

**EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA  
PARA LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES Y LA REALIZACIÓN  
DE OBRAS O PROYECTOS DE DESARROLLO EN SUS TERRITORIOS:  
NECESARIO Y PROBLEMÁTICO RECONOCIMIENTO**

**SONIA PATRICIA MUTUMBAJOY HURTADO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGÍA  
BOGOTÁ D.C.  
2009**

**EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA  
PARA LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES Y LA REALIZACIÓN  
DE OBRAS O PROYECTOS DE DESARROLLO EN SUS TERRITORIOS:  
NECESARIO Y PROBLEMÁTICO RECONOCIMIENTO**

**SONIA PATRICIA MUTUMBAJOY HURTADO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE  
DIRECTOR DE CARRERA**

**DIRECTOR  
DR. HERNANDO GUTIÉRREZ PRIETO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGÍA  
BOGOTÁ D.C.  
2009**

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

**Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946.**

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	11
<b>CAPITULO I. CONSIDERACIONES PREVIAS AL DERECHO DE CONSULTA: PUEBLOS INDÍGENAS, MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO.....</b>	<b>13</b>
1. SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y PUEBLOS INDÍGENAS .....	13
2. PROYECTOS DE DESARROLLO EN TERRITORIOS INDÍGENAS .....	16
3. RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS INDÍGENAS.....	19
<b>CAPITULO II. DETRÁS DE LA CONSULTA PREVIA: SOSTENIBILIDAD, AUTONOMÍA Y TERRITORIO .....</b>	<b>22</b>
1. SOSTENIBILIDAD .....	22
2. AUTONOMÍA Y TERRITORIO .....	23
<b>CAPITULO III. EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA .....</b>	<b>26</b>
1. ANTECEDENTES DEL DERECHO DE CONSULTA.....	26
2. LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	27
2.1 <i>En el Ámbito Internacional</i> .....	27
2.1.1 El derecho de consulta según el Convenio 169 de 1989 de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991: aplicación, principios, objetivos y requisitos .....	27
2.2 <i>En el Ordenamiento Jurídico Interno</i> .....	29
2.2.1 El derecho de participación en la explotación de recursos naturales según la Constitución Política de 1991 .....	29
2.2.2 El derecho de concertación y el principio de prevención en el Decreto 1397 de 1996 .....	31
2.2.3 El porqué, cuando y cómo de la consulta previa según el decreto 1320 de 1998 .....	32
3. LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .41	
3.1 <i>Sentencia SU-039 de 1997: Comunidad Indígena U'wa Vs Occidental de Colombia Oxy</i> .....	42
3.2 <i>Sentencia T-652 de 1998: El Pueblo Embera-Katío y la Hidroeléctrica de Urrá I</i> .....	44
3.3 <i>Sentencia SU-383 de 2003: Fumigación de cultivos ilícitos en Territorios Indígenas de la Amazonia Colombiana</i> .....	45
3.4 <i>Sentencia T-880 de 2006: La comunidad Motilón Barí y la explotación de petróleo en su territorio</i> 46	
<b>CAPITULO IV. EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA .....</b>	<b>49</b>
1. QUÉ ES LA CONSULTA PREVIA .....	49

1.1	<i>La Consulta como un derecho Fundamental:</i> .....	50
1.2	<i>La Consulta como un procedimiento:</i> .....	50
2.	<b>LA BUENA FE Y LA LEGITIMIDAD EN EL PROCESO DE CONSULTA</b> .....	51
3.	<b>CUANDO SE DEBE REALIZAR CONSULTA?</b> .....	52
4.	<b>OBJETIVOS DE LA CONSULTA PREVIA</b> .....	53
5.	<b>EL PODER DE DECISIÓN</b> .....	55
6.	<b>EL PROCESO DE CONSULTA</b> .....	56
6.1.	<i>Esquema del Proceso</i> .....	57
7.	<b>LOS ACTORES DEL PROCESO DE CONSULTA</b> .....	60
7.1.	<i>La Empresa</i> .....	60
7.2.	<i>El Estado</i> .....	62
7.2.1.	<b>La Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior</b> .....	62
7.2.2.	<b>La autoridad Ambiental Competente</b> .....	64
7.2.3.	<b>La Mesa Permanente de Concertación</b> .....	65
7.3.	<i>Los Pueblos Indígenas</i> .....	66
7.3.1.	<b>Autoridades indígenas</b> .....	66
7.3.2.	<b>Organizaciones Indígenas</b> .....	67
<b>CAPITULO V. EL FRACASO DE LA CONSULTA PREVIA: UNA HISTORIA DE ASUNTOS INCONSULTOS</b> .....		69
1.	<b>LOS U'WA FRENTE A LA PETROLERA OCCIDENTAL DE COLOMBIA (OXY)</b> .....	71
2.	<b>LA REPRESA DE URRÁ Y LOS EMBERA KATÍO DEL ALTO SINÚ</b> .....	73
3.	<b>PETRÓLEO EN TERRITORIO DEL PUEBLO COFÁN</b> .....	75
4.	<b>CARRETERA MOCOA – SAN FRANCISCO EN EL DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO</b> .76	
5.	<b>¿QUÉ NOS DEJAN ESTAS EXPERIENCIAS?</b> .....	78
<b>CAPITULO VI. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA CONSIDERACIÓN A LA CONSULTA PREVIA</b> .....		81
1.	<b>PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS A LA CONSULTA PREVIA</b> .....	82
1.1	<i>El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas frente al poder de decisión del Estado</i> .....	87
1.2	<i>La cuestión de los derechos territoriales: el territorio va más allá del simple concepto de resguardo</i>	
	89	
<b>CAPITULO VII. A MANERA DE REFLEXIÓN: EL CAMINO A SEGUIR Y OPORTUNIDADES DE MEJORA EN LA CONSULTA PREVIA</b> .....		93

<b>1. NO ES UNA SIMPLE CUESTIÓN DE INTERESES PARTICULARES FRENTE A INTERESES GENERALES: EL LIMITE ES LA INTEGRIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS .....</b>	<b>93</b>
<b>2. DE LA CONSULTA AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO.....</b>	<b>96</b>
<b>3. LOS PUEBLOS INDÍGENAS: ACTORES INSUSTITUIBLES .....</b>	<b>98</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>101</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>103</b>

## INTRODUCCIÓN

Después de muchos años de lucha de los pueblos indígenas, y a pesar de su existencia milenaria que precede al surgimiento del Estado, es solo hasta 1991 con la expedición de la Constitución Política, que los pueblos indígenas adquieren un reconocimiento sin precedentes en el ordenamiento jurídico, y pasan de ser sujetos invisibles, ignorados en las esferas sociales, a desempeñar un papel protagónico en la vida nacional.

El catálogo de derechos de los pueblos indígenas van desde la consagración de ser el Estado colombiano multiétnico y pluricultural que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación, el derecho a la educación propia, la justicia propia, el territorio, y de manera muy especial, el derecho a ser consultados en todas aquellas decisiones susceptibles de afectarles directa o indirectamente: particularmente respecto de la explotación de recursos naturales, o el adelantamiento de obras o proyectos en sus territorios.

Este reconocimiento marca el antes y el después de las relaciones entre el Estado, la sociedad nacional y los pueblos indígenas, y se convierte a su vez en una de las pocas herramientas con las que se han dotado a los pueblos indígenas para ejercer la defensa de sus derechos territoriales y la protección de su medio ambiente.

Sin embargo, a pesar del importante avance logrado por los pueblos indígenas, su situación en la actualidad no deja de ser problemática. El hecho que hayan logrado obtener reconocimiento constitucional y que la diversidad cultural y la protección de la integridad, social, económica y cultural sean un imperativo para el Estado, no significa que todo este solucionado para los pueblos indígenas.

Si bien la consulta previa surge como una pretensión de armonizar los diversos intereses contrapuestos cuando se trata de explotar recursos naturales o ejecutar proyectos de desarrollo en territorios indígenas: tanto de la necesidad imperante de generar alternativas de desarrollo, como de la necesidad de garantizar la integridad de los pueblos indígenas que ocupan dichos territorios, de tal manera que puedan participar y tomar decisiones autónomas en todos aquellos asuntos que inciden o puedan llegar a incidir en sus formas de vida, son muchos los conflictos que aun se generan.

En el presente documento se hace un planteamiento general del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, se explican brevemente sus antecedentes y se estudia de manera detenida el marco jurídico en que encuentra su sustento, el estado actual de la figura, el campo aplicación, el proceso, y el papel de cada uno de los actores involucrados; pero si se acepta que se trata de un aspecto también problemático que ha suscitado múltiples controversias a la hora de aplicarse, se pondrá de presente las principales dificultades y cuestionamientos que se han planteado alrededor de la figura.

