lo siguiente:

“Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas debe identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos”.

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

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

*“que se le de (sic) la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas de proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierne a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una **participación activa y efectiva** en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”* (Corte Constitucional, SU 039 de 1997), (negrilla fuera de texto).

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

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

Esta caracterización de la consulta previa, involucra las decisiones de organismos judiciales a nivel internacional como la COIDH, la derivada de las obligaciones internacionales a partir de la firma y ratificación de los Convenios como el 169 de 1989 y los pronunciamientos de los órganos de control y vigilancia del mismo en la OIT.

- **Consentimiento previo, libre e informado**

En la Sentencia T 769 de 2009 la Corte Constitucional, en la que reitera su jurisprudencia, avanza en caracterizar el proceso de consulta un poco más allá de un simple mecanismo de participación y ordena la suspensión de la explotación de una mina a cielo abierto en el cerro sagrado *Cara e perro*, hasta que se rehaga el proceso de consulta previa con todas las comunidades afectadas por esta explotación, con la consideración de que no todas las comunidades indígenas y afrodescendientes fueron tenidas en cuenta en el proceso. Avanza en considerar que la consulta debe llevar a conseguir el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos afectados.

Es un gran avance que la Corte ordene la suspensión de las obras a pesar de la existencia aparente de licencias ambientales y ordene además que sea el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial sea quien realice los estudios de impacto ambiental, facultad que esta normalmente en cabeza de quien solicita la licencia ambiental, de acuerdo a la Ley 99 de 1993, artículo 57: *“Se entiende por Estudio de Impacto Ambiental el conjunto de la información que deberá presentar ante la autoridad ambiental competente el peticionario de una Licencia Ambiental”*, y además en el mismo se debe determinar la afectación a los pueblos indígenas y tribales en la zona y de esta manera se evite que: *“ se emitan licencias ambientales para la ejecución de proyectos de exploración y explotación que afecten la biodiversidad y el medio ambiente”*.

1.3.5. Reglamentación actual

En lo que hace referencia al Decreto 1320 de 1998, ha recibido críticas a nivel nacional e internacional, por no estar acorde con el Convenio 169 de 1989 de la OIT, dentro de los pronunciamientos a destacar se encuentran los de órganos de control y vigilancia de dicho organismo que se resumen adelante y los de la Corte Constitucional, que en algunos casos ha pedido a las autoridades involucradas en la realización de la consulta previa que no lo apliquen, como en el caso de los Emberá del Alto Sinú, pronunciamiento de la tutela T 652 de 1998.

El Decreto 1320 de 1998 había sido materia de estudio por parte del Consejo de Administración de la OIT, quien admitió la reclamación y designó un Comité Especial para estudiar la reclamación; al cual el gobierno colombiano respondió que al momento de la reglamentación lo que intento fue que el Decreto 1320 implementara el artículo

15(2), del Convenio que dice: *“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”*. El gobierno afirma haber usado un lenguaje idéntico al de dicho artículo. De la misma forma, sostuvo que como se trataba de una reglamentación el Decreto en sí mismo no debía ser consultado. En otras palabras, que no había necesidad de consultar con respecto a los procedimientos de consulta. El Comité de manera expresa hizo referencia al artículo 6 (1) (a) del Convenio 169 y declaró que:

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

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

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

Teniendo en cuenta estas observaciones, el Comité conformado por el Consejo de Administración consideró indispensable solicitar al gobierno colombiano que *“modifique el decreto núm. 1320 de 1998 para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consultación y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio”*.

Tanto la reclamación como las recomendaciones fueron publicadas por el Consejo de Administración y de esta forma quedó manifiesta la opinión de la Organización

Internacional del Trabajo, sobre el mencionado Decreto y además de la necesidad de consultar las medidas legislativas. Por eso, en el mismo documento se consideró indispensable que el gobierno colombiano *“aplique plenamente los artículos 6 y 15 del Convenio y que considere establecer consultas en cada caso concreto, conjuntamente con los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, o antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras”*.

Hasta ahora no se ha producido una reforma al mencionado Decreto y el mismo se ha seguido aplicando a comunidades indígenas y tribales en el país, motivo por el cual el 6 de marzo de 2010, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, se pronunció, en los siguientes términos:

“La Comisión lamenta que en 2008 el Gobierno aún no haya aplicado la recomendación del Consejo de Administración y lo insta a dar efecto a la misma y a proporcionar informaciones sobre las medidas adoptadas.

La Comisión, reitera su solicitud de informaciones formulada en 2007, sobre la implementación de las recomendaciones formuladas por el Consejo de Administración en noviembre de 2001 en dos informes adoptados sobre reclamaciones presentadas alegando el incumplimiento del Convenio por parte del Gobierno de Colombia (OIT, CEACR, documentos GB.282/14/3 y GB.282/14/4)” .

Directiva Presidencial 01 del 26 de marzo de 2010, sobre *“garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales”*. Esta directiva dirigida al Vicepresidente, a los ministros del despacho, a los directores de departamentos administrativos y a los organismos del sector central y descentralizado del orden nacional, señala las acciones que requieren consulta previa y las que no, así como los mecanismos para el desarrollo de los procesos de consulta previa. Esta regulación desconoce algunas de las obligaciones del Estado colombiano en la materia, las cuales son establecidas por el Convenio No. 169, ratificado por el Estado colombiano, y plantea serios problemas de orden constitucional.

La Directiva Presidencial no asume los principios y estándares internacionales sobre las materias establecidas en el Convenio No. 169 y recogidas por la jurisprudencia constitucional.

La Directiva Presidencial no fue consultada con los pueblos indígenas, ni con las comunidades afrodescendientes, desconociendo su derecho a ser consultados siempre que se prevean medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos directamente. Esta misma Directiva prescribe las situaciones en las que no procede la consulta previa; estas disposiciones reflejan la visión del Gobierno colombiano, para el cual la consulta previa sigue siendo un mero trámite administrativo y no el ejercicio de un derecho en sí mismo. En otra parte del texto de la Directiva se refuerza esta afirmación,

cuando se establece que: “[e]n todo caso, el proceso de Consulta Previa procurará un acuerdo entre las partes sobre las características del proyecto y el manejo de sus impactos”. Con esta afirmación la Directiva no permite que se establezca un verdadero diálogo entre las partes como lo establece el artículo 6.2 del Convenio No. 169, al prescribir que: “[l]as consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. En efecto la Directiva tiene en cuenta realmente la opinión de los pueblos que pueden ser afectados por estas medidas y proyectos. La norma parte de la premisa de la aceptación del proyecto y concibe la consulta previa como un mecanismo de arbitraje que eventualmente puede modular las características e impactos del proyecto, pero no sobre su realización.

Con esta Directiva 01 de 2010 se ha pretendido reglamentar de manera irregular la consulta previa, no solamente a la luz de las garantías del Convenio No. 169, sino incluso transgrediendo la ley interna. En efecto, la Directiva Presidencial trata un asunto que es reserva de ley estatutaria en virtud del artículo 152 de la Constitución Política, que dice: “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a. *Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección*; b. *Administración de justicia*; c. *Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales*; d. *Instituciones y mecanismos de participación ciudadana*; e. *Estados de excepción*”. Esta norma prescribe que sólo se podrá regular los derechos y deberes fundamentales así como los procedimientos y recursos para su protección mediante las leyes estatutarias expedidas por el Congreso. Esto quiere decir que las normas relacionadas con estos temas no pueden tramitarse como leyes ordinarias ni como actos administrativos. Si bien esta norma no admite, de acuerdo con la Corte Constitucional, una interpretación extensiva de acuerdo con la cual cualquier norma relacionada con derechos fundamentales debe ser reserva de ley estatutaria, si establece que “*las leyes estatutarias están encargadas de regular los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección*” (Corte Constitucional C226 de 1994).

En este caso, la Directiva Presidencial 01 de 2010 se ocupa de regular los elementos esenciales del derecho a la consulta previa, al punto que ha sido presentada por el Gobierno como el paso previo a la presentación de un proyecto de ley estatutaria que aborde integralmente el tema.

1.3.6. Caso del pueblo EmberáKatío y Dovidá del Norte del Chocó, conocido también ACIKEK, Asociación de Cabildos Indígenas, Kunas, Emberás y Katíos

Considero que es importante analizar este caso frente al derecho a la consulta previa, en particular porque en el mismo ha habido observaciones de la CEARC de la OIT y un pronunciamiento de la Corte Constitucional, que avanza frente a otras sentencias y frente a la reglamentación. Sobre este caso se han presentado tres memorias a la CEACR de la OIT, en las cuáles se ha dado cuenta de la vulneración del Convenio 169 de 1989, en particular del derecho a la vida, a la consulta previa, el desarrollo y el territorio. Este caso fue presentado ante la Corte Constitucional y esta se pronunció en la Sentencia T129 de 2011, esta además de ordenar la protección a este pueblo se pronunció exhortando al Congreso y a la Presidencia de la República para que en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, materialicen el derecho a la consulta previa y el consentimiento, previo, libre e informado de los grupos étnicos que hacen parte de la Nación. Es decir, que se reglamente el derecho fundamental a la consulta previa.

- **Antecedentes: ataques contra las comunidades indígenas y sus territorios**

Las comunidades indígenas del norte del Chocó han sufrido constantes ataques en contra de su integridad física desde 1996 por parte de los grupos paramilitares. Ese año ocurrió el desplazamiento forzado de algunas familias indígenas desde el resguardo de Chidima hacia los departamentos de Antioquia y Córdoba y el vecino país de Panamá. En esta época, el Ejército Nacional, acantonado en la base militar de Balboa (Municipio de Unguía, Chocó), impuso a las familias indígenas y campesinas un límite de veinte mil pesos para la compra de mercado.

Desde esa época, las agresiones en contra de los indígenas persistieron. Tanto la comunidad EmberáDovidá, del resguardo de Pescadito, como la comunidad EmberáKatío de Chidima, así como la casi totalidad de las comunidades indígenas del Norte del Chocó, sufrieron confinamiento por 6 meses impuesto por paramilitares de las *Autodefensas Unidas de Colombia* (AUC) y, entre 1997 y 2003, soportaron el bloqueo de alimentos, medicamentos y movilidad por parte de los actores armados (Corte Constitucional, Auto 04 de 2009).

En 2009, la comunidad EmberáKatío (resguardo de Chidima) y EmberáDovidá (resguardo de Pescadito) denunciaron ante la Corte Constitucional *“la ocupación ilegal*

de tierras indígenas por colonos y terratenientes para ganadería extensiva; extracción de oro en la quebrada Bonita en el resguardo de Chidima; y la caza, extracción de madera, agricultura y venta de mejoras por colonos a los terratenientes en el resguardo de Chidima. [...] Por otra parte, reportan que en el resguardo de Chidima, los colonos se han apropiado de tierras para ganadería, pescan y cazan en el territorio, y tienen cultivos de coca; y en el resguardo de Pescadito se reporta la venta irregular de 60 hectáreas a 2 colonos”(Corte Constitucional, Auto 04 de 2009). Las comunidades indígenas de Pescadito y Chidima denunciaron en ese contexto la intensificación del conflicto armado, en los siguientes términos:

“La vida y la integridad de las comunidades indígenas se encuentra particularmente amenazada por la presencia en la zona de grupos paramilitares que ahora se hacen llamar ‘Águilas Negras’, que son los mismos con nombre diferente, quienes en Unguía y El Tigre continúan patrullando y reclutando jóvenes. Los paramilitares también están presentes en Acandí y El Gilgal. Además, algunos líderes indígenas han sido víctimas de amenazas de muerte por parte de terratenientes y ganaderos interesados en explotar el territorio de las comunidades. [...] Por otra parte, la Policía ejerce estrictos controles a la circulación y el transporte de víveres por parte de los indígenas y campesinos. La Policía del corregimiento de Balboa, lleva a cabo el registro de los nombres y las actividades de los visitantes a la zona, justificándose en la necesidad de mantener informado al Ejército”(Corte Constitucional, Auto 03 de 2009).

La Corte Constitucional constató, en enero de 2009, que:

“El pueblo Emberá-Dovida, que habita amplias franjas del occidente de Colombia, se ha visto gravemente afectado por el conflicto armado, el cual se ha conjugado con distintos factores económicos para generar una situación de alto riesgo que a muchas comunidades las ha forzado a desplazarse y ha generado un gran número de víctimas. Hay tres actividades económicas que, aunadas a la presencia y actividades de los grupos armados ilegales y de la Fuerza Pública en sus territorios, amenazan la vida y el medio ambiente: (a) el avance de los cultivos ilícitos en los resguardos – en Alto Baudó, Río Quito, Medio Atrato, Bojayá, Nóvita; (b) el avance de grandes plantaciones de palma africana sobre sus territorios, en algunos casos controladas por grupos paramilitares; y (c) la explotación maderera con motosierra, financiada por los paramilitares, en el territorio del resguardo. En este sentido, los Cabildos Mayores del Chocó denuncian atropellos, entre otros, en los municipios de Lloró, Carmen de Atrato, Bojayá, Riosucio, Juradó, y Medio Baudó en el Chocó, por el incremento de la explotación maderera promovida por los paramilitares y las guerrillas; temen, en

este sentido, que a sus comunidades les pase lo que sucedió a los grupos afrodescendientes de Curvaradó y Jiguamiandó con la palma Africana” (Corte Constitucional, Auto 04 de 2009).

Asimismo respecto de las comunidades EmberáKatio asentadas en el Alto San Jorge, Urabá y Chocó, la Corte Constitucional constató que:

“Los pueblos Emberá-Katío que habitan en las regiones del Alto San Jorge, el Urabá Antioqueño y el Chocó también se han visto gravemente afectadas por distintas manifestaciones del conflicto armado. Así, se reporta que las guerrillas, los grupos paramilitares –desmovilizados y en proceso de reconfiguración- y la Fuerza Pública hacen presencia en sus territorios tradicionales y desarrollan confrontaciones militares en los mismos, involucrando a la población indígena en el conflicto [...] Un factor especialmente grave de recrudecimiento del conflicto en territorio indígena ha sido la explotación de los recursos naturales por parte de los grupos armados al margen de la ley. Por ejemplo, se denuncia la explotación maderera que ha atraído a los grupos armados al territorio. [...] Igualmente se reporta que, como consecuencia del conflicto, el territorio tradicional ha sido sembrado con minas antipersonal. [...] Las diversas comunidades que integran el pueblo Emberá-Katío han sido afectadas en forma severa, reiterada y masiva por el desplazamiento forzado, que les ha golpeado en numerosas oportunidades a lo largo de la última década”(Corte Constitucional, Auto 04 de 2009).

▪ Titulación de los resguardos indígenas y fragmentación del territorio indígena

En el año 2001, mediante las resoluciones Nos. 005 y 007 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), se constituyeron los resguardos indígenas de: Chidima – Tolo y Pescadito del pueblo Emberá. El resguardo de Chidima – Tolo está integrado por tres lotes y el resguardo Pescadito por un solo lote, ambos encuentran localizados en jurisdicción del corregimiento de Peñaloza (municipio de Acandí, departamento del Chocó) y ubicados en el área de Reserva Forestal del Pacífico.

La forma fragmentada como se hizo la titulación del resguardo Chidima- Tolo afectó los derechos de la comunidad indígena, toda vez que fue realizada en tres lotes sin continuidad. Esta situación ha facilitado que el tercer lote esté invadido por los colonos que ascienden a 21 según cifras de la Defensoría (Defensoría del pueblo, septiembre de 2003) y, para el 2001, éstos ocupaban el 25.22% del territorio del resguardo.

Actualmente en los tres lotes hay presencia de ganadería extensiva; en el lote No. 2, se registra explotación de madera; y, en el lote No. 3, existe extracción de minería de aluvión. Esta titulación fraccionada se hizo a pesar de la solicitud de la comunidad de que fuera un solo globo de terreno. Al momento de informar verbalmente acerca de la resolución de constitución del resguardo, los funcionarios del Incora aseguraron a la comunidad indígena que posteriormente se sanearía esta situación de fragmentación, para que el resguardo correspondiera a un solo globo de territorio. No obstante, hasta la fecha, esta situación de fragmentación del territorio indígena ha sido mantenida por las autoridades que sucesivamente absorbieron las competencias del Incora, esto es: el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y, posteriormente, la Unidad Nacional de Tierras del Ministerio de Agricultura.

La fragmentación del resguardo de Chidima, derivada del proceso de titulación en tres lotes diferentes, ha facilitado – sino incentivado – procesos de invasión del territorio indígena por parte de colonos. La invasión del territorio ha traído como consecuencia la aparición de cultivos ilícitos, de terratenientes que compran a los pequeños colonos que han invadido el lote tres del resguardo de Chidima, con lo que cada vez es más difícil lograr una negociación para la compra de estas tierras, puesto que las mejoras que realizan en estos terrenos son mucho más costosas que las que hacen los pequeños colonos. Estas acciones han estado acompañadas por incursiones militares en el territorio de estos resguardos, que se han denunciado durante los últimos años ante las autoridades nacionales, como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

El proceso de fragmentación de los territorios indígenas se ve acentuado con el desarrollo de obras de infraestructura y megaproyectos. En efecto, existen planes de construir una carretera y una línea de interconexión eléctrica binacional (Colombia y Panamá) así como de desarrollar exploración y explotación de minerales que afectan la integridad territorial de los resguardos de Chidima y de Pescadito. Todas estas obras afectarían el territorio de los dos resguardos y para la realización de las mismas no se ha respetado el derecho a la consulta previa previsto por el Convenio 169 de 1989.

El diseño del trazado de la línea de transmisión de energía para el proyecto de *Interconexión Eléctrica Colombia-Panamá*, que uniría la subestación Cerromatoso (departamento de Córdoba) con la subestación Panamá II, prevé atravesar los tres lotes que conforman el resguardo de Chidima como el territorio del resguardo de Pescadito. Teniendo en cuenta que la servidumbre para dicha línea es de aproximadamente 30 metros a lado y lado de la línea de energía, se generará un corredor de 60 X 3.576 metros, correspondiente a la longitud total que atraviesa la línea los territorios de los resguardos, esto genera un área aproximada de afectación equivalente a 21,45 hectáreas. Además de la ocupación del territorio, de la destrucción de la biodiversidad, del riesgo para la salud de una la línea de esta magnitud y de una nueva fragmentación del territorio de las dos comunidades indígenas, se suma la llegada de nuevos actores sociales, con lo cual aumenta el riesgo de un desplazamiento forzado y la amenaza de extinción para este pueblo. Cabe señalar que este proyecto de interconexión eléctrica binacional no ha contado con la realización de un proceso de consulta de manera previa, libre e informada, como lo ordena el Convenio No. 169 de la OIT.

Igualmente, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares y la Alcaldía municipal de Acandí han desarrollado actividades para la construcción de la carretera Titumate-Balboa- San Miguel Acandí que atravesaría los territorios de los resguardos de Chidima y Pescadito. La construcción de la vía fragmentaría los territorios de ambos resguardos y conllevaría la llegada de nuevos actores sociales, aumentando el riesgo de un desplazamiento forzado y la amenaza de extinción para ambas comunidades. Este proyecto, que viene implementándose, no ha tenido el previo proceso de consulta con los pueblos indígenas asentados en los territorios afectados por el trazado de la vía, como lo ordena el Convenio No. 169 de la OIT.

El Ministerio de Minas y Energía ha otorgado una concesión minera para actividades de prospección, exploración y explotación de minerales en un área de 40.000 hectáreas, comprendida entre el río Muerto y el río Tolo, en jurisdicción del municipio de Acandí. Esta concesión se hizo sin la realización de un proceso de consulta previa, en contravención de lo estipulado por el Convenio No. 169 de la OIT y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993. Adicionalmente a ello, se han concedido dos títulos mineros registrados en el municipio de Acandí, que comprenden el territorio de los resguardos de Pescadito y Chidima. Tales concesiones fueron otorgadas si la realización de la consulta previa, pues el Ministerio de Minas y Energía ha considerado que la constitución del título minero no requiere consulta previa.

Por su lucha por la defensa del territorio, los líderes de estas comunidades indígenas han sido amenazados por los actores armados de la zona. El 18 de marzo de 2010, el líder

indígena Juan CarupiaDomicó fue asesinado por paramilitares de las llamadas “Autodefensas Gaitanistas” con ayuda de un indígena de la comunidad⁹.

Estas situaciones se han puesto en conocimiento de las autoridades nacionales y organismos internacionales. En el caso de las autoridades nacionales, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación han realizado un seguimiento de esta situación. Asimismo, estas situaciones han sido puestas en conocimiento de las autoridades judiciales. Actualmente se encuentra en conocimiento de la Corte Constitucional una tutela interpuesta por tres integrantes de la comunidad en mayo de 2009, con la que se busca el respeto a la consulta previa y a la permanencia de estas comunidades en su territorio.

Esto de alguna manera ha provocado que la administración local busque establecer mecanismos de pseudo consulta para la construcción de la carretera; para ello han recurrido a otros programas como el Sisben para ir a hablar con la comunidad acerca de los proyectos que se ejecutarían en el territorio y ha denominado estas reuniones como mecanismos pre consultivos.

▪ **Observaciones de la CEACR**

Estas situaciones se han puesto en conocimiento de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), mediante memorias presentadas acerca del cumplimiento del Convenio No. 169. Esta instancia ha producido dos observaciones específicas a este caso desde 2009.

En el año 2009, en su Observación Individual sobre el Convenio No. 169, la CEARC determinó que los integrantes de los pueblos EmberáKatío y EmberáDobidá, pertenecientes a la asociación ACIKEK, deben ser protegidos. La CEARC formuló las siguientes recomendaciones al Estado colombiano:

⁹ Resolución de Jurisdicción Especial Indígena, mediante la que se sanciona a Efraín CuñapaDomicó, por el asesinato de Juan CarupiaDomicó, 30 de marzo de 2010.

“[...] insta al Gobierno a tomar medidas urgentes para poner fin a toda intrusión en las tierras de los pueblos Katío y Dobidá y en particular en el lote 3 de Chidima, donde según la comunicación hay intrusión actual y, a proporcionar informaciones sobre las medidas adoptadas.

“Solicita además al Gobierno que tome medidas para unir a estos tres lotes, en la medida en que hubiera habido ocupación tradicional, de modo que el resguardo sea viable y a proporcionar informaciones al respecto.

“La Comisión solicita por lo tanto al Gobierno que garantice plenamente la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos referidos, tal como lo establece el artículo 14, 2), del Convenio, que proceda a proteger las demás tierras ocupadas tradicionalmente a los efectos del reconocimiento de la propiedad y posesión, y que suspenda las actividades derivadas de concesiones de exploración otorgadas y/o proyectos de infraestructura, en tanto no se proceda a la aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio y que proporcione informaciones sobre las medidas adoptadas”.

En su segunda Observación de 2010, la CEACR se pronunció en los siguientes términos:

“[...] insta nuevamente al Gobierno a tomar medidas urgentes para poner fin a toda intrusión en las tierras de los pueblos EmberáKatío y Dóbida y a suspender las actividades de exploración, explotación y la implementación de proyectos de infraestructura que les afectan en tanto que no se proceda a la plena aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio. Solicita igualmente una vez más al Gobierno que tome medidas para unir los tres lotes del resguardo Chidima en la medida en que hubiera habido ocupación tradicional y garantice la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos referidos conforme al artículo 14, 2), del Convenio”.

Las recomendaciones de la CEARC no han sido observadas e implementadas por las autoridades nacionales. Esto en la práctica ha llevado a que no se hayan llevado a cabo la titulación del resguardo de Chidima como un solo globo ni tampoco se han llevado en debida forma los procesos de consulta previa para las obras, exploraciones y explotaciones que se pretenden realizar en el territorio de estos pueblos. Con ello, no se han tomado las medidas necesarias garantizar efectivamente el derecho de las comunidades EmberáKatio y EmberáDobidá de los resguardos de Chidima y de Pescadito.