De lo que se trata es de reconocer lo que ha significado la consulta previa para los pueblos indígenas, sin duda alguna, una herramienta que les ha permitido mayores garantías para su reproducción cultural, pero que sin embargo no es la solución última, sino apenas el planteamiento de una alternativa que no resuelve los problemas de fondo y que pone de presente la necesidad de generar espacios de reflexión con miras hacia el logro de los principios constitucionales que exigen la protección de la diversidad cultural y la integridad económica, cultural y social de los pueblos indígenas.

Con todo esto, se espera realizar un aporte a los procesos que viven en estos momentos los pueblos indígenas y permitir elementos de reflexión política y jurídica acerca de dicha situación, pero así mismo es una invitación a los distintos actores involucrados en el proceso, principalmente a los pueblos indígenas y a sus nuevas generaciones, para continuar fortaleciendo sus organizaciones, el aprendizaje de las experiencias de otros pueblos, el conocimiento y la exigibilidad de sus derechos.



## **CAPITULO I. CONSIDERACIONES PREVIAS AL DERECHO DE CONSULTA: PUEBLOS INDÍGENAS, MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO**

### **1. SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y PUEBLOS INDÍGENAS**

Solo hace unas décadas hemos podido tomar consciencia de los graves problemas ambientales por los que atraviesa nuestro planeta, y que ponen en grave riesgo incluso nuestra propia existencia. Hoy estamos inmersos en serios problemas ecológicos y ante la urgencia de una conciencia de conservación ambiental, es preciso admitir que el mundo no es un lugar infinito que pensaban nuestros antepasados, sino que se trata de un planeta con recursos abundantes pero no ilimitados.

Como lo revela el profesor Julio Carrizosa en su más reciente publicación, durante los últimos 50 años se han perdido más de 12 millones de hectáreas de bosque natural y solo se han logrado reforestar menos de 400 mil. Se deforestó en su totalidad el Valle del Rio Magdalena, buena parte de las vertientes de la zona andina, la región de Urabá, parte importante de Caquetá y Putumayo, y desaparecieron casi por completo formaciones como el bosque seco tropical y el cinturón de bosques de roble. Las fuentes hídricas también evidencian un grave deterioro. La misma suerte ha tenido la fauna, que es cada vez más escasa<sup>1</sup>.

Estos conflictos ambientales que se han presentado en los últimos años son el reflejo de la forma como los hombres han transformado los ecosistemas y han usado los recursos naturales. El crecimiento de la población, la sobreexplotación, la industrialización, la expansión de la frontera agrícola, la construcción de obras de desarrollo e infraestructura, en síntesis el modelo de desarrollo económico de los últimos 50 años ha sido sin duda la causa de esta destrucción.<sup>2</sup>

Hoy es claro que la cuestión ambiental es un eje fundamental de los procesos de desarrollo, y no se concibe la existencia de este último al margen de estas consideraciones. Ello ha puesto en evidencia la necesidad de plantear alternativas distintas de desarrollo que permitan encontrar un punto de equilibrio entre lo económico y lo ambiental en conjunto con una visión de protección de la diversidad, de tal forma que las generaciones presentes puedan satisfacer sus necesidades sin afectar las posibilidades de las generaciones futuras: un modelo de desarrollo denominado “desarrollo sostenible”.

---

<sup>1</sup> CARRIZOSA, Julio. Colombia de lo imaginario a lo complejo: reflexiones y notas sobre ambiente, desarrollo y paz. Bogotá: Universidad Nacional. IDEA, 2003. p. 39.

Disponible en: <http://www.unal.edu.co/idea/public/docs/reflexiones.pdf>. Ultima consulta: 15/03/2009

<sup>2</sup> LONDOÑO TORO, Beatriz y otros. Función ecológica de la propiedad en los resguardos indígenas de Colombia. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004. p. 52

El concepto de Desarrollo Sostenible aparece por primera vez en el informe “Nuestro Futuro Común” realizado por la Comisión Brundtland en 1987. La Comisión determinó que la forma de salir del callejón sin salida entre lo ecológico y lo económico, era reemplazando los enfoques que se tenían sobre crecimiento económico con el modelo de Desarrollo Sostenible<sup>3</sup>.

Un concepto más amplio de Desarrollo Sostenible surgió en la Cumbre de la Tierra en Rio de Janeiro, en el año de 1992. En esta ocasión, se reconoció que desarrollo y medio ambiente son conceptos inseparables para lo que se propone un modelo de desarrollo alternativo que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras. De ahí que Colombia, consciente de dicha responsabilidad en la aplicación de este concepto y en general de la promoción de alternativas ambientales, incorporó en la Constitución Política de 1991 y posteriormente en la ley 99 de 1993 la noción de Desarrollo Sostenible como aquel “que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni de deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.”<sup>4</sup>

Esta nueva concepción de desarrollo logró repensar el papel de los seres humanos en su relación con el medio ambiente, pero de manera muy especial logró repensar el papel de los pueblos indígenas en dicha consideración.

Así fue reconocido en la Conferencia de Río de Janeiro en 1992, con la que se consideró a los pueblos indígenas significativos interlocutores de las políticas internacionales sobre ambiente y desarrollo. El Programa 21, uno de los cuatro documentos que arrojó la Cumbre de la Tierra considerado un plan de acción en pro del desarrollo sostenible, reconoció la importancia de los conocimientos y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas en relación con sus territorios y el medio ambiente, y estableció un compromiso de los Estados de promover, fortalecer y proteger los derechos, conocimientos y prácticas de estos pueblos.

En el Capítulo 26 del Programa 21 se recomienda a los Estados instituir un proceso que confiera autoridad a los pueblos indígenas y a sus comunidades, reconocer sus territorios y garantizar su protección de todas aquellas actividades que presenten riesgos para el medio ambiente o que resulten inadecuados desde el punto de vista cultural de los pueblos indígenas, y así mismo reconocer sus conocimientos tradicionales y sus prácticas de ordenación de los recursos, con miras a promover un desarrollo ecológicamente racional y sostenible.

---

<sup>3</sup> MORALES, Jairo y LAUTE, Ulrich. El desafío ecológico: Protección del medio ambiente, desarrollo sustentable y globalización en América Latina. Bogotá: Consejo Episcopal Latinoamericano, 2000. p. 157

<sup>4</sup> Ley 99 de 1993. Artículo 3.

De otro lado, la Corte Constitucional también ha rescatado el importante valor de los pueblos indígenas por su relación con el medio ambiente y ha considerado que el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas resulta armónico con los preceptos de la Constitución relativos a la preservación ambiental, puesto que los pueblos indígenas constituyen un recurso natural humano que se considera parte integral del ambiente, “más aún cuando normalmente la población indígena ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante del patrimonio natural y cultural de la Nación”.<sup>5</sup>

Ahora bien, el desarrollo sostenible no es un concepto novedoso para los pueblos indígenas, y aunque pertenece a una propuesta conceptual de occidente, los pueblos indígenas ya conocían dicho presupuesto y desde mucho antes que los países preocupados por la situación ambiental del planeta la incorporaran en sus planes de acción, habían desarrollado conciencia ambiental en sus formas de relacionarse con el entorno.

Recientes estudios sobre los pueblos indígenas han permitido apreciar el tratamiento que estos pueblos le han dado a sus territorios y a los recursos naturales según sus prácticas culturales y espirituales bajo el principio de no tomar más de lo que se necesita. La reciente aproximación de occidente a los pueblos indígenas ha permitido entender que desde hace siglos *la selva* ha contado con la presencia de numerosos pueblos indígenas, quienes han podido conseguir de ella la satisfacción de todas sus necesidades sin destruirla, y por el contrario la han intervenido con una gran conciencia ecológica.

No se trata de una simple coincidencia, “en realidad los modos de vida, las prácticas en el uso de los recursos naturales, las creencias y valores o el profundo conocimiento de sus hábitats por parte de los pueblos indígenas, ha conducido en la mayoría de casos a prácticas que se pueden calificar como altamente sostenibles”<sup>6</sup>, y tal como lo dijera el Banco Interamericano de Desarrollo en 1997: “*a pesar de los difíciles medios naturales en que viven, los pueblos indígenas han logrado sobrevivir en zonas ecológicamente delicadas con limitada capacidad de carga para que una población numerosa pueda sobrevivir. Muchos de estos pueblos tienen profundos conocimientos acerca del medio en que viven y de las diferentes especies de plantas y animales y han desarrollado técnicas sofisticadas para el aprovechamiento sostenible de estos recursos.*”<sup>7</sup>

Esta importante relación entre pueblos indígenas, medio ambiente y sostenibilidad no está dada en abstracto o en el imaginario de los pueblos, dicha relación está fuertemente marcada en cada una de sus expresiones culturales, desde la concepción de su propio pensamiento, la educación propia, la lengua materna, el desarrollo de prácticas tradicionales de salud, el conocimiento y manejo de plantas medicinales, y particularmente sus sistemas

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-342 de 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>6</sup> OVIEDO CARRILLO, Gonzalo. Políticas y acciones del WWF sobre áreas protegidas y pueblos indígenas. En: Taller sobre experiencia practicas en gestión de áreas protegidas por los pueblos indígenas de Iberoamérica. Cartagena: 1999. p. 31

<sup>7</sup> DERUYTTERE, Anne. Pueblos indígenas y desarrollo sostenible: El papel del Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en: <<http://wwwt.iadb.org/sds/doc/947spa.pdf>>. Última consulta: 10/03/2009

productivos tradicionales. La *chagra*, considerada una de las formas de producción mas importantes de un gran numero de pueblos indígenas, es un espacio sostenible por excelencia; un espacio de educación donde se transmite el legado de los mayores de generación en generación, donde se cultiva productos alimenticios, maderables y medicinales que ayudan a la sostenibilidad y sustentabilidad del bosque y donde los padres enseñan a sus hijos los conocimientos básicos sobre el ambiente que los rodea.<sup>8</sup>

Con mucha razón se ha dicho que los territorios indígenas además de garantizar los derechos y la supervivencia de los grupos étnicos, cumplen una importante función ecológica al constituirse en la práctica en zonas de protección de la biodiversidad. Los territorios de los pueblos indígenas son una prueba concreta de la forma sostenible que se da su relación con el medio ambiente; no es en vano que algunos territorios habitados por pueblos indígenas queden superpuestos en áreas declaradas con posterioridad Parques o Reservas Naturales. Por otra parte, el reconocimiento de derechos territoriales a los pueblos indígenas bajo la modalidad de resguardos, ha estado respaldado en la enorme capacidad de los pueblos indígenas en la conservación del medio ambiente, y aunque el hecho que los pueblos indígenas sean titulares de amplias porciones de territorio (casi el 30% del territorio nacional), ha sido utilizado por el Gobierno como un argumento para sostener que los pueblos indígenas tienen suficientes tierras y que sus demandas no tienen justificación, lo que omiten los discursos oficiales es que precisamente tal cantidad de territorio se les ha entregado a los pueblos indígenas como una medida para protegerlas de la sobreexplotación y garantizar su permanencia como espacios de protección de la diversidad.<sup>9</sup>

## **2. PROYECTOS DE DESARROLLO EN TERRITORIOS INDÍGENAS**

Desde el descubrimiento de América, la mal llamada época de la Conquista y la Colonia, el interés de occidente por los pueblos indígenas ha cambiado sustancialmente: hoy ya no es su mano de obra o su oro el que genera interés al mundo; existe una nueva riqueza que ha sido foco de diversos intereses: en parte el conocimiento que han logrado conservar respecto de sus ecosistemas, y de otro lado sus territorios, no solo por ser importantes sitios de conservación de la biodiversidad, sino por representar territorios estratégicos para adelantar diferentes actividades económicas, desde la apertura de carreteras, la construcción de obras, presas, puertos, hidroeléctricas, etc.; y principalmente para la explotación de los recursos contenidos en ellos: plantas medicinales, carbón, oro, madera y petróleo.

El desarrollo económico se ha convertido en una de las principales preocupaciones de los Estados, pero primordialmente una de las metas obligadas de los gobiernos, hacia la que deben dirigirse sin duda sus planes de acción. Y no puede ser de otra manera, cuando

---

<sup>8</sup> CORTEGANO CHOTA, Simón y CRUZ PEÑA, Orlando. La Chagra: un espacio de roles, aprendizajes y autoabastecimiento. Bogotá: 2005. p.18

<sup>9</sup> CECOIN. Indígenas sin derechos: Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Bogotá: Antropos, 2007. p.58

disminuir los índices de pobreza y mejorar las condiciones de vida de grandes grupos humanos exige la explotación de los recursos y la ocupación de los territorios. Así fue planteado en “los objetivos del desarrollo del milenio” en el año 2.000, como una muestra de las aspiraciones de desarrollo del mundo en su conjunto.

Sin embargo, dentro de este planteamiento es preciso considerar la situación de los pueblos indígenas, quienes han resultado uno de los principales damnificados por los esquemas de desarrollo propuestos por occidente, y si bien es cierto, que la forma de pensar a los pueblos indígenas y de proponer para ellos medidas de desarrollo ha cambiado sustancialmente desde las últimas décadas, y no existe hoy en día pretensión de los Estados, ni políticas *directamente* dirigidas a integrar a las comunidades indígenas al modelo de desarrollo predominante como lo proponía el Convenio 107 de la OIT de 1957 y la Organización de las Naciones Unidas en 1951, para quien en ese entonces: alcanzar el desarrollo y el progreso acelerado es imposible sin ajustes dolorosos, debiendo erradicarse las filosofías ancestrales y romperse los lazos de familia, credo y raza<sup>10</sup>; de todas maneras, las medidas de desarrollo que se proponen en la actualidad y que involucran a los pueblos indígenas, siguen resultando lesivas de sus derechos, y con mucha frecuencia las necesidades del desarrollo se imponen por encima de estos pueblos, sin importar su posición o su desacuerdo.

El *desarrollo económico*, planteado por regla general desde una concepción opuesta y excluyente de la visión de los pueblos indígenas, ha sido uno de los principales móviles de violación de sus derechos. Los pueblos indígenas han sido expulsados de las tierras que había ocupado durante siglos, y en lugar de desarrollo lo que se ha producido es un grave deterioro de los recursos naturales y una pérdida de la calidad de vida de los pueblos indígenas.<sup>11</sup> Mas grave aún, es que quienes tienen a su cargo la responsabilidad de planificar el desarrollo, han elegido no enterarse demasiado de las implicaciones del *progreso* en la vida de los pueblos indígenas, “y han preferido descartarlas por ser costos sociales inevitables del desarrollo, confiando en que sus efectos serían transitorios y las poblaciones afectadas pronto se incorporarían a los beneficios del proceso de modernización.”<sup>12</sup>

Por desgracia la realidad ha sido distinta, y los pueblos indígenas, no solo han sido víctimas económicas de los esquemas de desarrollo, sino que en muchos casos se los ha destruido físicamente, y con frecuencia su desaparición colectiva resulta ser un producto lamentable del desarrollo.

La primera de las arremetidas contra el modo de vivir de los pueblos indígenas es el ataque contra su tierra, sus recursos naturales y en general la biodiversidad de los ecosistemas que

---

<sup>10</sup> *Ibíd.* p. 72

<sup>11</sup> NIGH, Ronal y RODRÍGUEZ Nemesio. Territorios violados: indios, medio ambiente y desarrollo en América Latina. México: Instituto Nacional Indigenista, 1995. p. 19

<sup>12</sup> NOGUEROL ÁLVAREZ, María. El nuevo paradigma de desarrollo: el modelo sostenible y las cosmovisiones indígenas. En: Taller sobre experiencia prácticas en gestión de áreas protegidas por los pueblos indígenas de Iberoamérica. Cartagena: 1999. P. 14.

habitan, además de los derivados de la deforestación, la introducción de graves enfermedades causadas por la contaminación, la desertificación de sus territorios tradicionales, y el deterioro de su medio ecológico<sup>13</sup>. En particular se debe considerar la reducción de sus territorios productivos, profanación de sitios sagrados, procesos de colonización, erosión de suelos, disminución de los hábitats de la vida silvestre, de la caza y la pesca.

Según el informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los indígenas, durante su visita realizada a Colombia en marzo de 2004, *“es un motivo de preocupación que las comunidades indígenas aun teniendo legalmente la posesión de sus resguardos no están en posición de proteger adecuadamente sus territorios de invasiones o apropiaciones ilegales, ni de ejercer efectivamente su derecho de determinar los usos que se le den a las tierras, sobre todo cuando hay fuertes intereses económicos que disputan el control de las mismas”*.<sup>14</sup>

Se trata de una situación de contrastes: de un lado, los pueblos indígenas son reconocidos como importantes actores ambientales y los Estados establecen compromisos para garantizar la protección de sus conocimientos acerca del manejo que le han dado al territorio y a sus recursos, pero por otra parte se avala la construcción de carreteras, puentes y presas, poniendo en jaque sus posibilidades de supervivencia, obligándolos a abandonar sus territorios y con ello, sus practicas tradicionales de manejo y cuidado del entorno.