Las administraciones locales en donde se encuentran los resguardos, para evadir el respeto al derecho a la consulta previa han tratado de realizar las contrataciones de las obras de la carretera como obras de vías terciarias que no requieren consulta previa, ni tienen control por parte de las autoridades nacionales de la satisfacción de estos derechos. Incluso han tratado últimamente, a través de otras acciones constituir mecanismos preconsultivos para la construcción de esta obra.

El derecho a la vida de los líderes de estas comunidades sigue amenazada por los actores armados y por quienes consideran ilegítimas sus reclamaciones para el respeto de sus derechos y su territorio.

▪ **Pronunciamiento de la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional, conoció este caso y en la sentencia de tutela **129/11**, ordeno que se proteja al pueblo EmberáKatío y Dobida del Norte del Chocó que habita los resguardos de Chidima y Pescadito, que se encuentran conformados por 74 personas, aproximadamente y que plantearon a la Corte la afectación en sus territorios por: (i) los trabajos correspondientes a una carretera que atravesaría los resguardos; (ii) el proyecto de interconexión eléctrica binacional entre Colombia y Panamá; (iii) los trámites de concesión minera para la explotación de otro; (iv) la invasión ilegal del territorio, así como el peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y proyectos.

Este fallo es de especial importancia porque reconoce el carácter previo de la consulta y la necesidad de buscar el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos afectados, exhorta al Congreso y a la Presidencia para que se reglamente el derecho a la consulta previa, y además solicita que la misma sea traducida al Emberá. Trae órdenes especiales para: (i) El Ministerio del Interior para que realice la consulta con todos los involucrados y se busque la posibilidad que la vía proyectada tenga un nuevo trazado; (ii) El INCODER, para que expida un estudio en el que determine si se puede realizar el englobe del territorio; (iii) La Alcaldía de Acandí, para que respete los derechos de los pueblos indígenas y respete la diversidad étnica y cultural de la Nación; (iv) CODECHOCO, para que se abstenga de expedir licencia ambiental para la construcción de la carretera; (v) INGEOMINAS, CODECHOCO, MAVIDT, para que suspendan las actividades de prospección, explotación legal o ilegal, que se estén llevando o que se vayan a llevar a cabo y que puedan afectar a estas comunidades; (vi) Advierte a ISA que en el evento que el proyecto sea viable, se consulte a la comunidad; (vii) Ministerio del Interior para que priorice el Plan de Salvaguarda, de acuerdo con los términos del Auto No. 04/09; (viii) MAVDT y CODECHOCO, para que desplieguen las medidas necesarias

para proteger y conservar el medio ambiente; (ix) MAVDT, para que revoque o se abstenga de otorgar licencias ambientales que carezcan de la elaboración de un programa de arqueología preventiva; (x) El Ministerio del Interior, debe garantizar en un término no mayor a 8 meses un mecanismo de información y coordinación que permita articular las entidades involucradas en lo relacionado con el derecho a la consulta previa y la consecución del consentimiento previo, libre e informado; (xi) El reconocimiento al grupo indígena como medida simbólica de reparación y satisfacción; **(xii) EXHORTA al Congreso y a la Presidencia de la República para que a través de sus competencias regulen y materialicen el derecho a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado;** (xiii) Este proceso debe ser acompañado por la Defensoría y la Procuraduría; y (xiv) El Ministerio del interior y de Justicia debe presentar un informe en un año sobre estas situaciones.

Esta sentencia es trascendental porque desarrolla la integridad cultural de la Nación colombiana, es importante ahora su acatamiento por las entidades y empresas involucradas, además del seguimiento del mismo. En este caso la Corte avanza más que en otros en el alcance del derecho a la consulta previa y al consentimiento, previo, libre e informado; pero de manera especial llama la atención que exhorta al Congreso y a la Presidencia de la República para que se reglamente el derecho fundamental a la consulta previa.

2. Marco Teórico

En este apartado a partir del análisis del pluralismo, el multiculturalismo, la interculturalidad, el poscolonialismo y la decolonialidad, se construirá el marco teórico desde el que debería moverse una propuesta de reglamentación de la consulta previa para pueblos indígenas y tribales.

Los procesos constitucionales se convierten en momentos de inclusión y diálogo social, recientemente en América latina han emergido varios textos constitucionales que incluyen algunas luchas y discusiones sociales, en particular de los grupos étnicos (pueblos indígenas y afrodescendientes). Uno de los antecedentes más importantes para estos procesos ha sido la Constitución Política de Colombia de 1991, que representó para nuestro caso la oportunidad de abrir espacios de diálogo e inclusión social (Zambrano, 2006: 60) y que aún a veinte años de su promulgación estos no han terminado, provocó la emergencia de nuevos sujetos en lo público y permitió el desarrollo de mecanismos de protección a la diversidad étnica y cultural. Este reconocimiento de la diversidad ha provocado cambios no solo a nivel general de nuestra percepción como nación con la emergencia de estos nuevos sujetos (que ya estaban en la sociedad, pero que no eran parte de nuestra visión de nación), sino también dentro de las culturas que hicieron parte del proceso y que hacen parte del texto constitucional, porque él también trajo una proliferación de autoridades étnicas, cabildos, consejos comunitarios, etc. Esta emergencia, se debe leer como la aparición en la esfera pública de culturas que se encontraban ocultas.

En nuestro la promoción de la diversidad ha tenido tres ejes fundamentales que se han centrado en: el Estado, la nación y la participación, cada uno de ellos referidos a la Constitución, resaltando que el concepto de nación y su construcción toma un papel principal *“porque constituye la manifiesta orientación simbólica y cultural que cohesiona a la población diversa dentro del territorio, al producir los lazos de pertenencia a la comunidad nacional, convirtiendo los discursos y las imágenes en hechos percibibles por los ciudadanos”* (Zambrano, 2006: 67); junto con estas formas de cohesión, vienen nuevas formas de participación *“la acción política de los sujetos que tratan de posicionarse reflexivamente mediante la resolución de las tensiones entre los anhelos que se promueven y la realidad”* (Zambrano: 2006: 67).

Es a partir de la participación en una esfera de democracia deliberativa, es decir del diálogo intercultural es que pretendo construir una propuesta normativa de consulta previa para pueblos indígenas y tribales en Colombia por lo mismo, considero importante hacer el recorrido teórico por el pluralismo, el muticulturalismo, el poscolonialismo, el decolonialismo, y la interculturalidad; esto nos permite comprender las transformaciones que se han presentado en las constituciones de Ecuador y Bolivia, principalmente, en este recorrido conceptual encontramos como se va evolucionando en las corrientes de pensamiento y en los discursos, que hoy día tienen representaciones concretas en estas dos cartas constitucionales. A partir de este recorrido de transformaciones es que quiero realizar la propuesta normativa es decir una participación, que se enmarque en la democracia deliberativa; en nuestro caso creo que no se trata de proponer una nueva Asamblea Nacional Constituyente, ni una reforma constitucional, sino de construir una propuesta a partir de los mecanismos constitucionales y avances jurisprudenciales que se han dado. Paso entonces a realizar el recorrido conceptual propuesto.

2.1. El pluralismo

Cuando nos referimos al pluralismo, debemos tener en cuenta que este tiene diferentes acepciones tanto en lo político, en el Estado y con respecto al derecho, entre otras; para este análisis es importante pasar por los tres, puesto que nos da cuenta de la emergencia de grupos al interior de la sociedad, que para este escrito se refiere a la emergencia de los grupos étnicos (pueblos indígenas y afrodescendientes) a partir de la Constitución de 1991, el reconocimiento además de ser un Estado social y democrático de derecho; y el desarrollo que estos derechos han traído para el orden jurídico interno.

En el sentido político, para el pluralismo hay diferentes grupos al interior de la sociedad, que deben tener ciertas características importantes (Almond, 1999: 259) voluntarios, asociaciones múltiples, no hay identidades exclusivas, el pluralismo es una interpretación de la sociedad. La sociedad esta compuesta por asociaciones que contribuyen a las identidades diversas, el concepto más importante es diversidad o pluralidad.

Esta pluralidad emerge en parte porque el interés por el Estado *“fue cayendo en des uso en la corriente general de las ciencias políticas, vinieron a sustituirlo términos tales como gobierno y, más adelante sistema político”* (Almond, 1999: 263), y es aquí donde surge la teoría de los sistemas políticos, que incluyo nuevas instituciones extras y para legales como los partidos políticos, los grupos de presión, los medios de comunicación y otros actores sociales, que en nuestro caso sería los grupos étnicos (indígenas y afros), entre otros. Por tanto, la mirada a partir de los sistemas políticos no es una mirada reduccionista del que hacer político del Estado y de las instituciones gubernamentales, la

teoría de los sistemas políticos nació a partir de una mirada realista que reconoció el carácter procesal de la política, y que además examinó las instituciones de acuerdo al papel que estas desempeñan (Almond, 1999: 263).

Desde la perspectiva del pluralismo los individuos tienden a organizarse en grupos, es a través de ellos que hacen sus reivindicaciones los grupos son un elemento de primer orden para construir las identidades plurales o diversas. Es en estos grupos donde se van moldeando las identidades, un individuo puede pertenecer a diferentes asociaciones, pero difícilmente a diferentes grupos étnicos. El poder existe dentro de estas asociaciones, fragmentado en ellas es decir no se encuentra concentrado.

Dentro del pluralismo, también encontramos el pluralismo jurídico que a su vez se contrapone a la ideología del centralismo legal, es decir acepta la existencia de dos o más sistemas u ordenamientos jurídicos que existen al mismo tiempo en una unidad o en un Estado, se contrapone al centralismo legal, según el cuál existe el monopolio normativo en cabeza del Estado y esto proporciona la completud y autonomía de su sistema jurídico (Dávila, 2004: 5), para el centralismo legal el derecho no puede ser sino estatal, esto trasciende al monopolio de la producción jurídica, también abarca *“en lo semántico y en lo conceptual, acaparar el concepto de derecho y despojarlo de cualquier otro significado distinto del eminentemente estatal que pretenda otorgársele. En efecto, el centralismo legal ha logrado apropiarse de las nociones de derecho y juridicidad y obstaculizar de esta manera el desarrollo de discursos alternativos”* (Dávila, 2004: 5). Esto fue modificado de alguna manera con la Constitución de 1991, que reconoce para los pueblos indígenas la jurisdicción propia en los siguientes términos (artículo 246): *“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”*. Entre los elementos que configuran la jurisdicción propia para los pueblos indígenas se encuentran: 1. La posibilidad que existan autoridades judiciales indígenas; 2. La potestad de establecer reglas y procedimientos propios; 3. Sin embargo, estos deben estar acordes con la Constitución y la ley; 4. la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre esta jurisdicción con el sistema nacional. Sin embargo, a esto último ha dicho la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia que el hecho que no exista dicha reglamentación no inválida la jurisdicción propia. Así mismo se ha establecido para esta jurisdicción el principio de la maximización de la autonomía indígena dentro del respeto a la diversidad étnica y cultural. Sin embargo, esta jurisdicción tiene unos límites

Las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, porque: se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional. (Corte Constitucional, T349 de 2006). Se ha protegido de manera particular el debido proceso (Corte Constitucional T048 de 2002). Las autoridades indígenas pueden conocer de cualquier asunto siempre y cuando, se refiera al denominado fuero indígena que esta conformado por: 1. El personal, debe tratarse de un integrante de una comunidad indígena que va a ser juzgado por sus usos y costumbres; 2. el factor territorial, sea que este territorio haya sido formalmente constituido o no, en el caso de la ocupación ancestral. En estos casos pueden presentarse conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena que deben ser dirimidos por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (ley 270 de 1996, artículo 112). De la misma forma se ha establecido por desarrollo constitucional algunos límites para el conocimiento de las autoridades indígenas como las acciones de inconstitucionalidad, el habeas corpus, las acciones de tutela. Las decisiones de las autoridades propias pueden ser objeto del control jurisdiccional de tutela.

No existe un mecanismo similar para el caso de los pueblos afrodescendientes en el país, se limita en este caso solamente a acudir a la justicia ordinaria y a la acción de tutela en caso de vulneración o amenaza de la misma frente a un derecho fundamental. Sin olvidar que este es un mecanismo residual, es decir si existe un procedimiento especial para la protección del derecho, se debe agotar primero este.

De acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional, nos encontramos en un Estado social y democrático de derecho, en el cual uno de sus rasgos característicos es el pluralismo, como lo ha sistematizado la Corte Constitucional: *“A partir de la lectura del artículo primero constitucional, queda claro que entre los rasgos con que la Norma Fundamental caracteriza al Estado colombiano se encuentran el de ser un Estado social, democrático y participativo de derecho respetuoso de la dignidad humana, y abierto al pluralismo. Uno de los rasgos distintivos del Estado es, por tanto, su apertura al pluralismo. Tal apertura se conecta al menos con tres dimensiones: ser el reflejo de una sociedad que (i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (artículo 7º Superior); (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de la diferencias vigentes en un momento determinado”*(Corte Constitucional, T388: 2009).

Voy a abordar este principio constitucional del pluralismo a partir de la diversidad étnica y cultural. Es decir, solo haré referencia a este principio frente al reconocimiento de un espacio político, de participación y de derechos de los grupos étnicos dentro de nuestra nación y dentro de estos a los pueblos indígenas y tribales (afros), porque el *“hablar de derechos en abstracto no contribuye a comprender el tema; por ello es importante examinar si un derecho específico es o no reconocido dentro del algún contexto social determinado”* (Tushnet, 2001). Para lo mismo, realizaré una comparación entre la Constitución de 1886 y la Constitución de 1991 y las dos lógicas que se desprenden de ellas, puesto que la primera parte de la idea de integración y la segunda aparición de la diferencia y por tanto, del pluralismo étnico y cultural. Es muy diferente la manera como esta idea llegó a convertirse en principio constitucional en estos sistemas jurídicos, puesto que en la Constitución de 1886, este tipo de pluralismo étnico y cultural no existía es hasta la Constitución de 1991, en donde aparece expresamente el pluralismo.

En la Constitución de 1886, no se tuvo en cuenta la diferencia en nuestra composición como Nación y menos se habló o desarrolló la diversidad étnica y cultural; en este texto constitucional lo que existió fue una idea de asimilación, invisibilización e incorporación de los otros a la “civilización”. En desarrollo de esta lógica integracionista, se emitieron algunas leyes posteriores a la Constitución como la ley 89 de 1890, referida únicamente a los indígenas.

En el proceso que implicó la Constitución de 1991, los grupos étnicos ganaron espacios importantes en la nueva carta constitucional, esto por su puesto con su participación pero también con la inclusión del pluralismo como un principio. Incluso en el caso de los pueblos indígenas se logró que se incluyera el reconocimiento a la jurisdicción propia con propia con las características que se trataron.

Sin embargo, estos reconocimientos no quieren decir por si mismos que la garantía para el ejercicio de los derechos haya sido inmediata. En particular, los derechos que se refieren al territorio y sus mecanismos de participación, puesto que el ejercicio de los mismos se ha contrapuesto a los intereses económicos que se tienen por parte de los estados desarrollistas, como el nuestro. En esta lógica lo que interesa es la inserción en los mercados financieros internacionales, a través de negocios de explotación minera y de hidrocarburos, extractivos. Por lo tanto, esta diferencia frente a la visión que se tiene sobre los territorios y los recursos naturales lleva a constantes conflictos entre los grupos étnicos y los grupos económicos respaldados por los gobiernos.

Los gobiernos hacen lo posible por producir reformas legislativas que provoquen en la práctica la limitación de los derechos de estos pueblos, con argumentos como el bienestar general, el desarrollo y el progreso; con estos proyectos de reforma se amenaza a los grupos étnicos con exclusiones aún mayores (Zambrano, 2006: 24) y que pueden transformar este principio pluralista de existencia, representación y participación para estos grupos, y puede llevar en la práctica a su desaparición.

2.2. El multiculturalismo

El multiculturalismo se convirtió en uno de los temas más debatidos en las últimas décadas del siglo XX y en los países latinoamericanos se convirtió además en un problema político importante (Santos, García, 2001: 3). El multiculturalismo *“emergió sobre todo como componente central de las luchas de autodeterminación de la identidad cultural de los pueblos indígenas. Estas luchas, y los movimientos y organizaciones a los cuales dieron origen, son quizás el fenómeno político más importante de los últimos veinte años en los países latinoamericanos”* (Santos, García, 2001: 3).

Estas reivindicaciones constituyeron retos para el Estado Nacional, la exigencia de: (i) el derecho a la autodeterminación y este además como derecho colectivo; (ii) un ordenamiento territorial que tenga en cuenta los territorios ancestrales; y (iii) el reconocimiento de instituciones y órdenes jurídicos extraños a los del estado nacional. Estas reivindicaciones tuvieron un lugar con la Constitución de 1991, y sus desarrollos jurisprudenciales. La emergencia de estos sujetos de derechos trajo consigo un mecanismo de participación diferente y calificada, el de la consulta previa por la relación que tiene con otros derechos como el territorio, el desarrollo y la subsistencia.

Por tanto, el reto del multiculturalismo en el Estado liberal pasa por entender las diferentes formas en que los grupos étnicos se incorporan a las comunidades políticas y la forma como las integraron, puesto que en algunos casos estas conllevaron acciones violentas de exterminio como la denominada conquista y la colonización, muchas de estas acciones se dieron en sociedades que tenían estructuras de gobierno propias y fueron violentadas. Sin embargo, para muchos autores este reto multicultural, tiene que ver también por quienes migran tanto por razones económicas, como por razones políticas o de seguridad como los refugiados. Es un fenómeno muy diferente al que enfrentan los grupos étnicos en países como Colombia en donde claramente se presentó la primera circunstancia: Es decir, se dio la conquista violenta de sociedades algunas altamente organizadas y otras con organizaciones incipientes.

Con el multiculturalismo se comenzó a pesar que en un mismo Estado podrían existir diferentes naciones, y que si todas fueran reconocidas se podría hablar de estados multinacionales, es decir donde culturas pequeñas conformen estados nacionales; no estados plurinacionales conformados por diferentes naciones, sino estados nacionales en los que sus diversos grupos nacionales deben desarrollar un sentido de pertenencia a una comunidad política más amplia y conformar un solo Estado. Como lo decía antes, para analizar estas conformaciones hay que diferenciar los grupos étnicos que deciden inmigrar abandonando su comunidad nacional con la intención de incorporarse a otra sociedad (Kymlicka, 1996:37), con una pretensión integracionista, diferente de lo que nos podemos encontrar en el reconocimiento de una forma de autogobierno particular y quienes se encontraban antes de la conformación de estos nuevos Estados.

Las premisas de la integración parten de una lógica utilizada tanto por Taylor como por Kymlicka, que es la del estado liberal y los derechos individuales; y no de los derechos colectivos, puesto que consideran que estos erosionan las libertades individuales. Sin embargo, Kymlicka propone como una forma de protección a los derechos colectivos, dentro del estado liberal y para lo mismo acude a los que denomina las restricciones internas y las protecciones externas a los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En el primer caso se refiere a las medidas o restricciones que puede tomar un grupo contra sus propios miembros y el segundo, se refiere a las reivindicaciones que haga el grupo frente a la sociedad en la que se encuentra inmerso (Kymlicka, 1996:58).

Es a partir de estas restricciones en lo interno y a las protecciones en lo externo, que Kymlicka busca desarrollar los derechos colectivos; su reflexión se centra en las relaciones intergrupales que estarían también reguladas por el Estado liberal. Porque, la fórmula natural a la que se acude para ejecutar las restricciones internas y buscar las protecciones externas es al Estado, puesto que cuando el grupo étnico trata de proteger su existencia o su identidad limitando el impacto de las decisiones de la sociedad en la que se encuentra inmerso acude a los mecanismos regulados por el Estado. Estas restricciones y protecciones no necesariamente se dan de manera simultánea, es decir, en algunas ocasiones cuando los grupos étnicos buscan protecciones externas para protegerse esto no conlleva a que necesariamente se impongan restricciones internas a sus propios miembros.

Dentro de las propuestas de las protecciones externas, que ayudan a un grupo a protegerse contra poderes políticos y económicos, propone: (i) los derechos especiales de representación dentro de las instituciones políticas del conjunto de la sociedad; (ii) Los derechos de autogobierno que se les conceden a unidades políticas más pequeñas, manteniendo capacidad de decisión en estas unidades sobre la educación, inmigración, desarrollo de recursos, lengua y derecho familiar; (iii) La protección de prácticas

religiosas y culturales específicas, que pueden recibir apoyo mediante programas que fomenten su cultura (lengua y arte) (Kymlicka, 1996:61). Algunos de estos se encuentran, en nuestra Constitución como lo he mencionado antes, con respecto al reconocimiento de la jurisdicción propia y las jurisdicciones electorales especiales.

En cuanto al avance del multiculturalismo, siempre se enfrento al temor a que las restricciones internas fueran *"llevadas al extremo"*, y que esto llevara a justificar que la autoridad de cada grupo étnico pueda imponer a cada uno de sus integrantes sus tradiciones legales, aunque estas se contrapongan con los derechos humanos básicos, que para el caso de la jurisdicción propia tiene límites desarrollados por la jurisprudencia como lo vimos al comienzo de este capítulo. Uno de los derechos más controvertidos, que tocaría con las protecciones externas es el derecho de los grupos étnicos sobre el territorio puesto que se reconoce que la base de la existencia de estos grupos esta ligada directamente con este y esto ha generado que una de las principales reivindicaciones de los pueblos indígenas haya sido su derecho a la propiedad y permanencia en sus territorios (Kymlicka, 1996:69).

También en la lógica del individualismo y la integración Charles Taylor desarrolla su texto sobre el multiculturalismo y la política del autoreconocimiento, en el que plantea que el multiculturalismo pasa por lo individual y lo colectivo, quizás uno de los aportes más interesantes de esta corriente sea el que parta del rasgo característico que tenemos como humanos: el ser dialógicos y a partir de esta condición tenemos la capacidad de comprendernos a nosotros mismos, e incluso de definir nuestra identidad (Taylor, 2009:62). Esta capacidad no se limita a lo individual sino que es relacional con los diferentes grupos que se encuentran dentro de la sociedad, entre los que estarían los grupos étnicos, y a la interacción con ellos la denominada como *"relaciones raciales"*. Estas relaciones deben estar abiertas entre estos grupos y toda la sociedad, puesto que si estos canales de comunicación no se abren, se constituiría en *"una forma de opresión"* (Taylor, 2009:68).

Taylor además se adentra en el concepto del autoreconocimiento, como parte integrante para ser considerado como un pueblo tribal, de acuerdo al Convenio 169 de 1989 (1); y consiste en pasar de lo universal de los derechos que todos tenemos, a lo particular, lo diferente dentro de la misma sociedad *"lo que pedimos es que se reconozca la identidad única de este individuo o de este grupo, el hecho de que es distinto de todos los demás"* (Taylor, 2009:71). Es importante reconocer a los grupos *"diferentes"* dentro de la sociedad con particularidades frente a otros. Teniendo en cuenta esta perspectiva no es un cuestionamiento de desarrollo de derechos colectivos, sino derechos individuales protegidos por el Estado.

Estas reflexiones frente a los derechos de los grupos étnicos dentro del Estado liberal, ha llevado incluso a pensar que se debe trascender de la lógica del autoreconocimiento y reconocimiento de los otros, en particular del Estado a la del multiculturalismo como derecho, es un planteamiento introducido por Borrero que busca trascender las relaciones humanas construidas a partir de la comunicación, puesto que una vez que con nuestra realidad vamos avanzando y transformando nuestras relaciones, esto evoluciona en un Estado Nacional que a su vez exige: *“La existencia del multiculturalismo en un Estado de derecho requiere que las distintas formas de vida no se asuman como fundamentalistas, pues una posición de tal índole negaría de suyo la misma coexistencia simultánea de distintas tradiciones”*(Borrero, 2002). Acude para esta propuesta a la tolerancia y a partir de allí, busca que el mismo Estado liberal sea el que reconozca el multiculturalismo como derecho.