A pesar de considerarse a los pueblos indígenas importantes elementos en las cuestiones ambientales y del avance en el reconocimiento de sus derechos territoriales, ellos no han sido suficientes para aminorar los efectos de la colonización, el desconocimiento y usurpación de sus territorios, la violación de los derechos humanos, y la falta de respeto y valoración a sus costumbres y conocimientos. El crecimiento de la población, la sobreexplotación, la industrialización, la expansión de la frontera agrícola, así como la ejecución de obras de infraestructura, siguen desplazando a los pueblos indígenas de sus territorios y amenazan la pervivencia de su cultura.

Un hecho histórico que trascendió en la vida nacional por los fuertes impactos ambientales y que sobre la cultura de los pueblos indígenas produjo, se refiere a la Construcción de la Hidroeléctrica Urrá en territorio del pueblo indígena Embera-katio del Alto Sinú.

Lo ocurrido con este pueblo indígena fue ampliamente estudiado por la Corte Constitucional mediante sentencia T-652 de 1998.<sup>15</sup> En esta providencia la Corte sostuvo

---

<sup>13</sup> Sobre el particular se refirió la Corte Constitucional mediante sentencia T-380 de 1993. "El ordenamiento constitucional colombiano ha recogido ampliamente la preocupación originada en la amenaza creciente que la acción deforestadora tiene sobre los ecosistemas. Esta no sólo ocasiona la extinción de numerosas especies de flora y fauna, alterando los ciclos hidrológicos y climáticos de vastas regiones, sino que resta oportunidades de supervivencia a los pueblos indígenas de las selvas húmedas tropicales".

<sup>14</sup> CECOIN, Op.cít. p. 58

<sup>15</sup> Esta sentencia será tratada mas adelante, en el aparte correspondiente a *la Consulta Previa según la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*

que eran validos todos los motivos de queja de los Embera-Katío respecto de los fuertes impactos que generó el proyecto en su territorio. Para la Corte es claro que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrareconocimiento a los que estuvieron sometidos desde la conquista española: tales obras no sólo constituyen otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes que le permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno que habitan.

La economía tradicional de subsistencia ya no es posible, y la supervivencia de los Embera-Katío del Alto Sinú sólo será viable si se incorporan a la economía de mercado; es decir, si renuncian a la diversidad de productos naturales que aquel modo de producción les ofrecía y cambian -definitiva y apresuradamente-, sus prácticas tradicionales de caza y recolecta por actividades agrarias de mayor impacto ambiental.

Este antecedente, es un reflejo de la errada concepción de desarrollo que se les ha impuesto a los pueblos indígenas, sobre todo cuando se les niega el derecho de participar en dichos procesos, y aun más de decidir y definir de acuerdo con sus valores culturales sus propias prioridades de desarrollo.

### **3. RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS INDÍGENAS**

La presencia de recursos naturales en territorios indígenas, plantea otra situación problemática para estos pueblos, y no solo porque sus territorios son considerados focos estratégicos para el desarrollo por la presencia de recursos, sino principalmente porque no existe un reconocimiento claro de los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre ellos.

No obstante los pueblos indígenas siempre han reivindicado la propiedad integral sobre el territorio, y se han opuesto a la división tradicional que hace el Estado entre suelo y subsuelo y entre recursos naturales renovables y no renovables; Colombia, constituye una de las situaciones excepcionales del convenio 169 en que la propiedad de los recursos naturales no es exclusiva de los pueblos indígenas, y como resultado de una política estratégica del Gobierno - si se considera que cerca del 30% del territorio nacional es indígena, y en esas áreas están las principales reservas de minerales preciosos y carboníferos, y una parte importante de las reservas petroleras<sup>16</sup> - el Estado se reserva el dominio de los recursos mineros y de los recursos del subsuelo en general.

Pese a que el Convenio 169 de la OIT ha reconocido que el dominio de los pueblos indígenas sobre sus territorios se extiende también a los recursos necesarios para su

---

<sup>16</sup> HOUGHTON, Juan. Territorios indígenas, autonomías y asamblea constituyente: Una visión comparativa de Bolivia y Colombia. Disponible en: <http://cenda.org/publicaciones/territoriosindigenasyasambleaconstituyente.pdf> >Ultima consulta: 02/01/2009

reproducción social y económica; hace una salvedad a este reconocimiento y acepta que pueden darse situaciones excepcionales en las que acorde con la legislación interna de cada país, no sean los pueblos indígenas los propietarios de dichos recursos. Esto es lo que se pueden leer en el art 15 de la norma:

1. *Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*
2. *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. (...)*

Así fue previsto por la Constitución Política de 1991 y posteriormente por el Código de Minas que determina que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, otorgándole poder absoluto para ordenar el aprovechamiento de estos recursos en función del interés general.

Dicha situación que además de ser vista por los pueblos indígenas como una tendencia expropiatoria que en situaciones concretas los despoja de sus territorios en el afán de explotar sus recursos, les resulta incomprensible que a pesar de ser reconocidos como plenos propietarios de sus territorios no resultan de la misma forma dueños de los recursos contenidos en ellos. Es como si a los pueblos indígenas “se les hubiera querido imponer la concepción desarticulada de naturaleza con los recursos renovables por un lado y los no renovables por otro, promoviendo la propiedad sobre ciertos recursos pero no sobre otros, o el reconocimiento del uso pero no de su propiedad o el reconocimiento de la propiedad pero sin autonomía para el manejo”.<sup>17</sup>

Lo que más preocupa a los pueblos indígenas, es el estado de vulnerabilidad en que quedan sus territorios, pues al no poder decidir ellos mismos el destino que debe dársele a sus recursos, queda abierta la posibilidad para que agentes externos y ajenos a las comunidades indígenas, se hagan a la explotación de sus recursos, sin consideración a su voluntad como legítimos propietarios de los territorios que ocupan.

Ante el conflicto que genera la posición de los pueblos indígenas que siempre han insistido en sostener su visión integral de la tierra y los recursos, y como quiera que cuando el Estado demanda acceder al subsuelo, debe necesariamente acceder al suelo sobre el que son los pueblos indígenas y no el Estado a quienes se les ha reconocido dominio, la

---

<sup>17</sup> CEREC, GAIA. Derechos territoriales indígenas y ecología en las selvas tropicales de América. Bogotá: Presencia, 1992.p. 25



Constitución Política de 1991 estableció una formula sacramental, que pretende armonizar las distintas tensiones cuando se refiere a la explotación de recursos naturales existentes en territorios indígenas y encontrar un punto de equilibrio, entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena<sup>18</sup>.

Según el art. 330 de la Constitución, la explotación de recursos naturales en territorios indígenas debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

## **CAPITULO II. DETRÁS DE LA CONSULTA PREVIA: SOSTENIBILIDAD, AUTONOMÍA Y TERRITORIO**

### **1. SOSTENIBILIDAD**

La preocupación por las cuestiones ambientales que permitió a los países del mundo, en 1987 con la Comisión Brundtland, y en el año de 1992 con la Cumbre de Río, proponer una alternativa distinta de desarrollo que fuera armónica con el medio ambiente, ha sido sin duda uno de los principales sustentos del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa.

El desarrollo sostenible que logró repensar el papel de los seres humanos en su relación con el medio ambiente, pero de manera muy especial logró repensar a los pueblos indígenas como importantes actores ambientales, ha dado lugar al reconocimiento de una serie de derechos a estos pueblos, de tal forma que su importante labor ambiental además de ser recompensada, pueda ser perpetuada en el tiempo.

Resulta lógico pensar que el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa haya estado precedido por la fuerte presión de los Estados preocupados por las cuestiones ambientales, pero es además un estratégico reconocimiento, si se piensa que la aplicación del postulado de sostenibilidad era y sigue siendo un imperativo para cada uno de los agentes económicos (incluidos los Estados) y qué mejor manera de dar cumplimiento a dicho mandato, reconociendo a los pueblos indígenas su derecho a ser consultados en todas aquellas decisiones que en el marco del desarrollo involucren sus territorios o sus recursos naturales, pues son ellos, - los pueblos indígenas - por la estrecha relación que han desarrollado con su medio ambiente, los principales interesados en evitar la destrucción de su entorno.

Recordemos a este respecto, una de las consideraciones de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo al expedir el Convenio 169, para quien en ese entonces la adopción del convenio respondía entre otras cosas, “a la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad (...)”. En esa misma línea, el Programa 21, adoptado durante la Conferencia de Río de Janeiro, (considerado un instrumento de acción en pro del desarrollo sostenible), plantea los compromisos que deben asumir los Estados como responsables de la preservación del medio ambiente. Uno de esos compromisos está consagrado en el numeral 26.6 según el cual: “ los gobiernos, en cooperación plena con las poblaciones indígenas y sus comunidades, según procediera, deberían: (a) crear o fortalecer los mecanismos nacionales para celebrar consultas con las poblaciones indígenas y sus comunidades con miras a tener en cuenta sus necesidades e incorporar sus valores y sus conocimientos y practicas tradicionales o de otra índoles en las políticas y programas

nacionales en materia de ordenación y conservación de los recursos naturales y en otros programas de desarrollo que puedan afectar esas poblaciones”. De ello se deduce la íntima relación entre desarrollo sostenible, pueblos indígenas y consulta previa. Según este compromiso que adquieren los Estados, el mecanismo de consulta previa, se puede considerar uno de los instrumentos para el logro de la sostenibilidad.

Sin embargo, este concepto de sostenibilidad no solo debe restringirse hacia la consideración de un desarrollo armónico con las cuestiones ambientales en sí mismo consideradas, pues si recordamos, según lo ha dicho la Corte Constitucional, los pueblos indígenas son un recurso natural humano que hace parte integral del medio ambiente, y como tal la preocupación por la armonía con el medio ambiente, también debe comprender una preocupación por la armonía con los valores culturales de los pueblos indígenas. Se trata de un principio de sostenibilidad ambiental y cultural, ambos sustentos importantes del derecho de consulta.

De acuerdo con Jordi Martí redactor de la Agenda 21 de la Cultura, “es indudable que la preservación y dinamización de los ecosistemas culturales y la armonización de la convivencia entre culturas, es uno de los retos que hoy el mundo tiene planteados. Si a finales del siglo XX, la declaración sobre la biodiversidad aprobada en Río de Janeiro el año 92, perseguía encontrar formas de desarrollo que permitieran la sostenibilidad del medio natural, en el siglo XXI encontrar formas que permitan la sostenibilidad cultural es quizás lo más urgente.”<sup>19</sup>

Teniendo en cuenta que en los procesos de consulta previa, se discuten aquellos asuntos que inciden de alguna manera sobre los pueblos indígenas, especialmente asuntos de desarrollo, resulta de gran importancia la aplicación de este principio que orientado hacia la existencia de un desarrollo armónico con las cuestiones ambientales, procure la armonía con la cultura de los pueblos indígenas: un desarrollo que le apueste a la sostenibilidad de las culturas de los pueblos indígenas, como una garantía para la pervivencia de las presentes y futuras generaciones.

## **2. AUTONOMÍA Y TERRITORIO**

Si recordamos que una de las principales formas de violencia contra los derechos de los pueblos indígenas ha estado precedida por el especial interés con que son vistos sus territorios para el desarrollo de obras o proyectos o para la explotación de los recursos naturales contenidos en ellos, es posible decir también que la Consulta previa obedece a una preocupación especial de brindar a los pueblos indígenas herramientas que les garanticen posibilidades de acción frente a dichos intereses.

La Consulta Previa pretende ser el instrumento jurídico que reconozca los derechos políticos, sociales, étnicos, y culturales de los pueblos indígenas y el escenario que les

---

<sup>19</sup> MARTÍ, Jordi. La Agenda 21 de la Cultura. Disponible en < <http://ugt.es/claridad/marti.pdf> > Última consulta 30/03/2009

permita decidir sobre su modelo de desarrollo, en conjunto con la posibilidad de ejercer la defensa real de sus territorios, sus recursos e indudablemente su medio ambiente; pero así mismo es el resultado de la necesidad de armonizar los diversos intereses contrapuestos cuando se trata de explotar recursos naturales o ejecutar proyectos de desarrollo en territorios indígenas: tanto de la necesidad imperante de generar alternativas de desarrollo, como de la necesidad de garantizar la integridad de los pueblos indígenas que ocupan dichos territorios, de tal manera que puedan participar de manera activa en todos aquellos asuntos que inciden en sus formas de vida y tomar decisiones autónomas como pueblos que son. Entre otras cosas, porque uno de los principales retos de la consulta previa es reconocer a los pueblos indígenas como sujetos colectivos con plena capacidad de decisión.

En este sentido, puede decirse que además del concepto de sostenibilidad, el derecho a la autonomía y el derecho al territorio de los pueblos indígenas se erigen en sustento esencial de la consulta previa.

- Autonomía

La autonomía desde un primer acercamiento, es el espacio de los pueblos indígenas para ejercer su diferencia, espacio en el cual toman sus propias decisiones, se autogobiernan y encaminan su vida como individuos, parte de una colectividad, y conforme a sus propios intereses, usos y costumbres<sup>20</sup>. La autonomía se puede entender como la máxima libertad para decidir sobre la vida en sociedad en el territorio, sin ninguna intromisión del Estado, por lo menos como quedó en el Convenio 169 al señalar los derechos expresos que materializan este principio: “el territorio, el uso y la educación en la lengua propia, la expresión de su propia cultura, el autogobierno, la practica de normas propias en sus formas organizativas y de control, y la participación a través de la Consulta”.<sup>21</sup>

Se entiende que el reconocimiento de la autonomía es necesario para decidir el presente y el futuro. La autonomía está basada en lo territorial, lo identitario y lo propio. La exigencia del respeto a la autonomía además conlleva el reconocimiento de los sistemas de autoridad y gobierno de esos pueblos y de los procesos mediante los cuales toman decisiones<sup>22</sup>.

Teniendo en cuenta las disposiciones del Convenio 169 de la OIT según el cual “los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, y en la medida que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo, económico y social”, la consulta previa entonces pretende ser el instrumento que haga realidad el reconocimiento de dicha

---

<sup>20</sup> BARRIOS ROMERO, Juan Pablo. Derecho constitucional, derecho interamericano y derechos indígenas: Avances y frustraciones. Bogotá: Visión Renacer, 2007. p. 111

<sup>21</sup> CECOIN, Op.cít. p. 59.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. La consulta previa a los pueblos indígenas. Disponible en: <[http://urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/materiales/consulta\\_previa.pdf](http://urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/materiales/consulta_previa.pdf)> Ultima consulta: 25/03/2009

autonomía, cuando se les permite participar en todos aquellos asuntos que inciden de alguna manera sobre sus formas de vida, sus territorios o sus recursos.

- Territorio

Por su parte, los derechos territoriales de los pueblos indígenas han tenido un amplio reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico, desde el Convenio 169 de la OIT, según el cual los Gobiernos están obligados a respetar la especial importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con los territorios; hasta las disposiciones constitucionales que le dan a las tierras de resguardo el carácter de propiedad inalienable, inembargable e imprescriptible; así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional al reconocer que la propiedad colectiva que los pueblos indígenas detentan sobre sus territorios tiene el carácter de derecho fundamental, por ser su principal medio de subsistencia, y porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos<sup>23</sup>.

Este reconocimiento, así como la preocupación respecto de los conflictos que el desarrollo plantea para los pueblos indígenas, ha sido también uno de los principales sustentos del derecho de consulta. Teniendo en cuenta que una de las principales consecuencias de los esquemas de desarrollo propuestos por occidente para los pueblos indígenas, ha sido el ataque contra su tierra y sus recursos, el daño a su entorno natural y el despojo de los territorios que habían ocupado durante siglos, resulta comprensible que la consulta previa pretenda ser uno de los principales instrumentos jurídicos que les permita a los pueblos indígenas reafirmar sus derechos territoriales, al permitirseles participar en las decisiones que al respecto se tomen.

Como corolario de lo anterior, el concepto de sostenibilidad, y los derechos de los pueblos indígenas a la autonomía y al territorio, se muestran como sustento fundamental del reconocimiento del derecho a la consulta previa. La pretensión detrás de este reconocimiento se erige en una forma de cumplir los postulados de la sostenibilidad, reconocer a los pueblos indígenas como sujetos con plena capacidad de decisión en los asuntos que son de su interés y permitirles mayores garantías para la protección de su entorno incluidos sus territorios.

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-188 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

## **CAPITULO III. EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA**

### **1. ANTECEDENTES DEL DERECHO DE CONSULTA**

El principal antecedente de la Consulta Previa lo encontramos en 1989 con el Convenio 169 de la OIT, uno de los primeros instrumentos internacionales en reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la consulta, que ha sido ratificado por diversos gobiernos en el mundo, incluido el gobierno colombiano. Para el Dr. Víctor Rodríguez (Experto en Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Derecho Indígena), el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales fue consagrado en los primeros instrumentos internacionales que sobre derechos colectivos indígenas fueron concebidos, primeramente en el marco de la ONU<sup>24</sup> y de manera más precisa, en el marco de la OIT mediante el Convenio 169, que es “el tratado más amplio e integral en esa materia”<sup>25</sup>

Este reconocimiento internacional luego sería plasmado en algunas legislaciones internas, especialmente en países que se reconocen como multiculturales e interculturales, como el caso de Colombia. Sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no es posible encontrar referentes del derecho de consulta antes de 1991. Recordemos que a pesar de la vigencia del Convenio 169, el gobierno colombiano solo vino a aprobarlo hasta 1991, mediante ley 21 en marzo de ese mismo año, época para la cual también cursaba la expedición de la nueva Constitución Política. Es en 1991, con la aprobación del Convenio 169 y la promulgación de la Constitución Política, que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en todos aquellos asuntos que puedan incidir en sus formas de vida, su territorio o sus recursos, adquiere un reconocimiento sin precedentes.