Por tanto, el multiculturalismo como derecho debe ser concedido por el Estado Liberal y esto conlleva en algunos casos a que los derechos fundamentales que el Estado reconoce a todos los individuos nacidos en su territorio, deben ceder tanto en lo particular como en lo colectivo (interés general); frente a los derechos e intereses colectivos de pueblos indígenas y tribales, como una expresión de lo multicultural.

Se ha intentado una fundamentación para el multiculturalismo como derecho a partir del discurso de la tolerancia, partiendo siempre del debate liberal/universalista que orienta a la creación misma de los derechos y una idea más crítica o posmoderna, que intenta mostrarnos un nuevo modelo paradigmático emancipador, en donde las contradicciones que resultan de la implementación de derechos de esta índole no choquen tan protuberantemente frente a los postulados filosóficos sistémicos. Sin embargo, la referencia va ser lo universal y lo integrador, a partir de la perspectiva liberal.

Esta no es una propuesta pacífica, puesto los derechos de las minorías son realmente impuestos por las mayorías a partir de los parlamentos. Sin embargo, no podemos olvidar que *“Las reivindicaciones de los grupos minoritarios no siempre coinciden con las de la sociedad liberal, ni se debe esperar que así suceda”* (Borrero, 2002: 24); incluso puede llevarnos a pensar que este tipo de emergencia de derechos para grupos especiales, altere las premisas que tenemos sobre la ciudadanía con la aparición de derechos de colectivos especiales, que rebasan los étnicos como: los religiosos, políticos y sexuales, entre otros.

Con respecto a los otros derechos de los colectivos o grupos especiales se circunscriben en contextos representativos, pero diferentes a los conflictos religiosos, o incluso toman marcos de mayor influencia como los derechos sexuales que en mucho ya superan algunas discusiones del feminismo. Con todo, las luchas de estos colectivos especiales no son siempre las mismas, ni los grupos son homogéneos entre sí, puesto que las apuestas de algunos de ellos son integracionistas y de lograr los mismos beneficios que los demás dentro del Estado. Así como, hay quienes se plantean derechos como el autogobierno, que pasa no solo porque se ha denominado “autoridad propia” en desarrollo del principio de autonomía, sino incluso por el reconocimiento de Estados Pluriétnicos como sucede en Bolivia, en su nueva Constitución que en el artículo primero, dice: “Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos” y en el Ecuador, en el que también en su Constitución en el artículo primero dice: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”, estos textos constitucionales reconocen la plurinacionalidad la primera de 2009 y la segunda de 2008.

Estas experiencias son ilustrativas de cómo una de las herramientas principales en la lucha por los derechos son las constituciones, puesto estas representan acuerdos políticos de las sociedades y es en ellas en las que se otorgan los derechos a los ciudadanos “*La Constitución otorga vigencia a los derechos que los ciudadanos deben concederse recíprocamente si quieren regular de modo legítimo su vida en común con los medios del derecho positivo*”(Habermas, 2009:155); esta positivización es una herramienta para la vida en común, puesto que la mayoría de su supervivencia cultural, va más allá de los textos constitucionales.

De alguna manera de este recorrido entre el pluralismo y el multiculturalismo, se llega a un estado que además de ser social y de derecho, sería también en contextos como los nuestros Colombia, Ecuador y Bolivia, un “*Estado multicultural por antonomasia, porque es el camino a seguir cuando la promoción de la diversidad incide en lo transicional y afecta la relación constitución país*”, con la inclusión de los otros en los textos constitucionales estamos pasando del Estado social de derecho simplemente, a un estado social de derecho con aportes multiculturales, esta inclusión de diversidad en el lenguaje oficial del Estado ha tenido facetas diferenciadas en América Latina, entre estas el ejercicio constitucional en Colombia de 1991, seguido por otras constituciones ya mencionadas del Ecuador y Bolivia.

Pero la consagración constitucional, no significa que se hayan asimilado dentro de la sociedad los aportes multiculturales todavía se encuentran en transición, incluso en Colombia 20 años después de expedida la Constitución, puesto que no es un cambio fácil que solo se realice con un nuevo texto, requiere cambios profundos dentro de la sociedad. En nuestro caso la transición que hicimos desde una sola cultura, una sola raza de la Constitución de 1886 al reconocimiento de múltiples culturas en la Constitución de 1991, no ha terminado, puesto que: “1) que la misma diversidad étnica y cultural está en transición, 2) que el Estado se sirve de la diversidad para legitimarse y reproducir la hegemonía cultural sobre la diversidad, 3) el ‘terror a la historia’ que la modernidad produce en las personas, es decir, el miedo a superar la tensión sobre tradición y modernidad” (Zambrano, 2006: 60).

Seguramente como un balance constitucional para los colombianos, estén los profundos cambios que la Constitución de 1991 dejó en nuestra sociedad, que no han terminado, puesto que incluso se ha dicho que esta carta política ha constituido “*un dispositivo cultural que ayudó a impulsar en el país cambios culturales, además de los jurídicos y políticos de su naturaleza*” (Zambrano, 2006: 60), que seguramente trasciende los cambios jurídicos y avanza hacia los cambios sociales. A través de la Constitución no solamente emergió la diversidad cultural, sino también nuevos sujetos buscando el reconocimiento social y utilizando mecanismos constitucionales y legales para lograrlo, entre los que se encuentran los grupos étnicos, las mujeres, las personas con discapacidad y la comunidad LGBTI.

Por su puesto las luchas por lo multicultural incluyen hoy día sujetos que van más allá de los pueblos indígenas, en lo étnico se incluyen a los afrodescendientes y al pueblo room, en nuestro caso. Estas han sido acompañadas en el caso de los pueblos indígenas de una fuerza política importante que se ha hecho sentir no solamente en la participación de la construcción de esta nueva Constitución, sino en las incesantes luchas por el territorio, con marchas, y otras expresiones de participación. También los afrodescendientes han crecido en su participación por cuanto a partir de la reglamentación del artículo 55 transitorio de la carta, se han producido cambios de reconocimiento de territorios colectivos y participación política, han evolucionado en los últimos veinte años en un ritmo diferente puesto que solo hasta el 91 emergen como un sujeto político en nuestra realidad.

A pesar que los cambios que han hecho posible la emergencia de estos nuevos sujetos políticos ha sido dentro del Estado liberal, nuestra visión del multiculturalismo rebasa la lógica integracionista propuesta por Kymlicka y Taylor en búsqueda de la integración de los inmigrantes en un mundo globalizado a la propuesta de construcción de estados plurinacionales en América Latina.

Una vez asumido el multiculturalismo como parte de nuestro desarrollo como estado nacional, se presentan las relaciones que admiten el reconocimiento recíproco de las diferencias culturales, para sustituirlas, asimilarlas o transformarlas, como la base para los cambios culturales y la producción de identidades propias, colectivas y recíprocas, estos cambios que son conocidos como **interculturalidad**. Es importante recordar que estos cambios no se producen de manera pacífica sino que se corresponden a otro tipo de conflictos políticos, en nuestro caso entre los mismos grupos étnicos especialmente entre afros e indígenas por reconocimiento político o sobre el territorio, e incluso por espacios de participación.

2.3. Del poscolonialismo al decolonialismo y de este hacia la interculturalidad

Esta corriente de pensamiento, se relaciona con los estudios sobre colonialidad y poscolonialidad que se desarrollaron en América Latina y en los países que fueron colonias europeas muchos de ellos inspirados por la teoría marxista según la cual: *“El colonialismo es un efecto colateral de la expansión europea por el mundo y, en este sentido, forma parte de un tránsito necesario hacia el advenimiento mundial del comunismo”*; de esta manera, partiendo de la base que las sociedades latinoamericanas eran premodernas, puesto que lo que constituye realmente la modernidad desde la óptica marxista, es el capitalismo *“que se extiende desde Europa hacia el resto del mundo, de modo que para Marx el colonialismo parecía, más bien, como un efecto vinculado a la consolidación del mercado mundial”*(Castro, 2005:19), Por la concepción económica de las relaciones sociales del marxismo no se estudiaron los posibles efectos del colonialismo en la producción del conocimiento.

Los estudios realizados a partir de una concepción ampliada de lo económico, llevaron a pensar que esta dimensión colonial toca también la producción del conocimiento, es decir que tiene una dimensión epistémica. A partir estas nuevas reflexiones, en particular de las surgidas entre oriente y occidente (Castro, 2005:20), se comienza a dar sustento de cómo el conocimiento de oriente y por consiguiente el latinoamericano se convierte en algo no científico, sino asociado a lo *“exótico, lo misterioso, lo mágico, lo esotérico y lo originario”* y de esta manera se deslegitimo su coexistencia espacial con occidente (Castro, 2005:20), y esto nos llevo a ser conducidos a una sola manera de entender el mundo, la correcta desde la cientificidad europea.

Esta visión desarrollada en los pensadores de oriente y de América Latina ha tenido muchas críticas, entre otras de parte de los marxistas que consideran que el poscolonialismo ha llevado a la mistificación de la cultura, además de ser considerado por algunos como teorías de intelectuales del tercer mundo que buscan insertarse en el primer mundo (Castro, 2005:33).

Los debates centrales en América Latina han orbitado sobre el denominado discurso de la limpieza de sangre y la colonialidad del poder. En lo que tiene que ver con la limpieza de sangre, parten de el y de su hegemonía en el S XVI con la expansión comercial de España que coincide con el comienzo de la colonización europea, acompañada por el cristianismo frente a lo que Mignolo ha dicho sobre la división de las poblaciones, que: *“funcionó como una taxonomía étnica y religiosa”* (Castro, 2005:53) y por tanto dentro del imaginario de la blancura. Mientras que cuando se habla de la colonialidad del poder se hace referencia a la forma como fueron sometidas las poblaciones a partir de la llegada a America y como esto obedeció a una forma de dominación.

Esta forma de dominación no solamente iba de lo militar y económico a través de la utilización de la fuerza, sino también establecieron una relación de superioridad epistémica y de búsqueda de transformación en la que el conocimiento superior era el de los blancos españoles y una herramienta del mismo era la transformación del alma. Es decir, se debían adoptar como propios los sistemas de pensamiento y religiosos del colonizador y para lograrlo se quiso: *“cambiar radicalmente las estructuras cognitivas, afectivas y volitivas del dominado, es decir convertirlo en un ‘nuevo hombre’ hecho a imagen y semejanza del hombre occidental”* (Castro, 2005:58).

Continuo a estas reflexiones de la forma como se impuso en América el punto cero del conocimiento europeo y como a partir de este se quiso crear una nueva imagen de hombre, lo que posibilito el ejercicio del poder por parte de los colonizadores; y como estas relaciones no han cambiado entre centros (Europa) y periferias (tercer mundo), se han transformado a partir de nuevos conceptos como el de la industrialización y el desarrollo, que no se han detenido desde la denominada conquista y posterior colonización, incluso hoy toman otros nombres y hacen parte de la agenda internacional como el desarrollo sostenible, la biodiversidad, la conservación del ambiente, y la renovada importancia a los sistemas no occidentales de conocimiento, a partir de conceptos como el desarrollo del capital humano, en clave de conocimiento: *“la posibilidad de convertir el conocimiento humano en fuerza productiva, sustituyendo al trabajo físico y a las máquinas, se transforma en la clave del desarrollo sostenible”* (Castro, 2005:80).

De estos estudios poscoloniales, ha surgido una corriente de pensamiento denominada **decolonialismo** que se relaciona también con el ejercicio del pluralismo, pero que busca ir más allá del pluralismo jurídico, puesto que reflexionan acerca de cómo deconstruir la colonialidad institucional y mental. Como lo ha definido Mignolo: *“El giro decolonial es la apertura y la libertad del pensamiento y de formas de vida otras (economías-otras, teorías políticas-otras); la limpieza de la colonialidad del ser y del saber; el desprendimiento de la retórica de la modernidad y de su imaginario imperial articulado a la retórica de la democracia. El pensamiento decolonial tiene como razón de ser y objetivo la decolonialidad del poder (es decir, de la matriz colonial del poder)”* (Mignolo, 2007:29).

Parte de muchos de los conceptos trabajados en los estudios poscoloniales como de: *“la división internacional del trabajo entre centros y periferias, así como la jerarquización étnico-racial de las poblaciones, formada durante varios siglos de expansión colonial europea, que no se transformó significativamente con el fin del colonialismo y la formación de los Estados-Nación en la periferia. Asistimos, más bien, a una transición del colonialismo moderno a la colonialidad global, proceso que ciertamente ha transformado las formas de dominación desplegadas por la modernidad, pero no la estructura de las relaciones centro-periferia a escala mundial”* (Castro; Grosfoguel, 2007: 13). Abarca entonces, lo ocurrido con la europeización de nuestro continente, pero también con las transformaciones de estos discursos a través del tiempo.

Se plantean un enfoque diferente a partir del sistema-mundo con una crítica radical a las ideas desarrollistas, que postulan a los pueblos que son diferentes, que piensan diferente y que hablan de modelos de desarrollo diferentes al *“occidental”*, como inferiores. Esta crítica rebasa el modelo económico, y pasa también por la construcción del conocimiento y la superioridad otorgada a las ideas europeas, que han hecho que los conocimientos de los *“otros”* hayan sido considerados subalternos.

Esta corriente hace uso de conceptos como la interculturalidad, y la lleva más allá de la sola convivencia entre las culturas a la construcción de nuevas culturas y conocimientos: *“La interculturalidad señala y significa procesos de construcción de un conocimiento otro, de un práctica política otra, de un poder social (y estatal) otro y de una sociedad otra; una forma otra de pensamiento relacionada con y contra la modernidad/colonialidad, y un paradigma otro que es pensado a través de la praxis política”* (Walsh, 2007: Pág. 47). Incluso algunos movimientos sociales en América Latina se han planteado la interculturalidad como un principio ideológico y ha sido trabajado por organizaciones ecuatorianas y bolivianas que han hecho un esfuerzo por la construcción de una política diferente, y han logrado posicionar a los pueblos indígenas como actores sociales y políticos relevantes dentro del Estado, produciendo transformaciones que han tenido

espacio en las nuevas expresiones constitucionales. Sin embargo, estas formas de pensamiento tienen que enfrentar duras luchas en contra del colonialismo, no necesariamente el de la conquista y la ocupación, o porque sean una política de Estado, sino porque el mismo ha permeado toda la sociedad, se ha convertido en *“una gramática social muy vasta que atraviesa la sociabilidad, los espacios público y privado, la cultura, las mentalidades y las subjetividades. Es en resumen, un modo de vivir y convivir muchas veces compartido por quienes se benefician de él y por los que lo sufren”* (Santos, 2010:32).

Por su puesto, esta corriente ha tenido críticas también entre quienes se han propuesto bloquear la idea del colonialismo a partir de la negación del mismo, tomando como punto de partida las independencias y a partir de ellas también crear un punto cero, es decir desconociendo todo lo anterior; algunas de estas provienen del marxismo y buscan como objetivo político el anticapitalismo, se centran en la lucha de clases y no es relevante ni reconocida la lucha étnico-racial; y por el contrario valora el mestizaje, como una manifestación más del colonialismo (Santos, 2010:31).

En este apartado he tratado de mostrar como diferentes escuelas de pensamiento han contribuido al avance del reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos, pero también como muchos de los obstáculos que se encuentran van más allá de los desarrollos constitucionales y tocan con los sistemas jurídicos y de pensamiento que tienen lógicas coloniales que no permiten la emergencia de estos sujetos, con sus consecuentes derechos. Muchas de estas reflexiones han permeado los movimientos sociales en América latina, y esto ha posibilitado las transformaciones.

2.4. Las transformaciones

A partir de la inclusión en el debate internacional de los conceptos del multiculturalismo, los derechos para los pueblos indígenas y tribales se enmarco en el derecho de minorías. Sin embargo, parte de las transformaciones de los discursos y los alcances de los derechos que han realizado estos pueblos se han visto reflejados en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Pueblos Indígenas, que ya en su texto habla de *“pueblos”*; es decir supera el derecho de minorías. Se relaciona el término pueblo con el derecho a la autonomía y por tanto, comprende ciertas libertades como decidir sobre el autogobierno, su visión de desarrollo y su cultura.

Sin lugar a dudas esto es fruto de *“La estrategia de las organizaciones indígenas, por lo menos desde el decenio de 1970, ha sido el de rechazar que se les denominen poblaciones o minorías, y han insistido en que son pueblos y que, como tales, tienen derecho a la autodeterminación”* (Sánchez, 2011: 273). Estas transformaciones trascienden a la Declaración Universal, pasando a algunos de los procesos constitucionales en América Latina.

Por tanto, se debe reconocer que los cambios más interesantes y transformadores se están dando en América Latina *“el sur”*, y esta dinámica de cambio ha sido denominada por Boaventura una nueva epistemología *“los movimientos del subcontinente latinoamericano, más allá de los contextos, construyen sus luchas con base en conocimientos ancestrales, populares y espirituales que siempre fueron ajenos al cientificismo propio de la teoría crítica eurocéntrica. Por otro lado, sus concepciones ontológicas sobre el ser y la vida son muy distintas del presentismo y del individualismo occidentales. Los seres son comunidades de seres antes que individuos; en estas comunidades están presentes y vivos los antepasados, así como los animales y la Madre Tierra. Estamos ante cosmovisiones no occidentales que obligan a un trabajo de traducción intercultural, si se quiere entenderlas y valorarlas”* (Santos, 2010:37).

Estos cambios no son generalizados en toda América, sino en algunos países con mayor diversidad étnica y cultural en la región, no en los países denominados *“El Norte global”* en los países del sur, que esta además constituido por élites que se benefician del capitalismo y de la producción del colonialismo (Santos, 2010:49). Estas transformaciones se producen a partir de una comprensión amplia del mundo y de la certeza de la diversidad del mismo.

Estas nuevas realidades se reflejan en la emergencia de nuevas constituciones a través de la inclusión de algunas de las luchas de los movimientos sociales en ellas; las reivindicaciones de los campesinos, afrodescendientes e indígenas han obtenido algunos resultados tanto en los procesos de convocatorias para las constituyentes como dentro de los textos, algunas de ellas muy recientes como la Ecuatoriana y la Boliviana que aún no cuentan con una década de aplicación y desarrollo, lo que todavía dificulta su evaluación.

En estos dos procesos constitucionales, quizás lo que pueda ser analizado como el elemento de mayor transformación sea el pasar de Estados uninacionales a Estados plurinacionales, trascendiendo el concepto de diversidad étnica y cultural, y ligando la existencia de estos pueblos a la autonomía y la participación.

La introducción de estos cambios, en los casos de Bolivia y Ecuador se han dado a través de procesos constituyentes y como producto de estos los nuevos textos constitucionales, en lo que se ha denominado el constitucionalismo transformador que tiene un protagonismo importante en lo que se ha denominado por parte de Boaventura como la refundación del Estado y que se caracteriza por: *“la voluntad constituyente de las clases populares en las últimas décadas del subcontinente se manifiesta en una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo político más allá del horizonte liberal, mediante una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anticapitalistas y coloniales”* (Santos, 2010: 85).

Para poder evaluar si efectivamente nos encontramos ante la emergencia de constitucionalismo transformador que trascienda los procesos constituyentes y los textos constitucionales se requiere de tiempo de aplicación y desarrollo de los nuevos conceptos, sujetos e institucionalidad. En lo siguiente del texto haré una breve presentación de los procesos constituyentes ecuatoriano y boliviano, y sus principales cambios institucionales haciendo énfasis en los derechos de los pueblos indígenas y tribales, su participación y la consulta previa.

2.5. Proceso Ecuatoriano (2008)

En diciembre del año 2006, cuando Rafael Correa ganó la presidencia de la república era un hecho confirmado, la Confederación de Naciones Indígenas del Ecuador –CONAIE– decidió iniciar un proceso de debates internos con el fin de presentar sus propuestas para presentar a la Asamblea Constituyente anunciada (Ospina, 2011:205). Entre las propuestas estuvo la creación de un verdadero Estado plurinacional que debía comprender por lo menos:

“Primero, en la construcción de una verdadera interculturalidad que permita impregnar e intercambiar valores, prácticas, conocimientos, sabidurías, modos de ver el mundo, en un diálogo equitativo y sin imposiciones. Es un reconocimiento mutuo de la diversidad y la riqueza del país [...]. Segundo, una transformación sustancial del poder real del Estado y

la sociedad, del poder político, económico y cultural. Una democratización, un reconocimiento del control que la sociedad debe ejercer sobre los bienes y las políticas públicas. Esto significa la transformación de las principales instituciones del estado central para reconocer allí la diversidad política y cultural de la nación ecuatoriana. Se trata de modificar la estructura de los tres poderes tradicionales, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, para que ellos expresen verdaderamente la diversidad del país y acaten los mandatos de sus mandantes [...].Tercero, el reconocimiento de niveles importantes de autogobierno de los pueblos y nacionalidades indígenas. Autogobierno no significa aislarse o encerrarse, sino reconocer el derecho de los pueblos a sus propias formas de autoridad, a un control desde las bases, desde las comunidades locales que forman parte de la organización de los pueblos y nacionalidades [...].El Estado plurinacional es autogobierno territorial, autogobierno para el manejo y protección de los recursos naturales, y autogobierno de las instituciones locales que manejan asuntos de vital importancia como la educación y la salud (CONAIE, 2007: 4-5)” (Ospina, 2011:206).

Es así como en este proceso, el 29 de agosto de 2007 se convoca mediante referendun a una Asamblea Nacional Constituyente que fue instalada (Pesante, 2011:263). Este como otros procesos constitucionales estuvo precedido por la idea de que al cambiar la Constitución se cambiarían las principales dificultades de desigualdad y participación y entre los participantes estuvieron los pueblos indígenas, afroecuatorianos, campesinos y organizaciones sociales. Luego de realizado el proceso de la Asamblea Constituyente, se promulgo la Constitución el 19 de julio de 2008, con 444 artículos, entre los que destacan:

El preámbulo en el que se establece quienes conforman el Estado Ecuatoriano, *“herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, deciden construir un nuevo régimen”*. Se constituye como un *“Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”*¹⁰. Esta Constitución parte de su plurinacionalidad, que se organiza como una república unificada y dentro de la misma reconoce la existencia de pueblos indígenas y afroecuatorianos, establece una cláusula de no discriminación (artículo 11.2), tanto para los pueblos como para las diferencias políticas o condiciones especiales (migración, condición sexual, entre otros).

¹⁰ Artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

Estas consagraciones constitucionales para el caso de los pueblos indígenas y los afroecuatorianos son conquistas en la nueva Constitución. Puesto que temas como el racismo, las reparaciones, las acciones afirmativas, la participación política, los derechos colectivos, la consulta previa y las circunscripciones territoriales, son los puntos sobresalientes. En el caso del tema del territorio se incluye en los derechos de los pueblos y nacionalidades en los que se enumeran una serie de derechos colectivos, como (Antón, 2011: Pág.227):

- Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles.
- Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
- Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales que se hallen en sus tierras.
- La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente.
- Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.
- Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

Con respecto a la consulta previa, como mecanismo de participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades se desarrolla frente a dos situaciones: una como afectación al territorio y otra para medidas legislativas. En el artículo 57, se encuentra el derecho a la consulta previa, en los numerales 7 y 17, el primero se refiere a las afectaciones al territorio y el segundo a las medidas legislativas.

a. Sobre afectaciones al territorio:

“La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban

*realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley*¹¹.

Es decir en caso de no llegarse a un acuerdo, se decidirá conforme a la Constitución en la se consagra que los recursos naturales no renovables del territorio son del Estado y pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

b. Frente a medidas legislativas:

*“Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”*¹². Sin embargo, en ambos casos no establece la forma como se debe realizar este proceso, probablemente este sujeto a reglamentación. Adopta frente a los pueblos indígenas una protección especial para los pueblos en aislamiento voluntario: *“Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley”*¹³.