Con estos dos instrumentos los pueblos indígenas han sentado las bases para la defensa de sus territorios de intereses ajenos que las pretenden, y han exigido su participación en los asuntos que son de su interés. El convenio 169 ha sido considerado el instrumento jurídico por excelencia, invocado por los pueblos indígenas a la hora de exigir sus derechos.

Posterior a la Constitución Política y a la adopción del Convenio 169 mediante ley 21 de 1991, en el ordenamiento jurídico interno se han expedido otra serie de normas que reafirman y desarrollan sus postulados: entre ellos la ley 99 de 1993, el Decreto 1397 de

---

<sup>24</sup> Podemos encontrar por ejemplo, la Declaración Universal de derechos Humanos en 1948, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996, sin embargo en ninguno de ellos, hay una referencia explícita al derecho de consulta.

<sup>25</sup> SAAVEDRA, Ana María y ANGARITA, Luis Hernando. La consulta previa a los pueblos indígenas y tribales: compendio de legislación, jurisprudencia y documentos de estudio. Bogotá. 2006. Ministerio del Interior y de Justicia. Pág. 21

1996, el Decreto 1320 de 1998 (reglamentario del derecho de consulta), y recientemente la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos indígenas de la ONU aprobada en septiembre de 2007, que sin embargo no fue ratificada por el gobierno colombiano.

## **2. LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

### **2.1 En el Ámbito Internacional**

#### **2.1.1 El derecho de consulta según el Convenio 169 de 1989 de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991: aplicación, principios, objetivos y requisitos**

Entre tanto la Constitución Política se consideraba pionera en el reconocimiento del derecho de consulta a los pueblos indígenas, dos años antes de su expedición, el 7 de junio de 1989, la Conferencia General de la OIT adoptaba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, el cual fue aprobado por el Congreso e incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 21 de 1991.

El Convenio 169 tiene sus antecedentes en el Convenio 107 de 1957, el cual de manera negativa impulsaba la integración de los pueblos indígenas en las sociedades nacionales sin tener en cuenta ni buscar mecanismos para evitar la extinción cultural de que estos grupos estaban siendo objeto. Por el contrario, el Convenio 169 plantea el reconocimiento de la pluralidad y de la diversidad sin pretender su asimilación, y consagra una especial connotación del derecho de los pueblos a que las decisiones que les afectan les sean consultadas, aspecto no contemplado en el Convenio 107 y que marcan una gran diferencia entre los dos instrumentos. Ello hizo que el Convenio 107 fuera revisado y reemplazado expresamente por el convenio 169.

El Convenio 169 es el marco general para el proceso de consulta previa a las comunidades indígenas, establece una serie de principios y objetivos tendientes a la protección étnica y cultural de los pueblos indígenas y al reconocimiento de sus derechos fundamentales por parte de los Estados firmantes. Si bien el Convenio no trae una definición de la Consulta Previa, ni el procedimiento específico que debe efectuarse para su desarrollo, el Convenio es lo suficientemente claro al consagrar la obligatoriedad de la Consulta y los distintos eventos en que ella debe tener lugar.

#### *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;*
  - (...)*

*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.*

#### *Artículo 7*

*1. 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 de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.*

*(...)*

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

#### *Artículo 15*

*(...)*

*2. 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.*

De acuerdo con estas normas, son tres los eventos que prevé el Convenio en los cuales debe llevarse a cabo la Consulta a los pueblos indígenas:

- En primer lugar la Consulta debe efectuarse cuando se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas. En este caso se les debe consultar de manera previa, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias de tal forma que se permita lograr un acuerdo (art. 6 convenio)
- En segundo lugar, y en la misma línea de la Constitución, el Convenio plantea la obligatoriedad de la Consulta cuando se pretenda explotar recursos naturales ubicados en territorios indígenas. En este evento, se debe tener como parámetro fundamental el respeto por el derecho de las comunidades indígenas a los recursos



naturales existentes en sus territorios; sin embargo, cuando dichos recursos pertenezcan al Estado, se deben establecer procedimientos adecuados con miras a consultar a los pueblos indígenas, de tal forma que se pueda determinar si los intereses de esos pueblos resultarían perjudicados y en qué forma. (art. 15 convenio)

- Finalmente, y aunque el Convenio no se refiere concretamente a la Consulta, reconoce la especial participación de los pueblos indígenas cuando se implementen proyectos de desarrollo para las comunidades, en los que se debe promover el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, salud y educación de los pueblos, además de velar porque se realicen estudios con los pueblos indígenas para determinar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo puedan tener sobre los pueblos, los cuales deben ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de dichos proyectos. ( art. 7º convenio)

Tres aspectos importantes podemos destacar de las normas reseñadas:

En primer lugar, el Convenio plantea un requisito de la esencia de la Consulta, esto es que ella se realice de manera *previa* a la expedición de un acto administrativo o legislativo, o a la ejecución de determinado proyecto, lo que hace que notificaciones posteriores con el fin de informar a los pueblos, sin haberseles permitido expresarse sobre la actividad, no tienen ningún valor de Consulta.

De otro lado, el Convenio establece que la consulta se debe realizar a través de instituciones representativas de los pueblos, con lo que se pretende asegurar la *legitimidad* de la institución, garantizando que en dicho proceso haya una real participación de la comunidad a través de sus propios sistemas de autoridad y representación. El artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones, lo que significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir de manera activa en el proceso de desarrollo<sup>26</sup>.

A todo lo anterior está aunado el principio de *buena fe* que debe permear los procesos de Consulta, el cual se manifiesta en el suministro de información apropiada y completa que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y en la no existencia de presiones indebidas a los pueblos indígenas para determinar su consentimiento.

## **2.2 En el Ordenamiento Jurídico Interno**

### **2.2.1 El derecho de participación en la explotación de recursos naturales según la Constitución Política de 1991**

---

<sup>26</sup> SAAVEDRA, Ana María y ANGARITA, Luis Hernando. Op.cít. p. 150

La expedición de la Constitución Política de 1991, refleja el quiebre entre el antes y después para los pueblos indígenas, desde la invisibilidad de las minorías étnicas, hasta su real protagonismo en los diferentes ámbitos de participación. La Constitución de 1991, es efectivamente una apuesta por la multiculturalidad, en la que los pueblos indígenas desempeñan un importante papel.

Dentro de esta nueva concepción de nación, además del reconocimiento de la multietnicidad, la multiculturalidad, el multilingüismo, y los derechos territoriales, la Constitución previó de manera especial para los pueblos indígenas el derecho de participación a través de la Consulta.

En el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, la Carta ofrece una protección especial al derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, como la relacionada con la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios. Para estos efectos plantea la obligación al Estado y a los interesados en la obra, que el aprovechamiento de los recursos de los territorios indígenas se realice sin detrimento de su integridad, tal que se garantice no solo la protección de la diversidad étnica y cultural, sino también la inviolabilidad del territorio indígena y la protección de su medio ambiente.

Si bien la norma no se refiere de manera explícita al derecho de consulta, es innegable su relación con este aspecto, cuando al tenor del párrafo del artículo 330 de la Constitución, *“la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”*.<sup>27</sup>

De otro lado, puede apreciarse que la Carta impone a las autoridades la obligación de adelantar consulta previa para el caso especial de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, guardando silencio respecto de la consulta para los otros eventos en que ella también resulta obligatoria, como la expedición de medidas legislativas o administrativas, o la realización de obras o proyectos de desarrollo que no impliquen necesariamente la explotación de recursos naturales, ello no significa que la consulta previa haya quedado reducida a este mero aspecto.

“Tras la aprobación del Convenio 169 de la OIT, este concepto de la participación cobra vigencia, de forma que hoy en día no solo se pueda llegar a pensar en un “deber” del Gobierno, sino en la “obligación” de éste para implementar la mencionada participación a

---

<sup>27</sup> Esta misma disposición constitucional fue repetida en la ley 99 de 1993 en el acápite de los modos y procedimientos de participación ciudadana, dentro del trámite requerido para la expedición de las licencias ambientales, artículo 76. De acuerdo con esta norma *“la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y las decisiones sobre la materia se toman previa consulta a tales comunidades”*.

través del mecanismo de la Consulta Previa<sup>28</sup>, y como fuera acertadamente reconocido por la Corte Constitucional mediante sentencia SU-383 de 2003, la Consulta no solo se debe adelantar cuando se trate de la explotación de recursos naturales existentes en territorios indígenas, sino que ella debe hacerse extensiva (según lo dispone el Convenio 169) a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la Constitución Política.