2.6. Proceso Boliviano (2009)

Este proceso fue liderado por el actual presidente Evo Morales, quien mediante Ley especial el 6 de marzo de 2007 convocó a una Asamblea Constituyente. Sin embargo este proceso comenzó realmente desde el año 2000 y continuó hasta el 2006, en el que el movimiento social tuvo un papel muy importante, incluso se realizó entre las organizaciones *“un pacto de unidad”*, que recogió el mandato de las organizaciones y un documento que fue presentado a los constituyentes: Este proceso no fue pacífico, puesto que los pueblos indígenas y las comunidades campesinas exigieron tener participación en el mismo, lo que significó la aparición de brotes de racismo y persecución a los constituyentes y sus propuestas. Finalmente en febrero de 2009 se promulgó la nueva Constitución con 411 artículos, de la que se destaca el reconocimiento del estado plurinacional en el que se garantiza la libre determinación para los pueblos indígenas

¹¹ Artículo 57.7 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹² Artículo 57.17 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹³ Artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador.

originarios, que consiste en: *“su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”*¹⁴. Se reconocen como idiomas oficiales el castellano y todos los que hablan los pueblos originarios, de la misma forma se establece que el gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar por lo menos dos de los idiomas oficiales.

La nueva Constitución Política del Estado aprobada en Bolivia en 2009 es la más avanzada en términos de la incorporación de la temática indígena en toda su estructura y trae además una importante innovación, que es la figura de autonomía de las *“naciones y pueblos indígena originario campesinas”*. Esta es clave para comprender la nueva visión del Estado Plurinacional que debe entenderse como un único concepto (Albó, 2011:355).

Cuando se define el sistema de gobierno, se adopta la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. La democracia será ejercida de manera directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y **la consulta previa**¹⁵. Esta democracia tendrá además carácter deliberativo y comunitario. Por su puesto el texto constitucional es enunciativo y deja esta parte a ser desarrollada por la ley.

Existe un capítulo dentro del texto constitucional referido a los derechos de las naciones indígenas originarias campesinas que están conformadas por *“toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”*; para estas colectividades junto con los pueblos afroecuatorianos se definen un conjunto de derechos, entre los que se destaca la consulta previa, así: *“A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”*¹⁶.

Se extiende la consulta a todos los bolivianos y bolivianas, cuando en el artículo 343 dice: *“La población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser*

¹⁴ Artículo 2, Constitución de Bolivia.

¹⁵ Artículo 11, Constitución de Bolivia.

¹⁶ Artículo 30.5 y 32 de la Constitución de Bolivia. “Artículo 32.: El pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

consultado e informado previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente”; y en el artículo 352, en el que: “La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios”.

Sin lugar a dudas, en ambos casos tanto en el Ecuatoriano como en el Boliviano, el reto de estos cambios constitucionales e institucionales, van a estar en su desarrollo y aplicación. Sin embargo, ya representan un paradigma en los Estados de América puesto que sobre pasaron las propuestas de la Constitución colombiana de 1991 en el que se hace un reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, al establecimiento de estados plurinacionales.

2.7. De la participación hacia la democracia deliberativa

La participación de los pueblos indígenas y afrodescendientes es imprescindible para que puedan promover y defender sus derechos autonómicos en los distintos organismos (legislativos, administrativos, judiciales y gubernamentales); para lograr que esta participación sea efectiva se deben reorganizar las instituciones del Estado (Sánchez, 2011:268), y también se deben incluir las propuestas de estos pueblos como parte integrante de nuestro proceso de participación y deliberación.

Estos recorridos históricos, legales y constitucionales nos llevan a ubicarnos dentro de nuestro ordenamiento y a revisar como nos hemos reconocido como una república descentralizada, democrática, participativa y pluralista (Constitución Política, artículo 1), en el que la diversidad étnica y cultural está protegida (Constitución Política, artículo 7); en nuestra organización estatal además se establecen dentro de las jurisdicciones especiales, las que pueden ejercer las autoridades indígenas dentro de sus territorios siempre que las mismas no contradigan la Constitución y la ley (Constitución Política, artículo 246); las condiciones y alcances del autogobierno, para lo cual deben ceñirse a la Constitución y la ley, además de tener participación en caso de explotación de recursos naturales (Constitución Política, artículo 330).

Esto tiene hoy un alcance mayor debido a la incorporación en el ordenamiento interno de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, en este caso de pueblos indígenas y tribales prevalecen en el orden interno (Constitución Política, artículo 93) como en Convenio 169 de 1989 y la Declaración Universal para los Pueblos Indígenas, además de los avances en la jurisprudencia nacional e internacional de los que se abordarán en el siguiente capítulo.

Pero es importante tener en cuenta este marco para poder plantear la consulta previa para pueblos indígenas y tribales como un mecanismo de participación calificado, que debe ser desarrollado como lo ha establecido la Corte Constitucional en varias sentencias como consentimiento: previo, libre e informado, sobre materias que superan los meros temas territoriales y pasan por elecciones frente al desarrollo y pueden llevar incluso a la extinción de estos pueblos, por riesgos producidos por factores económicos, sociales y el conflicto armado interno (Corte Constitucional, Auto 04 de 2009, T025 de 2004) para el caso de los pueblos indígenas y el caso de los pueblos afrodescendientes las crecientes condiciones de marginalidad (Corte Constitucional, Auto 05 de 2009, T025 de 2004).

Evidentemente el campo de la participación fue ampliado desde la Constitución de 1886, no solo en lo atinente a la organización electoral sino a la aplicación de:

“los mecanismos existentes antes de la expedición de la Carta de 1991. El artículo 40 consagra el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, no sólo mediante la facultad de elegir y ser elegido sino también a través del ejercicio de mecanismos de participación directa, votaciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, iniciativas legislativas y revocatoria del mandato. Por otra parte, se asegura la participación de partidos y movimientos minoritarios en las mesas directivas de los cuerpos colegiados y se permite la participación de los partidos o movimientos políticos que no hacen parte del gobierno en los organismos electorales. La Carta Política también establece el voto programático y adiciona los mecanismos de participación en el proceso de reforma constitucional, permitiendo que grupos representativos de ciudadanos presenten proyectos de actos legislativos o soliciten se sometan a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso en materia de derechos y garantías fundamentales o de procedimientos de participación popular” (Corte Constitucional, C-089 de 1994).

De alguna manera se amplió el espectro de la participación y se ganó en la participación en la vida política de los grupos étnicos lo que para Kymlicka, es: *“La equidad en el*

procedimiento de toma de decisiones implica, entre otras cosas, escuchar y tener en cuenta los intereses y las perspectivas de la minoría. Y para lograr este objetivo son de capital importancia los derechos políticos clásicos que proporcionan los derechos comunes de la ciudadanía” (Kymlicka, 1996:183); es si se quiere parte de lo que se ganó con la Constitución de 1991, estos derechos incluso trascendieron la representación política en los órganos deliberativos es decir en el Congreso y en el Senado de la República.

Esta participación política en el nuevo escenario de la Constitución política, que es incluyente desde el texto constitucional, pero que ha representado realmente muchas luchas de los pueblos indígenas y afrodescendientes que han producido cambios en nuestra percepción de nación, haciéndola más incluyente, pero también enfrentando los intereses de estos pueblos con los intereses de otros grupos nacionales.

Esto nos lleva a ver como estas primeras luchas por el reconocimiento, nos ponen ahora en otros escenarios una vez superados los anteriores, ahora es que estos derechos positivizados en la Constitución y desarrollados en otras normas se conviertan en una realidad, especialmente los derechos frente al territorio y el desarrollo a partir del ejercicio de la participación. Estas demandas también se han sistematizado como las demandas históricas de la diversidad cultural entre las que se encuentran: el territorio, la autonomía, la jurisdicción, la identidad y la organización social.

Esta visión liberal del Estado y la participación dentro del mismo ha sido superada por los movimientos sociales, campesinos e indígenas en el Ecuador y en Bolivia, que como lo decía arriba luego de procesos de movilización y diálogo lograron la discusión y el establecimiento de nuevas cartas constitucionales. En estos procesos *“los pueblos ancestrales asumieron el reto de generar nuevas dinámicas de diálogo y participación, pasando de una representación democrática- pasiva a una participación dinámica. Activa. Ya no se trata solo de delegar una representación sino de tener una participación directa de los pueblos indígenas y los movimientos sociales, de las circunscripciones y de las regiones; donde el delegado lleve y refleje la voz de quienes lo eligieron, asumiendo la responsabilidad generacional de la conciencia de vida en el horizonte del vivir bien”* (Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2010:21 y 22). Por esto es importante, a mi modo de ver superar la simple participación hacia la construcción de mecanismos de democracia deliberativa que permitan el dialogo social en el que se pueda inscribir una propuesta de reglamentación para la consulta previa.

Las características de este tipo de democracia y deliberación ha sido trabajado entre otros, por Gargarella quien nos dice, sobre la misma que: *“En la idea de democracia*

deliberativa se adopta una postura normativa contraria a la del elitismo. Según el principio que aquí se asume, es valioso y deseable que la ciudadanía delibere, a los fines de decidir adecuadamente los rumbos principales de la política. En este caso, la intervención permanente de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones es vista como una condición necesaria del sistema democrático. Al apoyar la deliberación pública como método, los defensores de la democracia deliberativa se oponen no sólo a versiones elitistas o pluralistas de la democracia, sino también a versiones “populistas” de ésta. (...) Por ejemplo, podría decirse que una primera virtud de la deliberación es la de que puede contribuir a descubrir errores lógicos y fácticos en el razonamiento de aquellos que están tomando parte de la discusión. La deliberación puede ser importante no sólo por su función “negativa” de prevenir errores, sino también por sus efectos “positivos” en la provisión de información, contribuyendo así a expandir el panorama de las alternativas entre las cuales optar. Para los defensores de la democracia deliberativa, en definitiva, la política debe consistir fundamentalmente en discusión pública. En la promoción y ordenamiento de tal debate, el actual sistema representativo puede jugar un rol saliente” (Gargarella, 2011).

Lo cierto, es que los colombianos que no estamos ajenos de lo que está sucediendo en el mundo y en especial en América Latina, debemos establecer un procedimiento inclusivo, dialógico e intercultural para poder reglar la consulta previa para pueblos indígenas y tribales. Debemos acudir a esta permanente comunicación intercultural, a establecer mecanismos de diálogo social que hagan posible escuchar y tener en cuenta la voz del otro, pasando por dar valor a estas otras formas organizativas y de participación.

La deliberación que está presente en los procesos constitucionales ecuatoriano y boliviano, se constituyen en una forma tangible de hablar de democracia deliberativa en la que se ha tenido una posición contraria al elitismo, puesto que rechaza la idea de que alguna persona o personas se encuentren especialmente capacitadas para decidir en nombre de los demás y establece un valor para la deliberación dentro de la sociedad. Aquí es importante destacar la necesidad de generar esta deliberación a partir del diálogo intercultural, para poder tener una reglamentación de consulta que sea suficientemente inclusiva de mecanismos propios de normas, sistemas jurídicos, económicos y de disposición de los territorios.

3.Consideraciones para la propuesta de reglamentación sobre consulta previa para pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes, negras, raizales y palenqueras)

En este capítulo pretendo concretar las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta en la reglamentación del derecho fundamental a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales, estos últimos entendidos como las comunidades afrodescendientes sean estas raizales, negras o palenqueras, y para lo mismo me refiero de manera particular, a la naturaleza de la reglamentación de la consulta previa; la obligación de desarrollar el deber de protección y garantía por parte del Estado; el enfoque de la reglamentación; la necesidad del reconocimiento de las formas del derecho propio; la necesidad de un recurso; los principios a tener en cuenta; el deber de compensación; las instituciones a las que involucra; los ajustes institucionales que son necesarios: necesidad de coordinación entre las instituciones y los pueblos involucrados y el papel del Ministerio Público.

3.1. Naturaleza de la reglamentación de la consulta previa

Cuando hablamos del derecho a la consulta previa, estamos hablando de un derecho fundamental reconocido a un colectivo *“pueblo”* ó *“comunidad étnica”* como lo ha dicho la Corte Constitucional en múltiples sentencias al respecto. Es decir, es del tipo de reglamentación que se rige por las normas constitucionales de las leyes estatutarias (artículo 152.a) que tienen un trámite especial con respecto a las otras leyes, no solamente por la materia de la que se trata sino por su trámite en el congreso, puesto que un proyecto de ley de esta naturaleza requiere la mayoría absoluta de los miembros del congreso, que esta se efectúe en una sola legislatura y la revisión previa de la Corte Constitucional.

Ha dicho la Corte Constitucional de manera reiterada que la diferencia entre las leyes orgánicas y las estatutarias frente a las ordinarias radica en el proceso de elaboración que debe seguirse, esto refleja una mayor rigidez respecto de las leyes ordinarias.

Además, tanto leyes estatutarias, como leyes orgánicas se ocupan de materias a ellas reservadas, las cuales determinan exclusividad en la posibilidad de regulación, dando como resultado la imposibilidad que dichas materias sean reguladas por una disposición o precepto de naturaleza diferente al establecido en la Constitución. Una forma análoga de ver el mismo asunto sería que el constituyente, dentro del contexto de la competencia normativa general que tiene el legislador, determinó que ciertas materias fueran reguladas por medio de un procedimiento especial, que implica mayor consenso y, en algunos casos, seguridad acerca de su adecuación con la Constitución antes de entrar en vigencia (Corte Constitucional: SU938/10).

De manera concreta, en cuanto a la exigencia contenida en el literal a) del artículo 152 superior, conforme a la cual deben tramitarse como estatutarias aquellas leyes que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los procedimientos y recursos para su protección, esta Corporación ha adoptado criterios restrictivos de interpretación de dicha obligación. Entre estos criterios restrictivos está en primer lugar aquel conforme al cual sólo cuando la ley en cuestión afecte el núcleo esencial de dichos derechos y deberes superiores, debe el Congreso de la República acudir al procedimiento agravado previsto en el artículo 153 constitucional. Un segundo criterio restrictivo de interpretación del artículo 152 constitucional ha consistido en señalar que la exigencia de ley estatutaria sólo se aplica a la regulación “integral” o completa que se haga de las materias mencionadas en dicha norma superior. También en relación concreta con la regulación de los derechos fundamentales, un tercer criterio de interpretación restringida del literal a) del artículo 152 de la Constitución ha consistido en decir que sólo se sujetan al trámite estatutario aquellas iniciativas cuyo objeto directo sea desarrollar el régimen de los derechos fundamentales o de alguno de ellos en particular. Así las cosas, si la reserva de ley estatutaria opera solo para aquellas leyes cuyo objeto directo es desarrollar la regulación de los derechos fundamentales, en sentido contrario debe entenderse que “si el objeto de la ley es regular materias relacionadas con un derecho fundamental, pero no el derecho fundamental en sí mismo, el trámite de ley estatutaria no es requerido”.

Por último, el cuarto criterio de interpretación restringida al que ha acudido la Corte para interpretar el artículo 152 de la Constitución ha sido el referente a que:

“solamente se requiere de este trámite especial cuando la ley regula “de manera integral un mecanismo de protección de derechos fundamentales”, siempre que se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental.

3.2. Obligación de desarrollar el deber de protección y garantía por parte del Estado

Este deber conlleva una obligación correlativa de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales y para lo mismo garantizar y proteger a los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes); en cumplimiento de estas obligaciones los

estados deben adecuar sus legislaciones internas y además tener los funcionarios suficientes y formados que permitan el desarrollo de este deber, en particular el de consulta previa y de garantizar su participación en las decisiones que los afectan; tiene el Estado la obligación de garantizar los derechos de los grupos étnicos, en caso de ataques en contra de estos, se deben realizar las investigaciones correspondientes por órganos competentes y en las mismas tendrán que desarrollarse con *la debida diligencia*, es decir estas deben llevar a sancionar a quienes cometan estos actos y en particular que vulneren el derecho a la consulta previa. De la misma forma, para hacer posible esta protección los Estados pueden desarrollar programas especiales que garanticen el derecho a la participación, el consentimiento y el deber de consulta.

3.3. Enfoque de la reglamentación

El enfoque para mí es de la interculturalidad y no de la integración planteado por Kymlicka y por Taylor; puesto que para el primero existen varias fuentes de diversidad cultural, de las que destaco la coexistencia dentro de un Estado de más de una nación, convirtiéndose en un Estado multinacional, donde las culturas más pequeñas conforman minorías nacionales para el caso de los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes); y en nuestro caso podría aplicarse también en el denominado pluralismo cultural de la inmigración para el pueblo Room que no es objeto de estudio en esta propuesta.

Porque bien lo advierte Kymlicka *“La historia de ignorar las minorías nacionales en el Nuevo Mundo esta inextricablemente ligada con las creencias europeas acerca de la inferioridad de los pueblos indígenas que habitaban el territorio antes de la colonización europea (...) el derecho internacional tradicional no consideraba a las poblaciones indígenas sujetos de derecho internacional, por lo que los tratados firmados por ellas no se consideraban tratados conformes al derecho internacional, sino actos unilaterales vinculados a las leyes internas de cada país. Estas actitudes racistas se están desvaneciendo lentamente, aunque a menudo han sido sustituidas no por la aceptación de los pueblos indígenas como naciones distintas, sino por el supuesto de que son minorías raciales o grupos étnicos desfavorecidos cuyo progreso exige integrarlo en el grueso de la sociedad”* (Kymlicka: 1996: 40).

De la misma forma, como el segundo autor Taylor, centra todo su argumento en el reconocimiento de la sociedad hacia los otros, de la imagen que se construye y como esto permite el relacionamiento social, con argumentos que realmente se limitan a la imagen que se haga quien este ejerciendo la dominación de quienes emergen en un tiempo determinado (grupos étnicos, mujeres, etc); esta sigue siendo una concepción de asimilación puesto que la diferencia solamente tiene cabida en la reconstrucción de una imagen del que es diferente y trasciende a la coexistencia de la diferencia y por tanto al diálogo intercultural.

Probablemente encontremos una forma de reconceptualizar el papel del derecho a la participación a través de la consulta previa para los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes), dentro del concepto de Estado liberal que tenemos; esta reconceptualización se hace a partir del texto constitucional, la jurisprudencia nacional e internacional, los tratados internacionales y los pronunciamientos de órganos especializados. Sin lugar a dudas, quien más ha abierto el espacio de diálogo social

frente a los derechos de los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes) ha sido la Corte Constitucional, a través de diferentes pronunciamientos sobre la materia e incluso a partir del seguimiento que ha realizado a la Sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional para el desplazamiento forzado la T 025/04, en cuyo seguimiento se ha referido la Corte a estos pueblos, en un ejercicio que podría denominarse como constitucionalismo transformador, que ha sido definido entre otros por Boaventura. Con respecto a los planteamientos de este autor, efectivamente los pronunciamientos de la Corte Constitucional han abierto espacios a quienes los tenían relegados, ha provocado cambios institucionales (en especial en el tema del desplazamiento forzado), y ha contribuido al reconocimiento de las nuevas subjetividades que para el caso que me ocupa son colectivas. Sin embargo, no se ha dado el paso hacia una territorialidad nueva y hacia un régimen político nuevo.

Por tanto, es necesario abrir un verdadero dialogo intercultural y plantear una nueva perspectiva de participación, no con la pretensión del establecimiento un estado plural como en los casos de Bolivia y Ecuador, puesto que una opción como esta nos llevaría a una asamblea nacional constituyente, y no a una reglamentación de un derecho fundamental como es la pretensión del presente escrito. Creo que para plantear esta reglamentación tenemos que acudir a un verdadero reconocimiento de nuestra multiculturalidad y como consecuencia de ello ser capaces de abrir el diálogo intercultural que supere las formas y nos lleve al fondo, que tenga en cuenta la inter relación de este derecho con otros que tienen que ver con las formas diferentes de ver el territorio y de relacionarse con él como lo ha definido la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI), *“Buen Vivir, Vivir bien”*, que consiste en: *“vivir bien es la vida en plenitud. Saber vivir en armonía y equilibrio; en armonía con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos, de la vida y de la historia, y en equilibrio con toda forma de existencia en permanente respeto”* (CAOI: 2010: 49).

Esta definición se relaciona con lo que ha dicho la Corte Constitucional con respecto a la diversidad cultural: *“De otra parte, la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías”* (T 129/11: Corte Constitucional).

Como lo he dicho antes, el derecho a la consulta de los grupos étnicos debe verse como un desarrollo del derecho a la participación de estos pueblos, para que su opinión sea tomada en cuenta cuando se trate de asuntos que puedan afectarlos en la que además se deberá buscar por parte del Estado el consentimiento previo, libre e informado. Es necesario que la reglamentación se ocupe incluso de la participación de algunos beneficios económicos en los casos que aplique estos deben pensarse siempre como una alternativa subsidiaria puesto que lo mejor es que no se permitan obras o proyectos de alto impacto sobre los territorios de los pueblos indígenas y tribales, pues esto va en contra de su supervivencia.

Esta participación podría llamarse calificada, puesto que es de aquellas que trasciende la participación política pues a través de la aplicación de este mecanismo de consulta se garantiza la integridad étnica, social, territorial, económica y cultural de los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes) y como consecuencia de esto contribuye, incluso

a la supervivencia de estos pueblos. Esta lectura debe hacerse de manera conjunta con lo dispuesto por el Convenio 169 de 1989, del que hay que hacer una lectura sistémica y revisar la forma como ha de aplicarse el mecanismo para que permita reconocer los valores, prácticas sociales, culturales, espirituales de estos pueblos, se deberá además respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones.

Así también este instrumento nos da algunas pautas de cómo debe realizarse la consulta y lo primero es que este debe ser previa, es decir, antes que se aprueben las medida administrativa o legislativa susceptible de afectarlos. Se deben además establecer los medios adecuados a través de los cuales puedan participar libremente, los medios para el pleno desarrollo de sus instituciones e iniciativas; además las consultas deben llevarse a cabo de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento (Convenio 169/89, artículo 6) como lo vimos en el capítulo sobre la evolución a nivel nacional e internacional, ahora incluso hablamos de lograr el consentimiento, previo, libre e informado.

Pero además es un derecho que como lo decía antes involucra otros derechos como el derecho al desarrollo, a la participación en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles directamente; pero además los gobiernos deben velar porque siempre que se lleven a cabo iniciativas de desarrollo que puedan afectar estos pueblos se realicen estudios de impacto social y ambiental en cooperación con los pueblos interesados que permitan evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo puedan tener sobre estos pueblos y los resultados de estos estudios deben ser considerados como criterios fundamentales para el desarrollo de estas actividades; además deben tomarse medidas para proteger y preservar el medio ambiente que habitan.

En relación con otros derechos diferentes al territorio, entre los que se encuentran la salud y la educación, que además de la protección internacional tienen reflejo constitucional, para el caso de la educación (artículo 68 de la C.P.) puesto que se consagra que los integrantes de grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. Es decir, la consulta debe llevarse a cabo en todos los asuntos administrativos, legislativos, que involucren el territorio, el desarrollo, la educación y la salud, entre otros.

En lo que respecta a los asuntos administrativos que pueden afectarlos se encuentran los asuntos ambientales, entre estos: los proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables; licencias ambientales para la realización de proyectos, obras o actividades; permisos ambientales para la utilización de recursos naturales; adopción de planes especiales de manejo ambiental; procesos de investigación científica; acceso a recursos genéticos y cualquier decisión de carácter ambiental que pueda afectarlos (Rodríguez, 2010: 42-43).

Aun cuando los derechos de minerales o los recursos del subsuelo sean del Estado, este debe mantener procedimientos para consultar a las comunidades con el fin de determinar si los intereses de los grupos étnicos resultan afectados y en que medida antes de emprender acciones de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (Rodríguez, 2010: 20-21).

3.4. Necesidad del reconocimiento de las formas de derecho propio

No hay que olvidar que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados debe tenerse en cuenta sus costumbres o su derecho consuetudinario; estos pueblos tienen derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que estas no sean contrarias a los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es decir, estas formas de derecho propio y en particular como mecanismos de deliberación para la toma de decisiones deben ser tenidas en cuenta en el momento de reglamentar la consulta previa.

Se deben tener en cuenta además las formas de representación de estos pueblos, es decir, las mismas no pueden ser impuestas vía reglamentación, como el caso de las Comisiones Consultivas en el caso de los afrodescendientes y la Mesa Permanente de Concertación entre los pueblos indígenas, para las decisiones administrativas y legislativas en nuestro caso. Estas formas de representación deben estar autorizadas para la toma de decisiones por parte de los pueblos que van a ser afectados. Lo que implica la relación constante y fluida de estos pueblos con las organizaciones representativas que a su vez estén conectadas con sus organizaciones y sus gobiernos, esta es una forma de desarrollo de la autonomía de los grupos étnicos, lo que conlleva necesariamente al respeto a sus formas de gobierno y a sus formas internas en las tomas de decisiones, es aquí en donde realmente se debe poner en práctica la interculturalidad y esta debe estar desarrollada no solamente con el respeto a las formas propias, sino también con las formas culturales, el idioma y las creencias religiosas, elementos estos que seguramente influirán en la participación de estos pueblos en los procesos de consulta previa.

Para la consulta sobre temas administrativos, ambientales en los que tenga afectación el territorio debe haber una comunicación constante con las organizaciones dentro de estas comunidades, como los Cabildos, las Asociaciones de Cabildos para el caso de los pueblos indígenas y los Consejos Comunitarios y la Junta de Consejos Comunitarios para los afrodescendientes.

3.5. Necesidad de un Recurso

De la misma forma, se deben prever un recurso para cuando el grupo étnico considere que su derecho a la consulta previa ha sido vulnerado y debe ser un mecanismo diferente a la acción de tutela, en cabeza de la entidad encargada aplicar los procedimientos de consulta, es decir un mecanismo administrativo y no judicial. Por supuesto, esto no debe implicar que en caso de ser vulnerado un derecho fundamental no se pueda acudir a la acción de tutela.

3.6. Principios que se deben tener en cuenta

Además de regirse por la buena fe (artículo 83), debe ser previa, llevarse a cabo con los pueblos afectados directamente a través de sus organizaciones representativas, sus formas propias de gobierno y esto debe estar en relación con la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios ratificados por el Congreso que reconocen los

derechos humanos prohíben su limitación en estados de excepción, además que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con estos tratados. Esto además teniendo en cuenta los deberes y obligaciones de los colombianos en particular, el artículo 95.8 la obligación de proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

Se debe tener en cuenta el artículo 63 de la Constitución Política, que determina que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

3.7. Deber de compensación

Existe por parte del Estado el deber de compensar a los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes), en caso que los planes, proyectos y programas se lleven a cabo dentro de sus territorios e incluso estos pueblos tienen derecho a participar de los beneficios de estos proyectos y los estados tienen la obligación de concertar con los pueblos quienes recibirán este tipo de beneficios, estos beneficios no deben confundirse en cualquier casos con la obligación por parte del Estado de prestar servicios sociales a sus nacionales, es decir no los debe confundir con la prestación de los servicios de educación, salud, etc.

3.8. Las instituciones a las que involucra

De acuerdo a la reglamentación la responsabilidad principal de la consulta previa recae en el Ministerio del Interior, quien es el encargado de realizar la coordinación institucional, pero también si la consulta trata temas ambientales la responsabilidad recae en el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible e incluso en las autoridades ambientales. Por lo que se nota una dispersión institucional con respecto a quien debe hacerse cargo de la consulta previa, puesto que a pesar de los últimos cambios institucionales en los que se han creado direcciones especiales dentro del Ministerio del Interior, esto no garantiza necesariamente el acompañamiento de este Ministerio a todas las consultas que se realicen y este es necesario; sin olvidar la obligación para el Ministerio Público de ejercer vigilancia sobre estos procesos.

3.8.1. Estructura actual del Ministerio del Interior en consulta previa

Sobre este Ministerio ha caído históricamente la responsabilidad sobre la consulta previa, lo que no significa que siempre haya tenido capacidad institucional para hacerlo, es decir contar con los recursos humanos y financieros para poder emprender las consultas a nivel nacional, desde 2005 viene en un proceso de adecuación institucional que ha traído como consecuencia la creación primero de una dirección especial para etnias y en el 2011, la creación de tres nuevas Direcciones entre las que se encuentran las de indígenas, room y minorías; la comunidades negras, raizales y palenqueras, lo que demuestra un interés del Gobierno nacional por fortalecer su accionar frente a los procesos de consulta previa, probablemente haciéndolo coincidir con su agenda de la locomotora minera.

Mediante el Decreto 4331 de 2005, por medio del cual se modificó la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia, se creó la Dirección de étnias con la finalidad de apoyar al gobierno en la formulación de políticas orientadas al reconocimiento y protección de la identidad cultural; adelantar y divulgar estudios sobre la materia; promover la resolución de conflictos que se den sobre la tierra y el territorio; coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta con los grupos étnicos sobre los proyectos que puedan afectarlos de conformidad con la ley; llevar e registro de las autoridades indígenas, los consejos comunitarios y organizaciones de base de las comunidades negras; apoyar al gobierno y a las entidades privadas en los programas de capacitación; coordinar las acciones con las distintas entidades públicas, privadas y extranjeras, en desarrollo de programas indigenistas y prestar apoyo a desarrollo autogestionario; promover acciones para que los grupos étnicos sean atendidos debidamente por los programas de acción del gobierno nacional; impulsar mecanismos para la implementación de los asuntos étnicos en los procesos de descentralización y atención en el ámbito regional y local. Esta dirección a su vez se divide en subdirecciones la de Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales; subdirección de Asuntos Indígenas; que están encargadas de desarrollar tanto para los afrodescendientes como para los indígenas de planear, ejecutar y coordinar las acciones y políticas dirigidas a esta población.

El decreto ley 2893 de 2011, por medio del cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior; a este Ministerio le quedaron como objetivo dentro del marco de sus competencias y de la ley formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario, integración de la Nación con las entidades territoriales, seguridad y convivencia ciudadana, **asuntos étnicos**, población LGBTI, población vulnerable, democracia, participación ciudadana, acción comunal, la libertad de cultos y el derecho individual a profesar una religión o credo, **consulta previa**, los derechos de autor y derechos conexos.

Este objetivo lo desarrolla a través de sus funciones, entre las que se encuentran: Diseñar e implementar de conformidad con la ley las políticas públicas de protección, promoción, respeto y garantía de los Derechos Humanos, en coordinación con las demás entidades del Estado competentes, así como la prevención a las violaciones de estos y la observancia al Derecho Internacional Humanitario, con un enfoque integral, diferencial y social; Formular y hacer seguimiento a la política de los grupos étnicos para la materialización de sus derechos, con un enfoque integral, diferencial y social, en coordinación con las demás entidades competentes del Estado.

Para realizar las funciones de estas labores, crea tres direcciones: la de asuntos indígenas, room y minorías; la de asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y la de consulta previa.

Entre las funciones de las dos primeras direcciones, se encuentran: asesorar, elaborar y proponer la formulación de la política pública; diseñar programas de asistencia técnica y social; coordinar interinstitucionalmente el diálogo político con los pueblos indígenas, room, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; promover la participación de las organizaciones y autoridades que los representen; propender por la conservación de las costumbres y la preservación del conocimiento tradicional en coordinación con las entidades y organismos competentes; apoyar los procesos de consulta que se desarrollen en terreno para proyectos de desarrollo que afecten a las comunidades; Coordinar y realizar los procesos de consulta previa para la presentación de iniciativas legislativas y administrativas del nivel nacional, de conformidad con los lineamientos acordados para el efecto; llevar el registro de los censos de comunidades indígenas; los resguardos y las comunidades reconocidas, las autoridades tradicionales, las asociaciones, los consejos comunitarios, las organizaciones de base, representantes de las comunidades negras, raizales y palenqueras; promover la resolución de conflictos de conformidad con los usos y costumbres; promover acciones con enfoque diferencial; promover en coordinación con el Sistema Nacional Ambiental la formulación de agendas ambientales conjuntas; proponer proyectos de ley o actos legislativos.

La Dirección de consulta previa, tiene entre sus funciones: 1. Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley; 2. Asesorar y dirigir, así como coordinar con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías y asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad; 3. Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la materia; 4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera; 5. Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos; 6. Verificar, antes del inicio de cualquier proceso de Consulta Previa, con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías, y de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, los registros actualizados de la representación legal de las autoridades de los grupos étnicos y conformación legítima de los espacios de concertación propios de cada uno de ellos; 7. Consolidar y actualizar la información del Ministerio del Interior sobre los procesos de consulta y los trámites de verificación, así como promover el conocimiento y difusión de los mismos y de su marco jurídico, por los medios que determine el Ministerio; 8. Hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en desarrollo de los procesos de consulta previa coordinados por esta Dirección y hacer las recomendaciones respectivas; 9. Elaborar estrategias de corto y largo plazo para el manejo de crisis sociales en el entorno de las comunidades y minorías étnicas en las que se desarrollan las consultas previas, en coordinación con las demás dependencias o entidades competentes; 10. Proponer proyectos de ley, de actos o reformas legislativas,

así como efectuar el análisis normativo y jurisprudencial en coordinación con la Dirección de Asuntos Legislativos en materia de su competencia.

3.8.2. Dispersión de competencias

En la actualidad, frente a la consulta previa existen dispersión de competencias entre el Ministerio del Interior que es quien debe realizar la coordinación interinstitucional, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las autoridades ambientales regionales y locales; el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de la Protección Social, de acuerdo a la materia.

Estas dispersiones se ven reflejadas principalmente en materia de licencias ambientales, puesto que para el caso de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental la competencia esta en las autoridades ambientales regionales, las de desarrollo sostenible; los municipios, distritos, áreas metropolitanas; las entidades territoriales delegatarias de las Corporaciones Autónomas Regionales¹⁷.

Incluso pueden existir conflictos de competencias para conocer de la solicitud y otorgamiento de una licencia ambiental; estos conflictos deben ser dirimidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible¹⁸.

3.8.3. Ajustes Institucionales: Necesidad de coordinación entre lo institucional y los pueblos involucrados

Ante esta multiplicidad de competencias es necesario que se de una real coordinación interinstitucional a cargo del Ministerio del Interior, que permita llamar a todas las instituciones involucradas en las consultas a nivel nacional y local para monitorear los procesos de consulta; pero este proceso debe involucrar a los pueblos indígenas y tribales susceptibles de ser afectados por estas decisiones, es decir, se debe abrir un canal de diálogo permanente que a su vez este alimentado por los procesos de deliberación de estos pueblos.

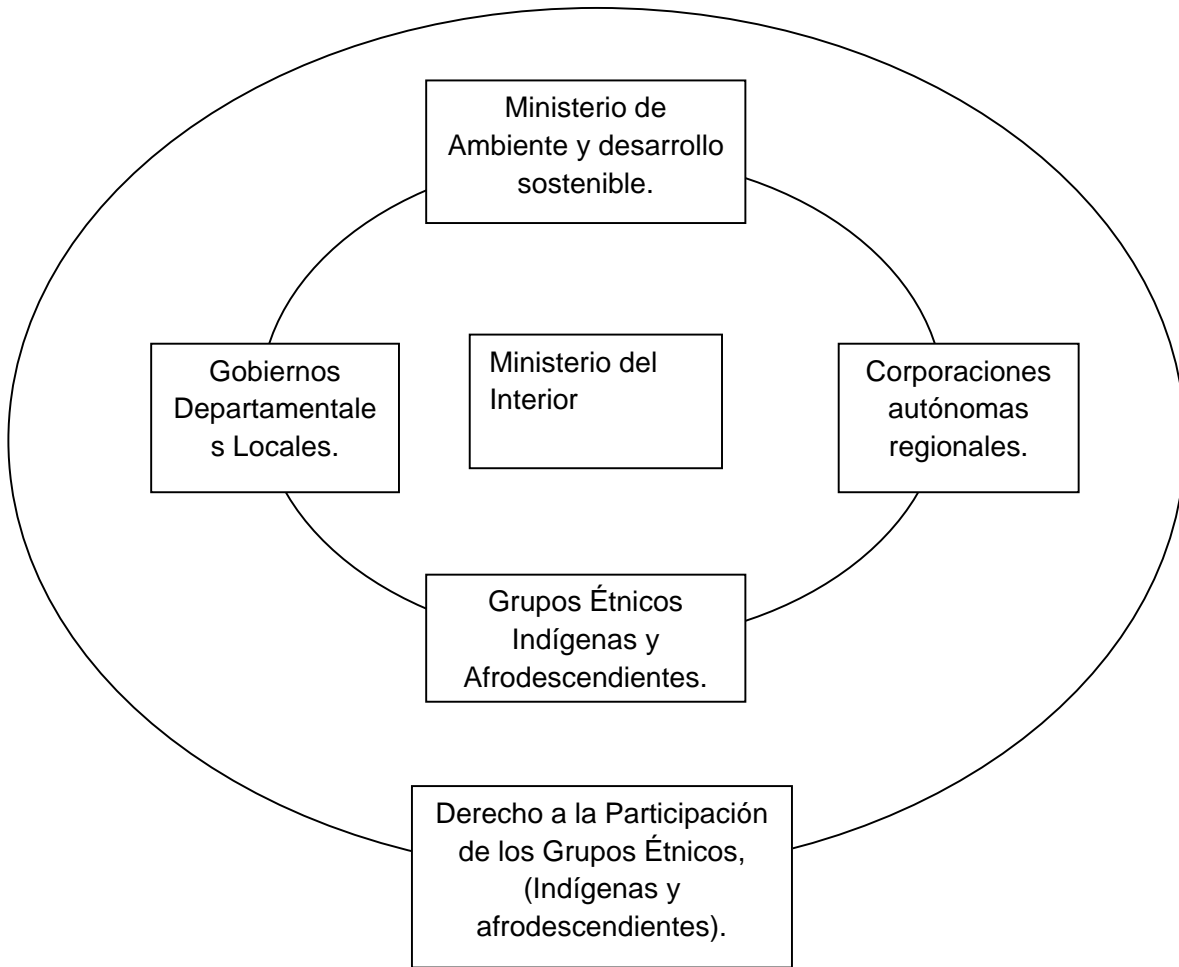
Este espacio debe tener una periodicidad en las reuniones de por lo menos una cada semestre y en el mismo se debe discutir la agenda de las consultas a realizar, los mecanismos de participación colectiva e individual de los directamente afectados con las medidas, los mecanismos para la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado

¹⁷ Estas se encuentran descritas en el Decreto 1220 de 2005 "Por medio del cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales", artículo 2.

¹⁸ Decreto 1220 de 2005 "Por medio del cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales"; artículo 11.

y en caso de no ser posible el acuerdo de las medidas de compensación y/o participación en los beneficios de manera equitativa de acuerdo a lo que las autoridades propias decidan.

Figura 2-1: Necesidad de coordinación entre las instituciones y los pueblos involucrados



3.8.4. Papel del Ministerio Público

De acuerdo con las competencias constitucionales del Ministerio Público, que está conformado por la Procuraduría (en adelante PGN), la Defensoría y las Personerías; cuyo supremo director de este es el Procurador General de la Nación (artículos 118, 275, 277 y 278 de la Constitución Política), en estas competencias se establecen entre otras, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad con el auxilio del defensor del pueblo, para lo mismo tiene la facultad de vigilar la conducta de los servidores públicos en defensa de la Constitución y la ley. En desarrollo de estos objetivos la PGN desarrolla

tres funciones, la Preventiva, la de intervención y la disciplinaria, cada una de ellas consiste en:

La función preventiva: es considerada la principal responsabilidad de la PGN, porque considera que es más importante prevenir antes que sancionar; en ejercicio de esta función realiza la vigilancia de las actuaciones de los funcionarios públicos, además de advertir de cualquier hecho que pueda ser violatorio de las normas vigentes.

La función de intervención: En ejercicio como sujeto procesal la PGN interviene ante las jurisdicciones contencioso administrativas, constitucional, penal, militar, civil, ambiental y agraria, familia, laboral, e incluso ante el Consejo Superior de la Judicatura, las autoridades administrativas y de policía. Esta facultad de intervención no es facultativa, sino imperativa y obligatoria.

La función disciplinaria: La PGN es la encargada de iniciar, adelantar y fallar las investigaciones que por faltas disciplinarias se adelanten contra los servidores públicos y contra los particulares que ejercen funciones públicas o que manejan dineros del Estado. El Procurador puede de manera directa desvincular previa audiencia y decisión motivada, al funcionario público que haya infringido de manera manifiesta la Constitución o la ley; que derive indebido provecho patrimonial del ejercicio de sus funciones; obstaculice en forma grave las investigaciones que realice la Procuraduría u otra autoridad (administrativa o jurisdiccional) que obre con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de sus hechos punibles de que tenga conocimiento con relación y en razón del ejercicio de su cargo.

Las delegadas de la PGN conocerán en ejercicio de su función disciplinaria, los casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Constitución Política o en los tratados internacionales ratificados por Colombia, en los que se incluyen los actos de segregación racial y cualquier forma de discriminación, los actos de sometimiento a esclavitud y trata de personas en todas sus formas en que se incluya cualquier servidor público, incluidos los miembros de la fuerza pública, salvo aquellos casos que sean competencia del Procurador General de acuerdo a sus facultades constitucionales y las atribuidas en el artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000¹⁹.

De acuerdo al artículo 2 de la Constitución Política, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los

¹⁹ Decreto ley 262/00, artículo 25.

deberes sociales del Estado y de los particulares. Por tanto, las autoridades en ejercicio de su función disciplinaria deben aplicar el código único disciplinario, para proteger a los grupos étnicos y asegurarse que la consulta previa sea una realidad.

El Defensor del Pueblo, también hace parte del Ministerio Público y tiene dentro de sus funciones velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos. En ambos casos tanto el Procurador como el Defensor del Pueblo, podrán requerir informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones a las autoridades sin que pueda oponérseles reserva alguna. Es decir, haciendo uso de esta facultad pueden intervenir para conocer sobre el estado actual de las consultas tanto de los mecanismos pre consultivos, como de las consultas propiamente dichas.

A partir de estas competencias el Ministerio Público, tiene facultades constitucionales y legales, para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Además al interior de la PGN, en desarrollo de la función preventiva se ha desarrollado el Sistema Integral de Prevención, que considero que tiene un papel muy importante para prevenir las irregularidades en el proceso de consulta previa y que debería elevarse en la reglamentación para obligar a todas las agencias del Ministerio Público, en desarrollo de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación.

3.8.5. Función Preventiva de la PGN

La función preventiva consiste en vigilar el desarrollo de las políticas públicas desde su diseño hasta su ejecución, con el objetivo de evitar la ocurrencia de los hechos, actos u omisiones que afecten o vulneren los derechos. Esta se ejerce con fundamento en la facultad de prevención que tiene el Ministerio Público, que está consagrada constitucionalmente (artículos 118, 277 y 278) y legalmente, en el Decreto Ley 262 de 2000 que en el artículo 26 que desarrolla las funciones de protección y defensa de los derechos humanos, en cabeza del procurador general y de los procuradores delegados, entre las que se destacan:

“1. Promover, ante las autoridades judiciales y administrativas, el cumplimiento de las normas del orden nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario; 4. Llevar un registro actualizado de los hechos constitutivos de violaciones de los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario; 6. Recibir y remitir a las autoridades competentes las denuncias que formulen organismos nacionales o internacionales o los particulares sobre violación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y realizar el seguimiento al trámite de las mismas”, entre otras.

3.8.5. Una herramienta: el Sistema Integral de Prevención

De las funciones de la PGN hemos destacado la función preventiva, como una herramienta de trabajo del Ministerio Público que puede ayudar a garantizar el derecho a la consulta previa, esta función se ha definido como:

“uno de los mecanismos con los que cuenta la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento de los mandatos consagrados en la Constitución y en la Ley, orientando a promover e impulsar un conjunto de políticas, programas y acciones dirigidas a evitar la ocurrencia de hechos, actos u omisiones contrarios a la normatividad vigente atribuibles a agentes del Estado o particulares que ejerzan funciones públicas”.

Para cumplir con esta función, se creó el Sistema Integral de Prevención –SIP- mediante la Resolución 490 de 2008, en la que se establecieron los principios y criterios correspondientes al ejercicio de la función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación. Este sistema involucra a todas las dependencias de esta entidad con funciones preventivas como un mecanismo de planeación, coordinación, ejecución y evaluación de la función preventiva integral de la institución. Es decir que este sistema, involucra a todas las dependencias de la PGN, entre las que se encuentran la Delegada en materia de Derechos Humanos y Grupos Étnicos, la Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios y la Delegada Disciplinaria en Derechos Humanos²⁰, entre otras; considero que el accionar de estas tres de manera coordinada para atender los procesos de consulta previa va a garantizar una mayor protección para estos pueblos, esto se tiene que ver reflejado en los procesos de seguimiento, las acciones de formación y capacitación a los funcionarios, en el ejercicio de acciones de protección a favor de los intereses colectivos y del medio ambiente, como también en acciones disciplinarias en contra de quienes no cumplan con garantizar el derecho fundamental a la consulta previa.

El sistema Integral de Prevención, es un mecanismo de planeación, coordinación, ejecución y evaluación de la función preventiva integral de la PGN, y se encuentra conformado por todas las dependencias con competencias preventivas. La función preventiva integral comprende la vigilancia focalizada a instituciones estatales o a particulares que ejerzan funciones públicas, orientada a promover e impulsar el cumplimiento de la Constitución y la ley, así como la eventual sanción disciplinaria a los responsables, atendiendo el carácter disuasivo de las mismas. El objetivo principal de

²⁰ De acuerdo al Decreto Ley 262/00, artículo 25.a, 25.4, 25.5, 25.6 y 25.7. Esta delegada conoce en primera instancia los procesos disciplinarios en contra de los oficiales superiores de la fuerza pública; ejerce de manera selectiva, vigilancia superior de las actuaciones disciplinarias que adelanten los órganos de control interno disciplinario, respecto de las cuales tenga competencia para el ejercicio del poder preferente; debe mantener un registro de sus actuaciones y puede revocar de oficio o a petición de parte, sus propios actos y los actos administrativos de naturaleza disciplinaria expedidos por los procuradores regionales y distritales, cuando sea procedente.

este sistema es “*Prevenir en estricto sentido*”²¹, promover e impulsar un conjunto de políticas, planes, programas o acciones dirigidas a evitar la ocurrencia de hechos, actos u omisiones contrarios a la Constitución y la ley atribuibles a agentes del Estado o a particulares que cumplan funciones públicas, a partir de la elaboración de investigaciones y alertas pertinentes; por esta razón considero que este sistema se puede constituir en una herramienta importante para hacer eficaz el derecho fundamental a la consulta previa y por tanto debería quedar dentro de la reglamentación de la misma la necesidad de lograr una acción conjunta del Ministerio Público (Procuraduría, Defensoría y Personería) para que actúen como uno solo y garanticen los derechos de los grupos étnicos, porque si este sistema se incluye dentro del Decreto Reglamentario entraría a obligar a todas las agencias del Ministerio Público a actuar de manera conjunta y no esperar que de acuerdo a los intereses económicos y políticos regionales, se coordine o no el accionar del Ministerio Público, con la ventaja que este tipo de reglamentación trasciende los procesos electorales que involucran a los personeros municipales.

3.8.6. Creación de un grupo de trabajo especial del Ministerio Público para consulta previa

Sería eficaz además que se creara un grupo de trabajo que involucre a todas las agencias del Ministerio Público en ejercicio de esta función preventiva, teniendo en cuenta que el Procurador General de la Nación tiene competencia para la creación de grupos de trabajo a partir de las funciones otorgadas en el Decreto Ley 262 de 2000, en el artículo 7²² y en la Resolución 490 del 10 de diciembre de 2008, en el artículo 11 también se otorga la facultad de crear grupos de trabajo que desarrollen la acción preventiva. Para que se haga un monitoreo permanente de lo que está sucediendo en los procesos de consulta previa, este grupo de trabajo estaría investido de todas las facultades del Ministerio Público y estaría ejerciendo su deber de protección y también el de vigilancia sobre los procesos.