Dicho de otro modo, el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa procede en todos aquellos casos que así se requiera por estar comprometidos los intereses de sus pueblos.

### **2.2.2 El derecho de concertación y el principio de prevención en el Decreto 1397 de 1996**

De otra parte, el decreto 1397 de 1996, por el cual se crean la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas, consagra tres importantes disposiciones del derecho de consulta de los pueblos indígenas.

De un lado la norma plantea una prohibición general según la cual ninguna obra, exploración, explotación o inversión podrá realizarse en Territorio Indígena sin la previa concertación con las autoridades indígenas, comunidades y sus organizaciones (Art. 8), y de otra parte consagra una prohibición de otorgar licencias ambientales sin la previa realización de estudios de impacto económico, social y cultural sobre los pueblos o comunidades indígenas, los cuales deben ser incorporados dentro de los respectivos estudios de impacto ambiental.

Sin embargo, el principal merito de la norma está consagrado en el inciso segundo del artículo 7°, de acuerdo con el cual,

*Quando de los estudios, o a consideración de la autoridad ambiental o del seguimiento con la participación de las comunidades afectadas, sus autoridades y organizaciones, se desprenda que se puede causar o se está causando desmedro a la integridad económica, social o cultural de los pueblos o comunidades indígenas, se negarán, (~~suspenderán o revocarán~~)<sup>29</sup> las licencias, mediante resolución motivada.*

---

<sup>28</sup> TANGARIFE PEDRAZA, Mónica Andrea y PÁEZ BASTIDAS, Alberto Mario. Desarrollo económico vs. madre tierra: conflicto latente ante la ambigüedad de conceptos que permitan la eficiencia del marco jurídico aplicable al tema de la consulta previa a los pueblos indígenas en la adjudicación de proyectos petroleros y a gran escala. Santafé de Bogotá, 2005. Trabajo de Grado (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. p. 93

<sup>29</sup> Mediante sentencia 4373 de 1998, el Consejo de Estado modifica el art. 7 del decreto 1397 y anula las expresiones *suspender* y *revocar*, por considerar que no se ajustan al ordenamiento jurídico.

Este último es el rescate de una importantísima fórmula derivada del principio de precaución en materia ambiental, según el cual “cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”<sup>30</sup>. En este caso, de lo que se trata es del principio de prevención cultural, cuando la norma establece una obligación clara y determinante para la autoridad ambiental en el proceso de licenciamiento; la que como medida eficaz para evitar desmedro a la integridad económica, social o cultural de los pueblos indígenas debe negar las respectivas licencias.

### **2.2.3 El porqué, cuando y cómo de la consulta previa según el decreto 1320 de 1998**

El 13 de julio de 1998, fue expedido el polémico decreto 1320 de 1998, a través del cual se pretendió reglamentar el derecho de los pueblos indígenas a la Consulta Previa, para la explotación de recursos naturales en su territorio. Aunque antes de la expedición de esta norma ya se habían realizado procesos de consulta a varios pueblos indígenas, sin haber sido indispensable una norma reglamentaria, el gobierno de turno consideró que su expedición era una necesidad impostergable.

A pesar de la importancia que debería tener el decreto por referirse a asuntos supremamente sensibles para los pueblos indígenas; ha sido una norma muy cuestionada por el contexto en que fue expedida, por los intereses que se pretendió tutelar con su expedición (básicamente los intereses del capital) y sobre todo porque a pesar de tratarse del decreto reglamentario del derecho de consulta, se trata de una norma inconsulta a los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas y sus organizaciones siempre han manifestado su descontento frente al decreto, y han considerado que legitima la violación de sus derechos, particularmente sus derechos territoriales. De la misma forma consideran que desnaturaliza el objeto de la consulta pues la convierte en un simple trámite formal para el otorgamiento de licencias ambientales sin un verdadero carácter vinculante de la voluntad de la comunidad, legitimando la realización de actividades económicas aunque produzca desmedro en la integridad de sus pueblos.

El decreto 1320 fue demandado ante el Consejo de Estado por resultar contrario a los preceptos constitucionales, y especialmente por haberse omitido el proceso de consulta. Desafortunadamente el Consejo de Estado negó las pretensiones de la demanda y consideró – en una abierta contradicción a las normas superiores – que la consulta no era procedente en este caso, reafirmando la validez del decreto que sigue vigente en el ordenamiento jurídico.

#### **2.2.3.1 Contenido del Decreto**

##### ***2.2.3.1.1 Objeto de la Consulta y ámbito de aplicación***

---

<sup>30</sup> Ley 99 de 1993. Artículo 1.

De acuerdo con el artículo 1º del decreto 1320 de 1998, el objetivo de la consulta previa a los pueblos indígenas se reduce a dos aspectos fundamentales: de un lado analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede derivarse de la explotación de los recursos naturales ubicados en territorios de una comunidad indígena y de otro lado, establecer medidas para proteger la integridad de dichas comunidades en caso de resultar afectadas por el adelantamiento de las obras o actividades en sus territorios.<sup>31</sup>

Resulta de especial interés –sobre todo por lo limitante del derecho– la consideración de la norma respecto del ámbito de aplicación de la consulta previa, en la medida que para el decreto, la aplicación de la consulta previa depende necesariamente del espacio físico en que el proyecto, obra o actividad se pretende adelantar. Según el decreto 1320 solo hay lugar a Consulta Previa si la actividad se va a desarrollar en<sup>32</sup>:

- En zonas de resguardo
- En reservas indígenas
- En zonas que no han sido tituladas a los pueblos indígenas, pero que han sido habitadas por ellos en forma regular y permanente.

#### ***2.2.3.1.2 Identificación y certificación de existencia de Comunidades Indígenas***

Según el artículo 3 del decreto, el interesado en el proyecto debe dirigirse al Ministerio del Interior y solicitar la correspondiente certificación si en el área de influencia del proyecto hay presencia de pueblos indígenas (esto con el ánimo de determinar si es o no necesario adelantar el proceso de consulta). Para estos efectos, el interesado debe presentar escrito que debe contener: identificación del interesado, fecha de la solicitud, breve descripción del

---

<sup>31</sup> En su momento se criticó este aparte de la norma, en el sentido de reducir el fin de la consulta previa al simple análisis de los impactos de la obra, quedando sometidos los pueblos indígenas a la aceptación de las medidas de compensación y mitigación, sin oportunidad de debatir el asunto de fondo que es precisamente la realización o no de la obra. Al respecto la demanda de nulidad presentada ante el Consejo de Estado manifestó: “El decreto 1320 de 1998, en los artículos 5º y 14, establece la participación de las comunidades indígenas y negras en la elaboración de los estudios ambientales y de evaluación y manejo ambiental, y no en las decisiones que las afectan, desnaturalizando la participación de que trata dicho artículo 2º de la Constitución Nacional y el mecanismo de la consulta previa consagrado en la ley 21 de 1991. Es así que el decreto impugnado tiene por finalidad que la participación se haga para identificar los impactos sociales, económicos y culturales que recaigan sobre los pueblos indígenas y para identificar las medidas propuestas para corregir, mitigar, controlar o compensar impactos y no para lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas, ni para incidir de manera efectiva en la decisión de realizar o no el proyecto, obra o actividad y mucho menos para determinar la forma de participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que se pretenden explotar o en los beneficios que surjan de dicha explotación.

<sup>32</sup> Esta disposición del decreto, también ha sido fuertemente cuestionada, y es de hecho una de las disposiciones que mas debates ha generado, por lo limitante del derecho de consulta que resulta, al circunscribirlo al simple aspecto territorial desde un enfoque necesariamente occidental: el resguardo, las zonas de reserva indígena, y aquellas áreas que no son tituladas pero ocupadas “en forma regular y permanente”, las cuales no responden a la forma como los pueblos indígenas ven y entienden su territorio, desde una visión integral, tierra-hombre-naturaleza.

proyecto y la identificación del área de influencia directa del proyecto, acompañada de un mapa que precise su localización.

¿Quién realiza la Certificación?