Este grupo además debe tener una conformación que tenga en cuenta las dependencias del Ministerio Público que se relacionen con la materia, es decir no solamente la delegada en materia Preventiva, sino la Disciplinaria en materia de Derechos Humanos, la delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios; es importante además la comunicación permanente con los grupos especiales que actualmente existen en el Ministerio del Interior, en el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales y las demás instituciones en que recaiga la competencia.

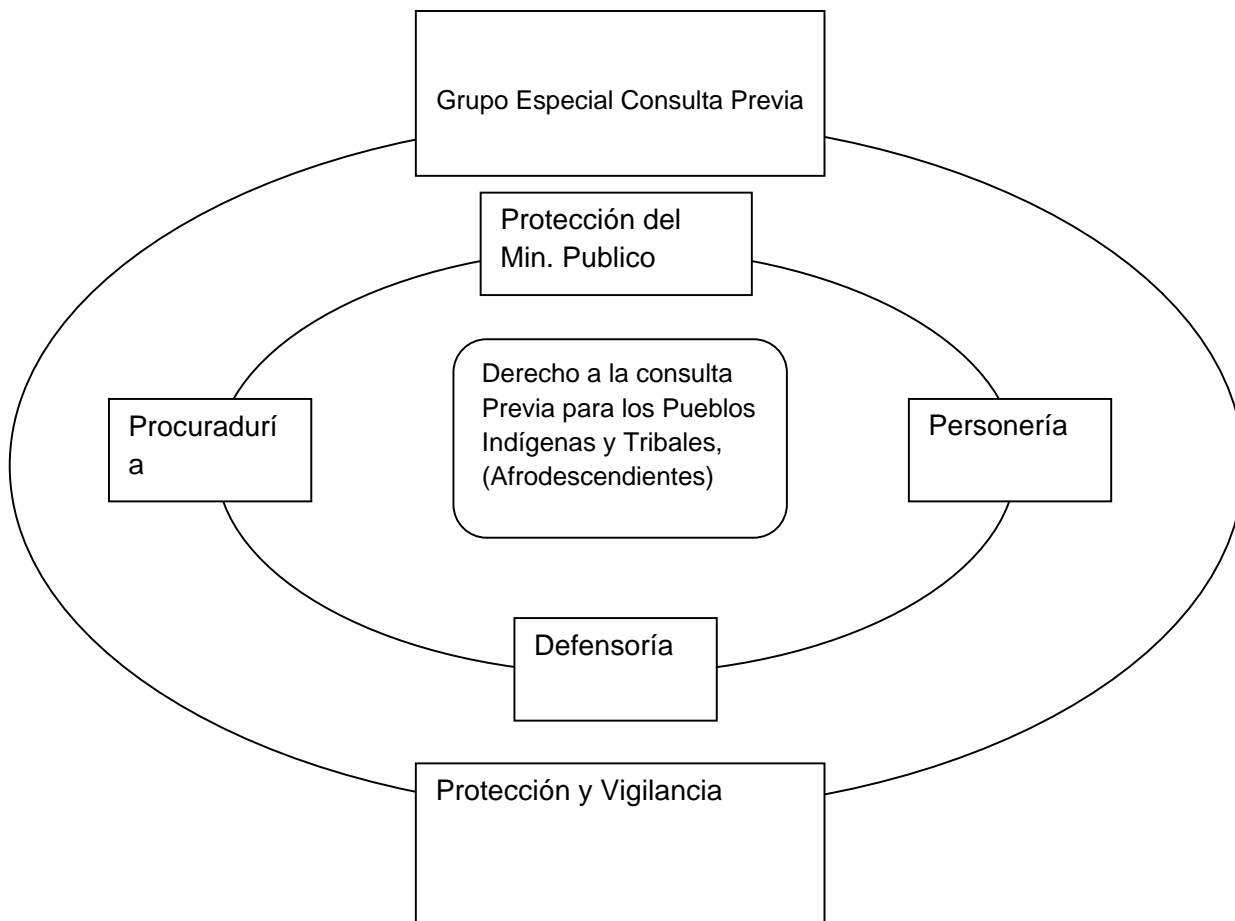
²¹ Resolución 490 de 2008 Procuraduría General de la Nación, que crea el Sistema Integral de Prevención y establece principios y criterios correspondientes al ejercicio de su función preventiva, artículo 5.

²² Decreto 262 de 2000, en su artículo 7, así: 7.2. “formular las políticas generales y criterios de intervención del Ministerio Público en materia de control disciplinario, vigilancia superior con fines preventivos, actuación ante las autoridades administrativas y judiciales y centros de conciliación, y promoción, protección y defensa de los derechos humanos”; y en ejercicio de estas facultades, puede 7.7 “Expedir los actos administrativos, órdenes, directivas y circulares que sean necesarios para el funcionamiento de la entidad y para desarrollar las funciones atribuidas por la ley”, y entre estas 7.36 “Expedir, como supremo director del Ministerio Público, las directivas y circulares que resulten conducentes para el ejercicio de las funciones públicas y para prevenir la comisión de faltas disciplinarias de los servidores públicos”

3.8.7. Promoción en materia de consulta previa

Para el caso de la Defensoría del Pueblo que hace parte del Ministerio Público, existe una delegada para los indígenas y las minorías étnicas que desarrolla funciones de promoción de los derechos de estos pueblos especialmente a través de acciones de formación, capacitación, análisis de información, producción de informes; brindar atención especializada en asuntos étnicos; mediar en los conflictos internos e intraétnicos de las comunidades y pueblos que así lo requieran; hacer seguimiento a los acuerdos celebrados entre los grupos étnicos y el Estado; realizar visitas periódicas de acompañamiento a grupos étnicos que habitan regiones con situaciones críticas de derechos humanos y brindar asesoría a los diferentes grupos étnicos, organizaciones, entidades estatales y dependencias internas de la Defensoría del Pueblo, relacionadas con asuntos de su competencia. A partir de estas competencias es importante desarrollar una labor de promoción y concientización del derecho fundamental a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes); que involucre a las autoridades nacionales y locales para que este sea garantizado.

Figura 2-2: Papel del Ministerio Público



4. Conclusiones y recomendaciones

4.1. Conclusiones

Es importante destacar la evolución del derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados de las decisiones que los pueden afectar no solamente con los derechos ligados a los territorios, sean estos titulados o no, sino con respecto a las medidas administrativas y legislativas que puedan afectarlos.

El derecho a la consulta previa ha evolucionado en los últimos años hacia el consentimiento previo, libre e informado, a través de diferentes mecanismos e instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Pueblos Indígenas, e incluso con los documentos del Foro Permanente para las cuestiones Indígenas de la ONU.

Esta evolución se ha visto en el derecho internacional, tanto en el denominado derecho de minorías, en los pronunciamientos de los órganos internacionales encargados de vigilar ciertos tratados como la CEACR de la OIT; además de la expedición de la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, que avanza más allá del Convenio 169, en establecer casos en los que las consultas deben ser obligatorias para conseguir el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos.

El sistema Regional a través del documento de la CIDH *“Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales - Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*, de diciembre de 2009, avanza en la sistematización de la jurisprudencia interamericana, en la incorporación de la Declaración Universal y en lo que el SIDH, denomina una consulta “culturalmente adecuada”.

Esta evolución también se ha dado en lo interno con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha sentado las bases para la exigibilidad del derecho a la consulta previa como un derecho colectivo, con características especiales, que ha llevado incluso

a que normas generales como el Estatuto de Desarrollo Rural y la Ley Forestal, hayan sido declarados inexecutable por no haber surtido la consulta con los pueblos afectados.

Sin embargo, los intereses sobre los territorios de los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes) son muy grandes, y quienes quieren ejecutar proyectos sobre ellos no se detienen y en muchos casos cuentan con el apoyo de las entidades estatales.

Hasta ahora los intentos de reglamentación del derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales en nuestro país no han tenido en cuenta los estándares ni nacionales, ni internacionales; y menos se ha realizado como un ejercicio de democracia deliberativa.

Habría que analizar los Decretos- Ley que se expidieron con fundamento en la ley de víctimas, que inauguraron consultas extraordinarias o sin el procedimiento que ha desarrollado la Corte Constitucional, la Corte Interamericana y los instrumentos internacionales de protección.

Aunque estos procesos en el caso de los indígenas y los afrodescendientes han tenido procesos diferentes en el caso de los pueblos indígenas el Decreto- Ley parece ser un éxito, lo importante es la apropiación por todos y por su puesto su aplicación. Mientras que con los afrodescendientes, parece no haber sido un éxito y por el contrario ha evidenciado las divisiones internas de las organizaciones étnicas y representativas. Sin embargo, el recorrido político de estos pueblos no puede asimilarse al de los indígenas y en mucho está en construcción.

Sin lugar a dudas, el derecho a la consulta previa se ha convertido en un tema de estudio de académicos y organizaciones de la sociedad civil y esto, junto con la lucha de los pueblos indígenas y tribales ha traído como consecuencia que existan ya numerosos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto y que se haya convertido en un tema de debate.

El derecho a la consulta previa ha sido examinado además por organismos internacionales, quienes han sugerido su reglamentación de acuerdo a los estándares internacionales. Sin embargo el Gobierno ha seguido aplicando en controvertido Decreto 1320 de 1998, y la Directiva Presidencial 01 de 2010.

El proceso constitucional colombiano de 1991, es un antecedente para los cambios constitucionales que se han dado en América Latina. Sin embargo, las transformaciones propuestas en el texto constitucional todavía no han terminado y ahora se complementan con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Para entender la emergencia de estos nuevos procesos constitucionales, especialmente los de Ecuador y Bolivia, es necesario hacer un recorrido conceptual que tenga en cuenta el pluralismo, el multiculturalismo y su lógica de la inclusión, frente a las corrientes de pensamiento del poscolonialismo y el decolonialismo. Algunas de estas escuelas de pensamiento han tenido influencia en los procesos constitucionales recientes y por consiguiente en sus cartas constitucionales, esto ha conllevado a grandes transformaciones, construidas a partir de la deliberación y el dialogo social.

Dentro de las transformaciones más importantes se encuentran, en lo internacional el paso del derecho de minorías al de pueblos como producto de las organizaciones indígenas en espacios internacionales. Estas nuevas discusiones han llevado a la construcción de nuevos textos constitucionales que pasan de Estados uninacionales a plurinacionales, con las consecuencias de esto tiene en cuanto a jurisdicciones, territorio y participación.

4.2. Recomendaciones

Con respecto a esta última, se reconoce la importancia de la consulta previa a los pueblos indígenas y afrodescendientes, por lo que se establece como derecho fundamental constitucionalmente protegido tanto en Ecuador como en Bolivia, en donde además para lo ambiental se extiende a todos los ciudadanos.

Es una necesidad la reglamentación de la consulta previa para pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes), esta ha sido solicitada al Estado Colombiano por parte de instancias internacionales como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT; también por la Corte Constitucional en la Sentencia T129/11.

Esta reglamentación se debe hacer a través de una ley estatutaria (artículo 152 de la Constitución política, puesto que con ella se desarrollará un derecho fundamental. Para la misma se debe tener en cuenta la interculturalidad como guía principal puesto que ella trasciende de la asimilación de los grupos étnicos, hacia el reconocimiento de su existencia y su derecho a participar en un ejercicio que puede ser considerado como una participación calificada, por los sujetos a los que se dirige y porque involucra otros derechos.

Como es una reglamentación de un derecho fundamental, se debe acudir a los mecanismos constitucionales y jurisprudenciales puesto que no nos encontramos frente a la reconstrucción de la noción de estado de uni nacional a plurinacional como en los casos de Bolivia y Ecuador. Para este proceso se debe acudir primero a la

institucionalidad que tenemos desde las competencias que se les ha otorgado y a partir de estas realizar los ajustes institucionales necesarios en materia de coordinación de las instituciones que pueden estar involucradas en los procesos de consulta previa. Estos espacios de coordinación interinstitucional deben integrarse con los pueblos afectados y se deben generar espacios reales de discusión y deliberación de las materias que deben consultarse.

Por otra parte, es necesario mejorar la actuación del Ministerio Público y en particular de la Procuraduría General de la Nación y elevar a una norma superior el Sistema Integral de Prevención para que involucre las otras agencias del Ministerio Público (Defensoría y personerías) y estas ejerzan una acción conjunta que garantice que el derecho a la consulta previa sea respetado a través de las funciones de vigilancia, disciplinaria y de promoción.

A. Anexo: Cuadro de observaciones a casos particulares de la CEACR de la OIT

Observaciones a casos particulares de la CEACR		
Año	Caso	Comunidades Afrodescendientes Jiguamiandó y Curvaradó
2006	Caso	<p>Discriminación que sufren las personas afrodescendientes cuya tasa de analfabetismo es 3 veces superior a la del resto del país, la mortalidad infantil es del 151 por mil, mientras que el promedio nacional es de 39 por mil y el 76% vive en condiciones de extrema pobreza. Se indica que las comunidades afrodescendientes representan el 26,83% de la población total.</p> <p>Desplazamiento forzoso, cultivo extensivo de palma africana en violación a sus derechos sobre la tierra y sin consulta previa.</p> <p>Se afirma que estas comunidades cumplen los criterios de pueblo tribal establecidos en el Convenio, están conformados por 2.125 personas, 515 familias en su mayoría afrodescendientes y que han utilizado su territorio de acuerdo con sus prácticas ancestrales y tradicionales.</p> <p>La Comisión nota que el Gobierno en su primera memoria sobre el Convenio, indicó que “«las comunidades afroamericanas de Colombia no se entienden incluidas en el ámbito del Convenio, pues aunque sectores de esta población, las comunidades ribereñas del litoral pacífico, y algunas poblaciones de características similares de los valles interfluviales han sido considerados como grupos étnicos, (...) por la nueva Constitución colombiana, estos grupos no los entiende el Gobierno colombiano como incluidos dentro de la categoría de pueblos indígenas o tribales»”, (OIT, CEACR, 2006).</p> <p>La USO indica que los miembros de estas comunidades han sido víctimas de ataques sistemáticos contra la vida, la libertad, la integridad y desplazamientos forzosos. Estos pueblos habrían decidido asentarse en “Zonas humanitarias de Refugio” debido a los crímenes que habrían sido cometidos en su mayoría por miembros de la fuerza pública, por grupos militares que actúan con su omisión, tolerancia o aquiescencia y en algunos casos por grupos guerrilleros, en agosto de 2002</p>

	<p>El despojo de tierras se habría hecho también mediante acciones jurídicas ilegales de las empresas palmicultoras, mediante celebración de contratos violatorios de la ley núm. 70, suplantación personal, falsedad, creación de figuras jurídicas para hacer aparecer el aval de estas comunidades, la suplantación de cargos de los representantes de la comunidades debidamente reconocidos e inscritos, acuerdos para la implementación de los cultivos facilitados por funcionarios públicos miembros de las fuerzas militares, coacción y amenaza directa a los pobladores que se ven obligados a vender sus tierras por temor o por no existir una opción distinta que los beneficie. Se dan ejemplos de amenazas de muerte a campesinos de las comunidades referidas para que vendieran o abandonaran sus tierras si no las habían dejado. Los efectos de la deforestación intensiva para el cultivo de palma africana y la ganadería han generado un daño social y ambiental devastador.</p>
	<p>Teniendo en cuenta que la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras son los consejos comunitarios de las comunidades afrodescendientes, se señala que estas autoridades no fueron consultadas y que en cambio se llevaron a cabo reuniones con personas que no representaban a las comunidades.</p>
	<p>En noviembre de 2004, el INCODER estimaba en 4.993 hectáreas el área intervenida con cultivos de palma en los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curbaradó y que 810 hectáreas se encuentran intervenidas con ganadería. El 93% de las áreas sembradas con cultivos de palma se encuentran en los territorios colectivos y el 7% restante en predios de propiedad privada adjudicados por el INCORA antes de la vigencia de la ley núm 70.</p>
	<p>Se cita también la directiva 008 del 21 de abril de 2005 en la que el Procurador General de la Nación requirió a la Corporación Codechocó (entidad encargada de vigilar la Ley Ambiental y a INCODER) a presentar en el término de 15 días un informe sobre las acciones desarrolladas para garantizar la protección de los derechos patrimoniales de dichas comunidades y personas y un plan de acción a desarrollar a este efecto.</p>
	<p>Se hace referencia también a la resolución defensorial núm. 30 de la Defensoría del Pueblo del 2 de junio de 2005 titulada "(...)«violación de los derechos humanos por siembra de palma africana en territorios colectivos de Jiguamiandó y Curbaradó»", (OIT,CEACR, 2006); en donde se resuelve requerir a la empresas palmicultoras para que suspendan de manera inmediata el avance de los cultivos de palma africana, solicitar la restitución de los territorios colectivos y resguardos indígenas afectados por el cultivo de palma así como aquellos destinados a la ganadería y explotación maderera. Se urge a entidades públicas a abstenerse de conceder permisos, autorizaciones y licencias ambientales en territorios colectivos de las comunidades negras de Jiguamiandó y Curvaradó y resguardos indígenas sin el cumplimiento pleno de los requisitos exigidos en materia ambiental y sobre territorios.</p>

	Observación	<p>“La Comisión se refiere a las consideraciones expresadas en el párrafo 4, según las cuales las comunidades referidas parecen cumplir los requisitos para estar cubiertas por el Convenio. A reserva de los comentarios que el Gobierno pueda presentar, la Comisión indica que si se confirma que estas comunidades están cubiertas por el Convenio corresponde aplicar los artículos 6, 7 y 15 sobre consulta y recursos naturales y los artículos 13 a 19 sobre tierras. En particular, la Comisión se refiere al derecho de estos pueblos de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación (artículo 16, 3, del Convenio) y a las medidas previstas por el Gobierno contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos (artículo 18 del Convenio). La Comisión, notando que la comunicación se refiere en varias oportunidades a amenazas, coacción y clima de terror así como a la falta de sanción de los autores de las violaciones al derecho a la vida, la integridad y la libertad que dieron origen al desplazamiento forzoso, solicita asimismo al Gobierno que despliegue todos los esfuerzos necesarios para proteger la vida y la integridad de los miembros de estas comunidades. La Comisión agradecería al Gobierno que junto con sus comentarios sobre la comunicación proporcionara informaciones sobre las medidas adoptadas en seguimiento a la resolución de la Defensoría del Pueblo y a la directiva núm. 008 de la Procuraduría. La Comisión continuará examinando esta comunicación junto con los comentarios del Gobierno”, (OIT, CEACR, 2006).</p>
--	--------------------	--

2007	Caso	<p>En solicitudes anteriores de la CEACR al Gobierno, ésta pidió que se pronunciara sobre si las comunidades afrodescendientes de Jiguamiandó y Curvaradó se autoidentifican como comunidades tribales en el sentido que describe el Convenio 169, para determinar si las mismas serán cubiertas o no por el mismo. Este año, la Comisión sólo examinará lo concerniente al ámbito de aplicación individual del Convenio sobre el que ya había solicitado mayor información a la Unión Sindical Obrera y al Gobierno y las consecuencias directas de dicho planteamiento. Las demás cuestiones serán analizadas en los próximos comentarios.</p>
------	------	--

	Observaciones	<p>Artículo 1 del Convenio. Campo de aplicación personal. En 2005, la Comisión consideró que, a la luz de los elementos proporcionados por la USO, las comunidades negras de Curbaradó y Jiguamiandó parecían reunir los requisitos establecidos por el artículo 1, 1, a), del Convenio según el cual se aplica: «a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial». Consideró también que según las informaciones proporcionadas en la comunicación, indicando que los representantes de los consejos comunitarios de Curbaradó y Jiguamiandó habían participado en la elaboración de la comunicación, parecería que las comunidades, al solicitar que se les aplique el Convenio, tienen conciencia de su identidad tribal. Además, notó que la definición de «comunidad negra» desarrollada por la ley núm. 70 parecía coincidir con la definición de pueblos tribales del Convenio. En consecuencia, solicitó al Gobierno y a la USO que confirmen si estas comunidades se autoidentifican como comunidades tribales en el sentido del artículo 1, 1, a) y al Gobierno que, en caso de considerar que estas comunidades no constituyen pueblos tribales en el sentido del Convenio, exprese sus motivos. La Comisión toma nota que la USO confirmó lo solicitado, y asimismo toma nota con satisfacción que el Gobierno indica que las comunidades afrodescendientes de Curbaradó y Jiguamiandó se encuentran cubiertas por el Convenio. La Comisión solicita al Gobierno que confirme si este reconocimiento alcanza a la totalidad de las comunidades afrodescendientes reconocidas por la ley núm. 70 de 1993.</p>
--	----------------------	---

	<p>Tierras y recursos naturales</p> <p>3. En sus comentarios de 2005, la Comisión además tomó nota que la comunicación indicaba que desde el año 2001 la perpetración de violaciones de derechos humanos contra estas comunidades ha estado relacionada con el avance de cultivos extensivos de palma aceitera o palma africana y de proyectos de ganadería, los cuales se habían desarrollado pese a la existencia de títulos colectivos sobre estos territorios, y que el despojo de las tierras de estas comunidades se había realizado también «por medio de acciones jurídicas ilegales de las empresas palmicultoras mediante, entre otros, la celebración de contratos violatorios de la ley núm. 70, la suplantación personal, la falsedad, la creación de figuras jurídicas para hacer aparecer el aval de estas comunidades, la suplantación de cargos de los representantes de las comunidades debidamente reconocidos e inscritos, los acuerdos para la implementación de los cultivos facilitados por funcionarios públicos miembros de las fuerzas militares, la coacción y la amenaza directa a los pobladores que en muchas ocasiones se ven obligados a vender sus propiedades por temor o por no existir opción distinta que los beneficie», indicando que los efectos de la deforestación intensiva para el cultivo de la palma africana y la ganadería han generado un daño social y ambiental devastador. Tomó nota también que, según el sindicato, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) en noviembre de 2004 estimaba en 4.993 has el área intervenida con cultivos de palma en los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curbaradó y que 810 ha. se encontraban intervenidas con ganadería y que el 93 por ciento de las áreas sembradas con cultivos de palma se encontraban en los territorios colectivos y el 7 por ciento restantes en predios de propiedad privada adjudicados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) antes de la vigencia de la ley núm. 70.</p> <p>4. En relación con lo planteado en el párrafo anterior, la Comisión indicó en sus precedentes comentarios que si se confirmaba que estas comunidades están cubiertas por el Convenio, correspondía aplicar los artículos 6, 7 y 15 sobre consulta y recursos naturales y los artículos 13 a 19 sobre tierras. En particular, la Comisión se refirió al derecho de estos pueblos de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación (artículo 16, 3, del Convenio) y a las medidas previstas por el Gobierno contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos (artículo 18 del Convenio).</p>
--	---

	<p>Tierras.La Comisión toma nota de las medidas adoptadas por el Gobierno para delimitar o deslindar territorios colectivos de las comunidades de los consejos comunitarios de Jiguamiandó y Curbaradó, propendiendo especialmente a la recuperación de las tierras indebidamente ocupadas, por medio de la revisión de títulos o derechos otorgados ilegalmente. En particular, toma nota que el Consejo de Estado determinó la validez de los títulos otorgados por el INCORA inscriptos en las Oficinas de Registros de Instrumentos Públicos «con anterioridad a la fecha de vencimiento del plazo de fijación en lista de la solicitud de titulación colectiva a favor de las comunidades negras». Sírvase brindar más precisiones y las consecuencias de esta decisión. La Comisión recuerda que el Convenio protege no sólo a las tierras sobre las cuales los pueblos interesados ya tienen título de propiedad sino también a las tierras que tradicionalmente ocupan, y que, en virtud del Convenio, los Gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14, párrafo 2). En este sentido, las disposiciones que tratan de la cuestión de las tierras en el Convenio, y más concretamente los artículos 13 y 14, deben ser interpretadas en el contexto de la política general expresada en el artículo 2, párrafo 1, según el cual los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Dichas disposiciones además deben articularse en la práctica con la implementación de los procesos de consulta con los pueblos interesados del artículo 6. Por lo tanto, la Comisión espera que el Gobierno dé plena aplicación a los artículos mencionados en el curso de la delimitación de las tierras ocupadas tradicionalmente por las comunidades referidas, y solicita la mantenga informada al respecto, en particular sobre la manera en que las comunidades participan en dicho proceso, así como sobre los resultados de las medidas adoptadas para recuperar las tierras indebidamente ocupadas por personas que no pertenezcan a las comunidades.</p>
--	---

	<p>La Comisión toma nota con interés de la resolución núm. 0482 de fecha 18 de abril de 2005 de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible de Chocó que ordenó la «suspensión de todo tipo de actividades realizadas con el fin de establecer cultivos de palma africana o aceitera dentro de la jurisdicción del departamento de Chocó (...) y de manera específica las áreas tituladas colectivamente a las comunidades de Jiguamiandó y Curbaradó (...) realizadas sin el respectivo permiso, concesión o autorización expedidos por la primera autoridad ambiental regional — CODECHOCO». La Comisión recuerda que el artículo 15, párrafo 2, dispone que «los Gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras». Por lo tanto, la Comisión invita al Gobierno a desarrollar consultas con los pueblos interesados acerca de los permisos, concesiones o autorizaciones a los que hace referencia así como acerca de aquellos que autoricen realizar proyectos de ganadería, deforestación o extracción de madera, teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 6, para determinar si sus intereses serán perjudicados y en qué medida, tal como lo determina el artículo 15, párrafo 2, y confía que hará todo lo posible por llevar a cabo los estudios previstos en el artículo 7 en cooperación con los pueblos interesados. La Comisión invita asimismo al Gobierno a examinar la posibilidad de poner la legislación vigente en la materia en conformidad con el Convenio y a proporcionar informaciones detalladas sobre el caso con la próxima memoria.</p> <p>Consulta. La Comisión toma nota que el Gobierno ha iniciado un proceso para avanzar en la reglamentación de distintos títulos de la ley núm. 70 de 1993 con la participación de representantes de los consejos comunitarios poseedores de títulos colectivos. La Comisión recuerda que las disposiciones del Convenio, entre ellas el artículo 6, son aplicables a los pueblos indígenas y tribales según lo define el artículo 1. Por lo tanto, la Comisión invita al Gobierno a desarrollar consultas con la totalidad de los pueblos interesados en el proceso de reglamentación de la ley núm. 70, independientemente de cualquier otra circunstancia, como por ejemplo la titularidad sobre las tierras que ocupan tradicionalmente o el haber conformado su consejo comunitario. Sírvase mantenerla informada al respecto y sobre los progresos alcanzados en la reglamentación referida.(OIT, CEACR, 2007)</p>
2008	<p>Caso</p> <p>Amenazas y violaciones de derecho a la vida y a la integridad personal de los habitantes de las comunidades. En particular se señala la presencia de 1. Grupos paramilitares en el territorio colectivo, entre otros, los conocidos como “Águilas negras” y “Convivir”, que contarían con la tolerancia de la fuerza pública, en particular de las brigadas XV y XVII del ejército. Los paramilitares se habrían establecido en 2007 en tierras comunitarias y habrían proferido amenazas y acusaciones contra los habitantes de las comunidades de pertenecer a la guerrilla, poniendo en grave riesgo su vida. Las intimidaciones se darían en defensa del cultivo de palma africana y amenazan con “limpiar” a todos los que estén obstruyendo el cultivo de palma en</p>

Observación	<p>Curvaradó y Jiguamiandó</p>
	<p>Se denuncia impunidad respecto de las violaciones a los derechos fundamentales a los miembros de las comunidades y la desaparición y asesinato en 2005 de Orlando Valencia, líder afrodescendiente de Jiguamiandó.</p>
	<p>Persecución judicial contra las víctimas de violaciones de derechos humanos y los miembros de las organizaciones acompañantes que indican que aunque la guerrilla sólo tenga presencia esporádica en la región, no hay que olvidar que las comunidades son población civil y que han decidido constituir zonas humanitarias que han sido reconocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</p>
	<p>“La Comisión insta al Gobierno a adoptar sin demora todas las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física y moral de los miembros de las comunidades, para que cese toda persecución, amenaza o intimidación y para garantizar la implementación de los derechos consagrados en el Convenio en un ambiente de seguridad. La Comisión solicita al Gobierno que proporcione informaciones sobre las medidas adoptadas al respecto y la respuesta a los comentarios de la Comisión formulados en su última observación. La Comisión solicita al Gobierno que al formular sus observaciones sobre la comunicación de la USO, proporcione detalladas informaciones sobre la manera en que se procede a aplicar el artículo 14 del Convenio sobre tierras a las comunidades de Jiguamandó y Curvaradó.</p> <p>3. Teniendo en cuenta que el año próximo se examinarán las memorias completas sobre la aplicación del Convenio, la Comisión solicita al Gobierno que se sirva proporcionar informaciones sobre la implementación de las recomendaciones formuladas por el Consejo de Administración en noviembre de 2001 en dos informes adoptados sobre reclamaciones presentadas alegando el incumplimiento del Convenio por parte del Gobierno de Colombia (documentos GB.282/14/3 y GB.282/14/4)”, (OIT, CEACR, 2008).</p>

		<p>Presencia de grupos paramilitares, particularmente, "Águilas Negras" y "Convivir", con tolerancia de la fuerza pública en particular las brigadas XV y XVII del ejército. En 2007 los paramilitares se habrían establecido en tierras comunitarias y habrán proferido amenazas y acusaciones contra los habitantes de las comunidades de pertenecer a la guerrilla. Las intimidaciones se producirían en defensa del cultivo de palma africana e incluyen amenazas de "limpiar" a todo el que obstruya el cultivo de aceite de palma.</p>
	Caso	<p>"Persecución judicial" contra las víctimas de violaciones de derechos humanos y miembros de organizaciones acompañantes.</p>
2009	Observación	<p>"En su observación de 2007, la Comisión examinó sólo las cuestiones planteadas por la USO que consideró que eran graves y urgentes y que podían tener consecuencias irreversibles, y solicitó al Gobierno sus comentarios sobre la comunicación para examinarla en su totalidad. La Comisión expresó su grave preocupación por las alegaciones sobre amenazas y violaciones de derecho a la vida y a la integridad personal de los habitantes de las comunidades. (...) La comisión insta al Gobierno a adoptar sin demora todas las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física y moral de los miembros de las comunidades, para que cese toda persecución, amenaada o intimidación y para garantizar la implementación de los derechos consagrados en el Convenio en un ambiente de seguridad. La comisión solicita nuevamente al Gobierno que proporcione informaciones sobre las medidas adoptadas al respecto y que dé respuesta a los comentarios de la Comisión formulados en su última observación. La comisión solicita al Gobierno que al formular sus observaciones sobre la comunicación de la USO 2007, proporciones detalladas informaciones sobre la manera en que se procede a aplicar el artículo 14 del Convenio sobre tierras a las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó", (OIT, CEACR, 2009).</p>
2010	Caso	<p>Presencia de grupos paramilitares en el territorio colectivo e impunidad respecto de las violaciones a los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades y la "persecución judicial" contra los miembros de dichas comunidades y de las organizaciones acompañantes que son acusados de ser auxiliares de la guerrilla.</p>

		Amenazas, hostigamientos y atentados contra la vida e integridad de los miembros de las comunidades.
		A pesar que el INCODER clarificó y delimitó la propiedad privada de los territorios de las comunidades, continúan produciéndose ocupaciones de mala fe por parte de terceros. No hay investigaciones prontas y oportunas contra los responsables de los hechos alegados y la persistente "persecución judicial" y estrategia de desprestigio de los miembros de las comunidades y organizaciones acompañantes.
		La Empresa AGROPALMA, entregó voluntariamente 254 hectáreas de territorio al Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Curvaradó. Sin embargo, de las 254 has. 220 fueron sembradas con palmas que en el momento de la entrega presentaban en el 100% enfermedad (pudrición de cogollo).
	Observación	"La Comisión se refiere a sus comentarios anteriores e insta además al Gobierno a tomar todas las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de los derechos de las comunidades afrodescendientes de Curvaradó y Jiguamiandó sobre sus tierras e impedir toda intrusión conforme a los artículos 14, 2) y 18 del Convenio. Sírvase proporcionar información sobre las medidas tomadas al respecto y también informar acerca de la restitución de los territorios por iniciativa de los ministerios referidos", (OIT, CEACR, 2010)

Año		EmberáKatío y Dóbida
		Amenazas, asesinatos, desplazamiento forzoso, violación a los derechos sobre sus tierras, exploración de recursos naturales sin consulta ni participación. Entre 1996 y 2002, 997 indígenas fueron víctimas de homicidio y fueron desplazados forzosamente 16.362 indígenas. Entre 2004 y 2007 ocurrieron 519 homicidios y 30.000 indígenas habrían sido desplazados forzosamente.
2009	Caso	Los resguardos constituidos mediante resoluciones 005 y 006 del INCORA, son tan pequeños que según testimonios hacen que el lugar se asemeje a una cárcel. El resguardo Chidima fue realizado en tres lotes que no son contiguos y esto ha facilitado que colonos invadieran el tercero; llegaron con motosierras y dragas, quemaron el pasto y amenazaron de muerte a los indígenas. A pesar de la solicitud que se hizo para unir los tres lotes en uno solo y la promesa del gobierno de hacerlo, esto nunca ocurrió. Ante las invasiones que se han dado en el territorio y la solicitud de protección de las comunidades, el INCODER respondió que una vez titulado el resguardo, es responsabilidad de las comunidades impedir que el territorio sea invadido.

		<p>Construcción de nuevas carreteras que atravesarán los resguardos de Chidima y Pescadito; construcción de una interconexión eléctrica binacional, una concesión minera en el municipio de Acandí en un área de 40.000 hectáreas. Todo esto sin consulta. Según el Gobierno, el decreto 1320 sólo prevé la consulta previa a la explotación pero no a la exploración y prospección.</p>
--	--	--

Observación	<p>"La Comisión insta al Gobierno a tomar medidas urgentes para poner fin a toda intrusión en las tierras de los pueblos Katío y Dobida y en particular en el lote 3 de Chidima, donde según la comunicación hay intrusión actual y, a proporcionar informaciones sobre las medidas adoptadas. Solicita además al Gobierno que tome medidas para unir a estos tres lotes, en la medida en que hubiera habido ocupación tradicional, de modo que el resguardo sea viable y a proporcionar informaciones al respecto.(...) La comisión solicita por lo tanto al Gobierno que garantice plenamente la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos referidos, tal como lo establece el artículo 14, 2), del Convenio, que proceda a proteger las demás tierras ocupadas tradicionalmente a los efectos del reconocimiento de la propiedad y posesión, y que suspenda las actividades derivadas de concesiones de exploración otorgadas y/o proyectos de infraestructura, en tanto no se proceda a la aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio y que proporcione informaciones sobre las medidas adoptadas (...)</p> <p>La Comisión recuerda que en virtud del artículo 7 del Convenio los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. La consulta, en el caso de recursos naturales y proyectos de desarrollo, es un requisito del Convenio que debe integrarse en un proceso participativo más amplio previsto en el artículo 7 del Convenio. En caso de que los recursos naturales fueren propiedad del Estado, la consulta se aplicará en virtud del artículo 15, 2), a las tierras en el sentido dado por el artículo 13, 2) del Convenio (totalidad del hábitat que los pueblos utilizan u ocupan de alguna manera) y no sólo a los resguardos. La Comisión recuerda que en virtud del artículo 14 los Gobiernos tienen la obligación de determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Por lo tanto, en el caso de los resguardos, que cubren, no la totalidad del hábitat sino sólo una parte delimitada sobre lo cual los pueblos indígenas tienen título, se deberían garantizar de acuerdo al artículo 14 los derechos de propiedad y posesión y todos los que se derivan de los mismos y no sólo los de consulta y participación. La Comisión solicita por lo tanto al Gobierno que garantice plenamente la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos referidos, tal como lo establece el artículo 14, 2) del Convenio, que proceda a proteger las demás tierras ocupadas tradicionalmente a los efectos del reconocimiento de la propiedad y posesión, y que suspenda las actividades derivadas de concesiones de exploración otorgadas y/o proyectos de infraestructura, en tanto no se proceda a la aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio y que proporcione informaciones sobre las medidas adoptadas.</p> <p>Decreto núm. 1320. La Comisión recuerda que en su 282.^a reunión (noviembre de 2001) el Consejo de Administración llegó a la conclusión, de que el proceso de</p>
--------------------	--

	<p>consulta previa, tal como prevé el decreto núm. 1320, no está en conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio y pidió al Gobierno que modifique el decreto núm. 1320 de 1998 para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio (documento GB.282/14/3, párrafos 79 y 94). La Comisión lamenta que en 2008 el Gobierno aún no haya aplicado la recomendación del Consejo de Administración y lo insta a dar efecto a la misma y a proporcionar informaciones sobre las medidas adoptadas.</p> <p>La Comisión, reitera su solicitud de informaciones formulada en 2007, sobre la implementación de las recomendaciones formuladas por el Consejo de Administración en noviembre de 2001 en dos informes adoptados sobre reclamaciones presentadas alegando el incumplimiento del Convenio por parte del Gobierno de Colombia (documentos GB.282/14/3 y GB.282/14/4).</p> <p>La Comisión envía una solicitud directamente al Gobierno.</p> <p>Se invita al Gobierno a que responda de manera detallada a los presentes comentarios en 2009", (OIT, CEACR, 2009).</p>
--	---

2010	Caso	<p>Invasión de terceros en el territorio del pueblo EmberàKatío y Dóbida. Actividades de exploración de los territorios sin consulta con los pueblos indígenas. El Gobierno no ha efectuado ninguna acción para unir los tres lotes del resguardo Chidima como ya se había solicitado. Además, los colonos que ocuparon el tercer lote, continúan allí.</p> <p>Amenazas contra la vida e integridad física de unos exponentes indígenas y presencia del ejército cada vez más permanente en el territorio.</p>
------	------	--

		<p>El 1 de junio de 2009, las comunidades presentaron una acción de tutela en contra de las entidades nacionales para pedir que se interrumpieran los trabajos relativos a la construcción de la carretera Ungía-Acandí, las obras de infraestructura hidroeléctricas y de exploración y explotación minera debido a que no se respetó su derecho a la consulta previa, a la participación y a la propiedad colectiva. La tutela les fue negada.</p>
--	--	--

	<p>" La Comisión insta al Gobierno a: i) adoptar sin demora y de manera coordinada y sistemática, todas las medidas necesarias para proteger la integridad física, social, cultural, económica y política de las comunidades indígenas y afrodescendientes y de sus miembros y para garantizar el pleno respeto de los derechos consagrados en el Convenio; ii) adoptar medidas urgentes para prevenir y condenar los actos de violencia, intimidación y hostigamiento en contra de los miembros de las comunidades y sus líderes e investigar eficaz y imparcialmente los hechos alegados;</p> <p>iii) suspender inmediatamente la implementación de proyectos que afectan a las comunidades indígenas y afrodescendientes hasta que no cese toda intimidación en contra de las comunidades afectadas y sus miembros y se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio; iv) proporcionar información detallada sobre los resultados de las investigaciones realizadas en el marco del plan de acción de la Dirección Nacional de Fiscalía, y v) suministrar información sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de los autos de la Corte Constitucional referidos.</p> <p>(...)</p> <p>La Comisión insta nuevamente al Gobierno a tomar medidas urgentes para poner fin a toda intrusión en las tierras de los pueblos EmberàKatío y Dóbida y a suspender las actividades de exploración, explotación y la implementación de proyectos de infraestructura que les afectan en tanto que no se proceda a la plena aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio. Solicita igualmente una vez más al Gobierno que tome medidas para unir los tres lotes del resguardo Chidima en la medida en que hubiera habido ocupación tradicional y garantice la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos referidos conforme al artículo 14, 2), del Convenio.</p> <p>(...)</p> <p>La Comisión se refiere a sus comentarios anteriores y solicita al Gobierno que garantice el derecho del pueblo EmberàKatío a establecer sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarles directamente, según lo previsto por el artículo 7 del Convenio", (OIT, CEACR, 2010).</p>
--	--

Año		U'wa
2003	Caso	<p>Realización de prospecciones petroleras que afectan a esta pueblo indígena, de las cuales no se realizaron consultas adecuadas.</p> <p>Observación: “La Comisión llegó a la conclusión, en base a las informaciones que le fueron sometidas, de que "el proceso de consultas previas, tal como prevé el decreto núm. 1320, no está en conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio". Recomendó que se pida al Gobierno que enmiende la legislación referida, y que mejore los procedimientos de consulta para ponerlos en conformidad con las exigencias del Convenio. También pidió al Gobierno que proporcione información a la Comisión sobre un amplio grupo de temas relacionados a las consultas con los pueblos indígenas cuando se planeen y se lleven a cabo proyectos de desarrollo que les afecten, en especial los que se refieran a los derechos sobre la tierra y las explotaciones minerales”, (OIT, CEACR, 2003).</p>
2004	Caso	<p>1) La Comisión toma nota de la información recibida en octubre de 2002 y septiembre de 2003 por parte del Gobierno y sus anexos.</p> <p>2) Se toma nota de la adopción de la Ley 685 de 2001 sobre el Código de Minas que reconoce extensos derechos a las comunidades indígenas sobre el control de la exploración y explotación de minerales en sus territorios.</p> <p>3) Se toma nota de la sentencia del Consejo de Estado, del 20 de mayo de 1999 en la que se confirma la vigencia del decreto núm. 1320 de 1998, antes de que la reclamación hecha por la Comisión más adelante hubiera sido tratada.</p> <p>4) El Gobierno argumenta que el decreto recoge lo preceptuado por el artículo 330 de la Constitución sobre la participación de representantes de los pueblos indígenas, sin ningún tipo de limitaciones y que el decreto refleja un deber y una atribución que el Constituyente le otorgó al Gobierno.</p> <p>6) En lo concerniente a las explotaciones petroleras en el Resguardo Unido U'wa, la comisión toma nota de la información proporcionada por el Gobierno, donde se dice que luego de una cesión de derechos la búsqueda de hidrocarburos recaerá en una empresa estatal colombiana (Ecopetrol) con el objetivo de equilibrar las finanzas públicas y el bienestar de todos los colombianos, situación que se habría dado a conocer a las comunidades interesadas. 7) El Gobierno también señala que estableció un plan de acción social para beneficio de 51 veredas del área de influencia del proyecto para promover la inversión social, la ocupación de mano de obra no calificada y semicalificada, la participación comunitaria y el apoyo a la organización y capacitación comunitaria de tipo empresarial para ofertar servicios al proyecto petrolero.</p>

		8) Indica el Gobierno que el 17 de marzo de 2003 se llevó a cabo una reunión con diez representantes del pueblo U'wa a través de la Asociación de Autoridades Tradicionales U'wa (ASOU'WA) para informarles todos los aspectos técnicos, ambientales y sociales de un proyecto exploratorio a realizarse dentro del resguardo y se les propuso la construcción conjunta de una metodología de trabajo con Ecopetrol.
--	--	--

		<p>9) También se toma nota de la indicación del Gobierno sobre la conformación de un equipo interinstitucional en el que participan los Ministerios del Interior y de Justicia, Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Minas y Energía, Agricultura, Relaciones Exteriores, y la Unidad de Parques Nacionales y el Instituto Colombiano de Reforma Agraria. Este equipo sería el encargado de garantizar que el proceso de prospección de hidrocarburos se ajuste a los acuerdos internacionales, preceptos constitucionales y legales vigentes así como a los máximos preceptos tecnológicos con el fin de que antes que una amenaza, el proyecto petrolero constituya una oportunidad de rescatar, fortalecer y mantener viva la milenaria cultura U'wa, generando también paz y un desarrollo sostenible que contribuya a crear prosperidad y a asegurar la supervivencia del pueblo U'wa</p>
--	--	--

	<p data-bbox="432 331 1366 667">“La Comisión recuerda al Gobierno que el Comité Tripartito que examinó la reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT manifestó en 2001 que el proceso de consulta previa, tal como expresado en el decreto núm. 1320, no está en conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio, y que una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y pueden participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales, pues de lo contrario será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación (documento GB.282/14/3, párrafo 79).</p> <p data-bbox="432 696 1366 1032">La Comisión confía que siendo la consultación y participación uno de los pilares centrales de este instrumento, el Gobierno considerará enmendar su legislación para que se encuentre en conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio. Estando pendiente la reconsideración del decreto a la luz de lo decidido por el Consejo de Administración sobre la reclamación, la Comisión confía que el Gobierno tomará plenamente en cuenta las explicaciones proporcionadas en el informe del Consejo de Administración sobre los requerimientos de esos artículos del Convenio. A este respecto, la Comisión toma nota de las extensas consultas con las comunidades indígenas a las que hizo mención el Gobierno en relación con varios proyectos.</p> <p data-bbox="432 1126 1366 1256">La Comisión agradecerá al Gobierno que la mantenga informada en su próxima memoria de los avances que se produzcan, y confía que adoptará todas las medidas necesarias que permitan salvaguardar todos los derechos que le reconoce el Convenio al pueblo U'wa</p> <p data-bbox="432 1350 1366 1581">La Comisión constata que el Gobierno no ha proporcionado informaciones sobre las medidas adoptadas o previstas para investigar los hechos señalados en el informe del Comité Tripartito que fundamentaron las recomendaciones efectuadas por el Consejo de Administración en su 282.a reunión (noviembre de 2001), referidos al uso de la fuerza contra el pueblo U'wa. La Comisión solicita al Gobierno que proporcione dichas informaciones en su próxima memoria” (OIT, CEACR, 2004).</p>
--	--

2007	Caso	<p>“La Comisión toma nota del «Informe sobre la implementación de la Consulta previa al Pueblo U'wa» realizado por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia de Colombia, del que surgen las medidas adoptadas por el Gobierno y ECOPETROL S.A. con el objeto de implementar el proceso de consulta previa con, por un lado, la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas del Departamento de Arauca - ASCATIDAR -, y, por otro, la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales U'wa - ASOU'WA - . Toma nota de las dificultades que se han presentado en ambos casos para establecer y mantener un diálogo constructivo entre el Gobierno y los pueblos afectados en la adopción de decisiones, y que se trata de un proceso que lleva 14 años de duración en los que incluso hubo hechos violentos contra la comunidad U'wa”, (OIT, CEACR, 2007).</p>
------	------	---

	<u>Observación</u>	<p>"La Comisión recuerda que es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua, pero más aún con relación a los pueblos indígenas y tribales, por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún. Por lo tanto, considerando que el Gobierno había solicitado la asistencia técnica de la Oficina para facilitar la consulta con el Pueblo U'wa dentro del marco de las recomendaciones formuladas por un comité tripartito que examinó una reclamación y cuyo informe fue adoptado por el Consejo de Administración en su 282.^a reunión (noviembre de 2001), la Comisión nota que la Oficina reiteró su mejor disposición para contribuir a una mejor aplicación de las recomendaciones de los órganos de control y espera que con la asistencia técnica de la Oficina se pueda construir la confianza indispensable para poder llevar a cabo la consulta. Además de los 14 años transcurridos, la Comisión recuerda que en el párrafo 92 del informe sobre la reclamación referida el Comité expresó «su preocupación con las informaciones de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) así como de otras fuentes fiables, manifestando la repetida utilización de fuerza contra la comunidad U'wa por parte de las fuerzas militares y policiales del Gobierno». La Comisión señala que debido a la falta de confianza la asistencia se debería dar a lo largo de un proceso y que una mera reunión no sería suficiente. La Comisión invita al Gobierno a aceptar la asistencia técnica de la Oficina y queda a la espera de informaciones sobre el curso que dé el Gobierno a este comentario", (OIT, CEACR, 2007).</p>
--	--------------------	--

Año		EmberàKatío Alto Sinú
1999	Caso	"La Comisión observa que la comunicación enviada por varias organizaciones, que fue remitida al Gobierno en fecha 18 de agosto de 1998, se refiere a la construcción de una presa hidroeléctrica (proyecto Urrá) que inundará gran parte de la comunidad Emberà-Katío y a la falta de consulta con las comunidades indígenas afectadas, en contravención del artículo 6 del Convenio. Las organizaciones profesionales solicitan el envío de una misión de contactos directos con el fin de garantizar los derechos del pueblo Emberà-Katío asentados en la región del Alto Sinú", (OIT, CEACR, 1999).
	Observación	"La Comisión espera que el Gobierno le enviará sus comentarios sobre este asunto tan pronto sea posible", (OIT, CEACR, 1999).
2001	Caso	Construcción de presa hidroeléctrica Urrá. Se presume falta de consulta a los pueblos afectados y daños irreparables causados a su medio ambiente. Ambas cosas están siendo examinadas en el contexto de dos reclamaciones presentadas en virtud del Art. 24 de la Constitución que fueron declaradas admisibles por el Consejo de Administración.
	Observación	<p>"Tomando nota de que se anticipa que estas reclamaciones sean examinadas por el Consejo en 2001, en conformidad con la práctica establecida, la Comisión no examinará estas cuestiones en la presente reunión. Por consiguiente, solicita al Gobierno que envíe información complementaria sobre las cuestiones pertinentes a las reclamaciones cuando envíe su memoria en 2002.</p> <p>En lo que respecta a la cuestión de los estudios ambientales que deben contar con la participación de las comunidades indígenas interesadas antes de otorgar toda licencia ambiental, con arreglo al artículo 7 del decreto núm. 1337, la Comisión toma nota de lo indicado por la memoria sobre la resolución núm. 0564, del 26 de junio de 1998, del Ministerio del Medio Ambiente. Según el Gobierno, dicha resolución negó la solicitud de licencia ambiental a la sociedad Mineros El Dorado, S.A. para la explotación y apropiación de ciertos yacimientos auríferos, actividades a ser desarrolladas en una región ocupada por varias comunidades indígenas. El Gobierno, manifiesta que el Ministerio del Medio Ambiente tomó en cuenta la participación de las comunidades indígenas afectadas. La Comisión pide al Gobierno que proporcione una copia del texto de la resolución citada que, aunque mencionada por el Gobierno, no fue recibida por la Oficina", (OIT, CEACR, 2001).</p>

	Caso	Existencia de una reclamación en la que se alega que el Gobierno no ha cumplido con el requisito del Convenio de consultar a los pueblos indígenas interesados acerca de la construcción y utilización de la represa hidroeléctrica Urrá. Se alega que se había causado un daño irreparable a este pueblo indígena a través de la construcción de este proyecto y que el decreto 1320, adoptado para regular las consultas fue a su vez adoptado sin consultas adecuadas.
2003	Observación	<p>“La Comisión llegó a la conclusión, en base a las informaciones que le fueron sometidas, de que "el proceso de consultas previas, tal como prevé el decreto núm. 1320, no está en conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio". Recomendó que se pida al Gobierno que enmiende la legislación referida, y que mejore los procedimientos de consulta para ponerlos en conformidad con las exigencias del Convenio. También pidió al Gobierno que proporcione información a la Comisión sobre un amplio grupo de temas relacionados a las consultas con los pueblos indígenas cuando se planeen y se lleven a cabo proyectos de desarrollo que les afecten, en especial los que se refieran a los derechos sobre la tierra y las explotaciones minerales.</p> <p>2. La Comisión toma nota de la voluminosa memoria del Gobierno y de sus anexos, recibidos poco antes de su reunión, que desafortunadamente la Comisión no pudo examinar durante esta reunión. Toma nota de que esta memoria proporciona información tanto en respuesta al informe del Consejo de Administración sobre la reclamación como respecto a los anteriores comentarios de esta Comisión sobre la aplicación más general del Convenio, aunque la Comisión no ha podido examinar si la memoria del Gobierno responde completamente a las cuestiones que se le plantearon. Solicita al Gobierno que continúe proporcionando informaciones, si fuera necesario, sobre cualquier desarrollo que se produzca en relación con el Convenio, con la suficiente antelación para que puedan ser examinadas en detalle, en la próxima reunión de la Comisión”, (OIT, CEACR, 2003).</p>
2004	Caso	Se toma nota de la información suministrada por el Gobierno referida a las negociaciones con representantes del pueblo EmberàKatio con motivo de la construcción de la represa hidroeléctrica Urrá.

		<p>La Comisión toma nota con interés del pago del monto acordado en la compensación por la explotación de recursos hídricos y que fue negociado con la Alianza de Cabildos Menores del Río Esmeralda y Fracciones del Río Sinú, que se destinará para la compra de tierra para ampliar el resguardo</p>
		<p>Se toma nota con interés de una decisión del Ministerio del Medio Ambiente con la cual, la empresa Urrá S.A. adquirió para el pueblo EmberàKatío del Alto Sinú 9.994 hectáreas. Se ha acordado también un subsidio de alimentación y transporte a los miembros de 5 comunidades que conforman esta Alianza y aún está pendiente la decisión judicial sobre el reconocimiento de otros compromisos frente a los Cabildos Mayores del Río Verde y Río Sinú (Iwagadó)</p>
	Observación	<p>“Nuevamente la Comisión debe lamentar la falta de información en las memorias sobre las medidas adoptadas o previstas para prevenir actos de intimidación o violencia contra los miembros del pueblo Emberà-Katío y sobre la evolución de las investigaciones referidas a los presuntos asesinatos, secuestros y amenazas de que han sido víctimas portavoces de la comunidad, incluyendo a Alonso DomicóJarupia, Alirio Pedro Domicó, LucindoDomicó Cabrera y KimyDomicóPernía”, (OIT, CEACR, 2004).</p>

2010	Caso	<p>En 2001 la comisión tomó nota del caso del pueblo EmberàKatío del Alto Sinú sobre la construcción sin consulta de la represa hidroeléctrica de Urrá I. No se han reparado los daños causados al pueblo Emberà por la construcción de la represa Urrá I y en 2008 se presentó el proyecto de construcción de un nuevo embalse sobre su territorio.</p> <p>Las autoridades tradicionales del pueblo Emberà han denunciado una intensificación de la militarización del territorio desde el año 2007 y que esto involucra a la comunidad directa o indirectamente en el conflicto armado.</p> <p>El mecanismo de protección establecido para garantizar la vida e integridad personal de los miembros de la comunidad se ha debilitado paulatinamente y durante los últimos años la situación de seguridad ha empeorado mucho</p>
	Observación	<p>"La Comisión se refiere a sus comentarios anteriores y solicita al Gobierno que garantice el derecho del pueblo EmberàKatío a establecer sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarles directamente, según lo previsto por el artículo 7 del Convenio", (OIT, CEACR, 2010).</p>

Año		Comunidades Sierra Nevada de Santa Marta
------------	--	---

1999	Caso	<p>"La Comisión tomó nota, en una solicitud directa anterior, de los informes que había recibido sobre violación de los derechos humanos, incluidas matanzas en las comunidades indígenas de Sierra Nevada de Santa Marta, y que el Comité Permanente para los Derechos Indígenas tenía a su cargo las investigaciones sobre las violaciones de los derechos humanos, en cooperación con la Defensoría del Pueblo. La Comisión pide al Gobierno que le informe si la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas tiene actualmente la competencia para investigar estos graves alegatos y solicita al Gobierno que comunique el estado en que se encuentran dichas investigaciones", (OIT, CEACR, 1999).</p>
------	------	--

	Observación	<p>“La Comisión toma nota con interés de la promulgación de los decretos núms. 1396 y 1397 de 8 de agosto de 1996 que establecen la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y de que la OIT fue invitada a participar en ciertas comisiones de dichas entidades. Al respecto, la Comisión solicita al Gobierno que le informe de las actividades prácticas realizadas después de su creación, en particular sobre los estudios de impacto ambiental que deben contar con la participación de las comunidades indígenas interesadas antes de otorgar cualquier licencia ambiental, tal como lo dispone el artículo 7 del decreto 1337.</p> <p>4. Artículo 3. La Comisión tomó nota, en una solicitud directa anterior, de los informes que había recibido sobre violación de los derechos humanos, incluidas matanzas en las comunidades indígenas de Sierra Nevada de Santa Marta, y que el Comité Permanente para los Derechos Indígenas tenía a su cargo las investigaciones sobre las violaciones de los derechos humanos, en cooperación con la Defensoría del Pueblo. La Comisión pide al Gobierno que le informe si la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas tiene actualmente la competencia para investigar estos graves alegatos y solicita al Gobierno que comunique el estado en que se encuentran dichas investigaciones.</p> <p>5. La Comisión toma nota, sin embargo, que la memoria del Gobierno no incluía respuestas a un gran número de cuestiones levantadas en 1995 en una solicitud dirigida directamente al Gobierno, en particular sobre los efectos prácticos dados a la mayoría de los artículos del Convenio. Aunque queda claro, del material enviado como anexo a la memoria, que se ha llevado a cabo un gran trabajo teórico, especialmente por la Dirección General de Asuntos Indígenas, hay poca indicación de hasta qué punto las políticas recomendadas han sido formalmente adoptadas y traducidas a la práctica. La Comisión, por tanto, dirige otras cuestiones sobre la aplicación del Convenio, en una detallada solicitud que envía directamente al Gobierno”, (OIT, CEACR, 1999).</p>
2001	Caso	<p>La Comisión ha recibido alegatos de violaciones de los derechos humanos que incluyen matanzas de personas indígenas de las comunidades de la Sierra Nevada. Se indicaba que el Comité Permanente para los Derechos Indígenas tenía a su cargo las investigaciones sobre dichos alegatos, en cooperación con la Defensoría del Pueblo.</p>

	Observación	<p>“El Gobierno indica que la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas no tiene actualmente la competencia para investigar casos que se presenten por presunta violación de derechos humanos en pueblos o en miembros de comunidades indígenas. Tomando nota, sin embargo, de que la memoria del Gobierno no responde a su solicitud anterior, la Comisión pide otra vez que el Gobierno comunique el estado en que se encuentran dichas investigaciones y que indique las instituciones que las están llevando a cabo, por ejemplo, la Fiscalía General de la Nación o la Procuraduría de la Nación y la Defensoría del Pueblo.</p> <p>La Comisión dirige otras cuestiones sobre la aplicación del Convenio en una solicitud que envía directamente al Gobierno, (OIT, CEACR, 2001).</p>
--	--------------------	--

2004	Observación	<p>“Reiterando comentarios anteriores, la Comisión pide al Gobierno que comunique el estado en que se encuentran las investigaciones sobre los alegatos de violaciones de los derechos humanos, incluyendo matanzas de personas indígenas en las comunidades de Sierra Nevada de Santa Marta y que indique las instituciones que las están llevando a cabo, por ejemplo, la Fiscalía General de la Nación o la Procuraduría de la Nación y la Defensoría del pueblo”, (OIT, CEACR, 2004).</p>
-------------	--------------------	---

Año	Caso	<p>Pueblo Emberà Resguardo UradáJiguamiandó</p> <p>El pueblo Emberà del resguardo de Uradá se encuentra en riesgo inminente de desplazamiento forzado frente a la ejecución sin consulta del proyecto minero Mandé Norte.</p>
------------	-------------	--

		<p>Militarización de su territorio, amenaza de conflicto armado, invasión y falta de respeto por parte de la fuerza pública de sus lugares sagrados.</p>
		<p>El INCORA mediante resolución 007 de 2003 constituyó un resguardo en beneficio de la comunidad EmberàDóbida con área total de 19.744 hectáreas conformado por dos globos de terreno baldíos que hacen parte de la reserva forestal del pacífico. En 2005 se otorgó una concesión para la exploración técnica y explotación económica de una mina de cobre, oro y molibdeno en un área de aproximadamente 16.000 has. por un período de 30 años prorrogables por 30 años más. Las zonas localizadas en el municipio de Carmen del Darién, equivalentes a 11.000 has. son territorio tradicional y resguardo del pueblo indígena Emberà de UradaJiguamiandó. En general, el proyecto afecta a más de 11 comunidades indígenas, dos comunidades afrodescendientes y un número indeterminado de comunidades campesinas.</p>
		<p>No se consultó con las comunidades indígenas y afrodescendientes antes de la firma de contratos mineros. La fase de exploración fue realizada por el Grupo de Trabajo sobre Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia. El proceso fue objeto de reclamos por parte de las autoridades indígenas y afrodescendientes por haberse desarrollado el proceso consultando a personas que no tienen la representación legítima de las comunidades</p>
		<p>Presencia de efectivos militares ingresaron a la cuenca del río Jiguamiandó</p>
		<p>Desde 2009, la empresa concesionaria ha iniciado una campaña de desprestigio y deslegitimación contra las comunidades, sus líderes y organizaciones acompañantes</p>

	<p>“Considerando la gravedad de los hechos alegados, la persistencia de las cuestiones planteadas por esta Comisión y las consecuencias irremediables que podrían derivarse de ello, la Comisión tomará en cuenta la información pertinente que contienen en las nuevas comunicaciones en la medida en que se refiere a asuntos que ya han sido planteados por la Comisión.</p> <p>Antes de tratar los casos referidos, la Comisión estima oportuno formular ciertas consideraciones generales sobre la situación de los pueblos indígenas y afrodescendientes en el país, debido al carácter generalizado de los problemas de aplicación del Convenio que se desprenden de las comunicaciones.</p> <p>La Comisión toma nota con preocupación del clima persistente de violencia en el país. En particular, la Comisión manifiesta su profunda preocupación al tomar nota de que las comunidades indígenas y afrodescendientes continúan siendo víctimas de violencia, intimidación, despojo de tierras e imposición de proyectos en sus territorios sin consulta ni participación y otras violaciones de los derechos consagrados en el Convenio.</p> <p>La Comisión lamenta asimismo tomar nota de que, según se desprende de las comunicaciones, los líderes de estas comunidades y las organizaciones que actúan en defensa de los derechos de las comunidades son a menudo víctimas de actos de violencia, amenazas, hostigamiento y estigmatización por causa de sus actividades y que los responsables de dichos actos quedan, según las alegaciones, frecuentemente impunes.</p> <p>La Comisión toma nota de la declaración de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de derechos humanos al término de su visita a Colombia en septiembre de 2009, en la cual se señala que líderes indígenas y afrocolombianos, así como otras categorías de defensores de derechos humanos, han sido asesinados, torturados, maltratados, desaparecidos, amenazados, capturados y detenidos arbitrariamente, judicializados, vigilados, desplazados por la fuerza, u obligados a exiliarse (comunicado de prensa de Naciones Unidas, de 18 de septiembre de 2009).</p> <p>La Comisión toma nota también de que según el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias, las ejecuciones extrajudiciales afectan desproporcionadamente a los pueblos indígenas y afrocolombianos (comunicado de prensa de 18 de junio de 2009). La Comisión toma nota de que semejantes preocupaciones se expresaron por parte del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial y del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (véase respectivamente, observaciones finales, CERD/C/COL/CO/14, 28 de agosto de 2009, párrafos 12, 14 y 15, y nota preliminar sobre la situación de los pueblos indígenas en Colombia, A/HRC/12/34/Add.9, 23 de septiembre de 2009) que asimismo subrayaron los</p>
--	--

	<p>graves problemas que existen en materia de derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la tierra y a la consulta (respectivamente, párrafos 19-20, y 10-11).</p> <p>La Comisión nota que, según se desprende de los autos núms. 004 y 005 de la Corte Constitucional de Colombia de enero de 2009, concernientes a los pueblos indígenas y afrodescendientes víctimas o en riesgo de desplazamiento forzado, hay una «actitud de indiferencia generalizada ante el horror que las comunidades indígenas del país han debido soportar en los últimos años». Nota igualmente que, a juicio de la Corte, «la respuesta de las autoridades estatales (...) se ha dado principalmente a través de la expedición de normas, políticas y documentos formales, los cuales, a pesar de su valor, han tenido repercusiones prácticas precarias» (auto núm. 004).</p> <p>La Comisión toma nota con preocupación de que, según se desprende de la memoria del Gobierno, en el último año se ha registrado un aumento importante del número de homicidios de personas indígenas. Toma nota de la indicación del Gobierno según la cual la Dirección Nacional de Fiscalía ha diseñado y está implementando un plan integral de acción para incrementar la eficacia en el trámite de las investigaciones acerca de casos en los que obran como víctimas miembros de comunidades indígenas. Nota además las iniciativas tomadas para cumplir con las órdenes impartidas en el auto núm. 004 de la Corte Constitucional respecto del diseño de un «programa de garantía de los derechos de los pueblos indígenas afectados por el desplazamiento o en riesgo de estarlo» y los «planes de salvaguardia étnica».</p> <p>La Comisión insta al Gobierno a:</p> <ul style="list-style-type: none">i) adoptar sin demora y de manera coordinada y sistemática, todas las medidas necesarias para proteger la integridad física, social, cultural, económica y política de las comunidades indígenas y afrodescendientes y de sus miembros y para garantizar el pleno respeto de los derechos consagrados en el Convenio;ii) adoptar medidas urgentes para prevenir y condenar los actos de violencia, intimidación y hostigamiento en contra de los miembros de las comunidades y sus líderes e investigar eficaz y imparcialmente los hechos alegados;iii) suspender inmediatamente la implementación de proyectos que afectan a las comunidades indígenas y afrodescendientes hasta que no cese toda intimidación en contra de las comunidades afectadas y sus miembros y se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio;iv) proporcionar información detallada sobre los resultados de las investigaciones realizadas en el marco del plan de acción de la Dirección
--	--

		<p>Nacional de Fiscalía, y</p> <p>v) suministrar información sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de los autos de la Corte Constitucional referidos", (OIT, CEACR, 2010).</p>
--	--	--

		Comunidad Awa
2010	Observación	<p>"Al notar tanto la resolución de la Defensoría del Pueblo núm. 53 de 2008 en que se hace referencia a amenazas, hostigamiento, desapariciones y asesinatos cometidos en contra de miembros del pueblo Awa como la reciente declaración del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas que condena los asesinatos de miembros del pueblo Awa perpetrados en la madrugada del 25 de agosto de 2009 en el departamento de Nariño, la Comisión solicita al Gobierno que proporcione información completa sobre la situación del pueblo Awa y las medidas adoptadas conforme a los comentarios precedentes de la Comisión", (OIT, CEACR, 2010).</p>

Bibliografía

Albó, Xavier, “Las flamantes autonomías indígenas en Bolivia” En *La autonomía a debate Autogobierno Indígena y Estado Plurinacional en América Latina*. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, IWGIA, 2010.

Almond, Gabriel A. *Una Disciplina segmentada. Escuelas y corrientes en las ciencias políticas*. Fondo de Cultura Económica, 1999, México, Pág 259

Antón Sánchez, Jhon, “Territorios ancestrales afroecuatorianos: una propuesta para el ejercicio de la autonomía territorial y los derechos colectivos” revisado en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2728/11.pdf>.

Borrero, García Camilo, “El multiculturalismo como derecho, el caso de los derechos especiales indígenas en Colombia”, Tesis de Maestría en Derecho, 2002.

Catherine Walsh, “Un pensamiento y posicionamiento del ‘otro’ desde la diferencia colonial”, Editorial Siglo del Hombre, 2007.

Castro Gómez, Santiago, “La poscolonialidad explicada a los niños”, Editorial Universidad del Cauca, Instituto Pensar, Universidad Javeriana.

Castro Gómez, Santiago; Grosfoguel, Ramón, “Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico”, Editorial Siglo del Hombre, 2007, Pág. 13.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 5 de agosto de 2010.

Constitución de Bolivia.

Constitución Política de Colombia

Constitución de la República del Ecuador.

Corte Constitucional, Sentencia C 225 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997.

Corte Constitucional, sentencia T-568 de 1999.

Corte Constitucional, Auto 004/09 de 26 de enero de 2009.

Corte Constitucional, Sentencia C 615 de 2009

Corte Constitucional, sentencia T 769 de 2009.

Corte Constitucional, Sentencia T-547 de 2010

Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas –CAOI-, *“Buen vivir, vivir bien. Filosofía, Políticas, Estrategias y Experiencias Regionales Andinas”*, Tercera Edición: Lima, junio de 2010.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE-, *Colombia una nación Multicultural, 2005: Su diversidad étnica*, disponible en red: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf

Dávila Sánchez, Juana, *“Apuntes sobre pluralismo jurídico”*, Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Socio Jurídica, CIJUS, 2004.

Decreto Ley 4633 del 9 de diciembre de 2011, *“Por medio del cual se brindan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”*.

Gargarella, Roberto, *“El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina”*, Revista sociedad de la facultad de Ciencias Sociales de la UBA, revisado en: http://scholar.google.com.co/scholar?q=democracia+deliberativa+*+gargarella&hl=es&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar.

Habermas, Jürgen, *“El reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho”*, Fondo de Cultura Económica, 2009.

KymlickaWill, *“Ciudadanía multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías”*, Editorial Paidós, 1996.

Mark Tushnet, *“Ensayo sobre los derechos”*, en *“Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos”*, Editor, Mauricio García Villegas, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2001.

Mesa Cuadros, Gregorio. (2010). *“Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamento de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado Ambiental de Derecho”*. 2 ed. Bogotá: Unijus, Universidad Nacional de Colombia.

Mesa Cuadros, Gregorio (2008), *“Exploración petrolera y limitaciones al derecho fundamental a la consulta previa en el caso los U’wa con Oxy”*. En Revista Semillas 36/37, Bogotá: octubre de 2008, pp. 68 a 74.

Mignolo, Walter, *“El pensamiento decolonial: Desprendimiento y apertura, Un manifiesto”*, Editorial Siglo del Hombre, 2007, Pág. 29.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 de 1989.

Rodríguez Gloria Amparo, *“La consulta previa con los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en Colombia”*, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, octubre de 2010; revisado en <http://xa.yimg.com/kq/groups/17102713/1206921489/name/CONSULTA+PREVIA+GLORIA+AMPARO+RODRIGUEZ.pdf>; revisado el 9 de abril de 2011.

Rodriguez Garavito Cesar, Orduz Salinas Natalia, Rubiano Sebastian, Boada Sebastian y Arias Felipe, 2010, *“Pueblos Indígenas y desplaamiento forzado, evaluación del cumplimiento del Gobierno colombiano del Auto 04 de la Corte Constitucional Colombiana”*, Programa de Derechos Humanos y Justicia Global de la Universidad de los Andes, noviembre de 2010.

Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio, *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo II. 2001. Editorial Siglo del Hombre.

Santos de Sousa Boaventura, *“Refundación del Estado en América Latina”*, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Siglo Veintiuno Editores, 2010.

Uprimny, Rodrigo. *“El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencia y un ensayo de sistematización doctrinal”*, en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional”, Nuevas Ediciones Ltda., Bogotá, febrero de 2002.

Ospina Peralta, Pablo, *“Estado plurinacional y gobierno territorial. Demandas indígenas en el Ecuador”*, en *“La autonomía a debate Autogobierno Indígena y Estado Plurinacional en America Latina”*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, IWGIA, 2010.

Pesante Salgado, Hernán, *“El proceso constituyente del Ecuador Algunas reflexiones”*, revisado en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2728/11.pdf>.

Sánchez Consuelo, *“Estados Plurinacionales y Pluriétnicos”*, en *“La autonomía a debate Autogobierno Indígena y Estado Plurinacional en America Latina”*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, IWGIA, 2010.

Taylor Charles, *“El multiculturalismo y la política del reconocimiento”*, Fondo de Cultura Económica, 2009.

Zambrano, Carlos Vladimir, *“Ejes políticos de la diversidad cultural”*, 2006, Editorial Siglo del Hombre.