El decreto establece que cuando se trate de tierras que son habitadas en forma regular y permanente por los pueblos indígenas, pero que aun no les han sido tituladas a estos, la certificación le corresponde al Ministerio del Interior. Para el caso de tierras que ya han sido tituladas a los pueblos indígenas, por ejemplo bajo la modalidad de resguardos, la norma originalmente consagraba que la certificación de existencia de tales territorios le correspondía al Incora, hoy Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder. Sin embargo, se entiende que por disposición del Estatuto de Desarrollo Rural Ley 1152 de 2007, esta función del Incoder, fue trasladada a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior.<sup>33</sup>

Así las cosas, es el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Asuntos Indígenas quien en la actualidad tiene la responsabilidad de emitir las certificaciones correspondientes en que conste la presencia o ausencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto.

¿Cómo se debe realizar la certificación?

El Ministerio del Interior, tiene 15 días hábiles para emitir dicha certificación, contados desde la solicitud radicada ante ellos por el interesado del proyecto. Esta certificación debe decir si hay presencia de comunidades indígenas en la zona, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica.

La norma prevé que si el Ministerio del Interior no expide en el termino previsto la certificación de presencia de pueblos indígenas en el área donde el proyecto se pretende adelantar, dicha situación faculta al interesado para que continúe adelantando los estudios pertinentes para la realización de la obra, sin contar con la participación de los pueblos indígenas afectados.

Este punto ha sido muy cuestionado por los pueblos indígenas y sus organizaciones, quienes consideran que no se trata de otra cosa sino de la consagración de un silencio administrativo positivo que favorece indiscutiblemente los intereses de la empresa y

---

<sup>33</sup> Nota de Vigencia: Mediante sentencia C-175 de 2009 la Corte Constitucional declara la inexecutable de la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural) por haberse omitido la consulta a los pueblos indígenas y a las comunidades afrocolombianas, durante el proceso de elaboración de la norma. Con esto, la hipótesis frente a la cual, es la Dirección de Asuntos Indígenas y no el Incoder el que tiene la potestad de certificar la existencia de resguardos indígenas en los procesos de consulta pierde su sustento y hasta tanto no exista un verdadero proceso de consulta previa en la expedición de la norma, el Incoder conservará su conocimiento respecto de la constitución, ampliación, saneamiento y certificación de existencia de resguardos para efectos de la consulta. Vale la pena recordar que durante el tiempo que estuvo vigente la ley surtió plenos efectos y fue la Dirección de Asuntos Indígenas que durante este periodo ejerció sus competencias.

perjudica enormemente sus propios intereses, negándoles el derecho a ser consultados por el incumplimiento de un deber del Estado.

Ante esta situación, y como un gesto loable de la norma pretendiendo remediar (sin mucho éxito) semejante regulación, está previsto que en caso que el Ministerio del Interior no emita la certificación en el termino que le corresponde, y si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de comunidades indígenas, la empresa tiene el deber de integrarlas a los estudios correspondientes e informar inmediatamente al Ministerio del Interior para garantizar la participación de tales comunidades en la elaboración de los estudios respectivos. (Parágrafo 1º art. 3).

### ***2.2.3.1.3 Eventos en que se debe realizar Consulta Previa : Procedimiento***

Cuando se ha podido confirmar la presencia de pueblos indígenas en el área de influencia del proyecto, el decreto 1320 de 1998 prevé que la consulta previa tiene lugar en los siguientes eventos:

- a. Cuando se trate de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental
- b. En materia de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables y,
- c. Frente al documento de evaluación y manejo ambiental.

Es preciso decir que esta situación estaba prevista por el decreto 883 de 1997 de acuerdo con el cual una serie de actividades definidas por el mismo, tales como, proyectos de hidrocarburos, proyectos de minería, proyectos energéticos, proyectos de comunicaciones, infraestructura vial, entre otros, estaban sujetos a la simple elaboración de un documento de evaluación de impactos y un plan de manejo ambiental; y la simple radicación del documento por parte del interesado ante la respectiva autoridad ambiental, era el único requisito previo para iniciar la ejecución de la obra.

Sin embargo, ante la declaratoria de nulidad del decreto 883/97 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado mediante providencia de 26 de febrero de 1998, no existe en la actualidad esta hipótesis de consulta del decreto 1320 de 1998.

Nos referiremos entonces a la primera y segunda hipótesis de consulta.

a. Consulta Previa en materia de Licencias Ambientales<sup>34</sup> o Establecimiento de Planes de Manejo Ambiental<sup>35</sup>

En materia de licencias ambientales y planes de manejo ambiental, el decreto 1320 de 1998, exige a los interesados en los proyectos que los estudios ambientales se elaboren con la participación de los representantes de las comunidades indígenas, para lo cual se debe acreditar la forma y procedimiento mediante el que se vinculó a las comunidades en la elaboración de los mismos.

Dispone la norma en su art. 5º que una vez enviada por escrito la respectiva solicitud a los pueblos indígenas para que se hagan partícipes de los estudios ambientales, el interesado puede dar espera de la respuesta de los pueblos indígenas por un término de 20 días; si pasados 20 días después de enviada la invitación, los pueblos indígenas no se pronuncian, el responsable del proyecto debe informar al Ministerio del Interior sobre ese hecho, para que el Ministerio del Interior en un término de 10 días verifique si hay o no voluntad de la comunidad indígena de participar, y en caso de que los pueblos indígenas se nieguen a participar o guarden silencio, la norma faculta al interesado para que elabore el estudio ambiental prescindiendo de la participación de las comunidades.

En el art. 8 del decreto está previsto que en la respectiva solicitud que haga el interesado de la licencia ambiental o el establecimiento del plan de manejo ambiental, se debe anexar la certificación que emita el Ministerio del Interior o el Incoder, sobre la presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto.

El art. 10 del decreto, establece que los estudios ambientales deben contener por lo menos lo siguiente:

- En el diagnóstico ambiental de alternativas:

---

<sup>34</sup> Una licencia ambiental es aquella autorización que otorgan las autoridades ambientales competentes para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que pueda llegar a producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables al paisaje.

La licencia ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios para el desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad. Esta licencia debe ser obtenida de forma previa a la iniciación del proyecto, y están sujetos a licencia ambiental la exploración y explotación de hidrocarburos; la explotación de carbón, materiales de construcción y piedra preciosas; la construcción de presas, represas o embalses; algunos aspectos del sector eléctrico, los proyectos para la generación de energía nuclear, la construcción y operación de aeropuertos internacionales, construcción de carreteras; construcción de puertos; y construcción de vías férreas, entre otros. ( Decreto 1220 de 2005)

<sup>35</sup> El Plan de Manejo Ambiental es el conjunto detallado de actividades, que producto de una evaluación ambiental, están orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Incluye los planes de seguimiento, monitoreo, contingencia, y abandono según la naturaleza del proyecto. ( Decreto 1220 de 2005)



Se deben incluir las características de la cultura de las comunidades indígenas y/o negras. Este elemento se tendrá en cuenta por parte de la autoridad ambiental para escoger la alternativa para desarrollar el estudio de impacto ambiental.

- En el estudio de impacto ambiental o plan de manejo ambiental, se debe incluir;
  - a. Características de la cultura de las comunidades indígenas y/o negras;
  - b. Los posibles impactos sociales, económicos y culturales que sufrirán las comunidades indígenas y/o negras estudiadas, con la realización del proyecto, obra o actividad;
  - c. Las medidas que se adoptarán para prevenir, corregir, mitigar, controlar o compensar los impactos que hayan de ocasionarse.

*¿Cómo se debe realizar la reunión de Consulta?:*

Dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la solicitud de licencia ambiental o de establecimiento del Plan de Manejo Ambiental, la autoridad ambiental competente comprobará la participación o no participación de las comunidades interesadas en la elaboración del estudio de Impacto Ambiental.

Una vez realizada dicha verificación la autoridad ambiental competente debe citar a reunión de Consulta, dentro de los 30 días siguientes al auto que así lo ordena.

Dispone la norma que la Consulta se deberá realizar preferentemente en el lugar de asentamiento de los pueblos indígenas. Estará presidida por la autoridad ambiental competente y habrá un acompañamiento por parte del Ministerio del Interior, contando por supuesto con la participación de los miembros que representen a la comunidad y a la empresa interesada. En todo caso también podrán ser invitados la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

La reunión se celebrará en idioma castellano, con traducción a las lenguas de las comunidades indígenas presentes, cuando sea del caso. De ella se levantará un acta en la que conste el desarrollo de la misma, que será firmada por los representantes de las comunidades indígenas, por los representantes de la autoridad ambiental competente, el Ministerio del Interior y las autoridades de control que asistan a ella. (Parágrafo 2º art. 12). De manera excepcional, si el proyecto o actividad afecta a varios pueblos indígenas que están asentados en el territorio donde se pretende adelantar la actividad, la consulta se realizará de manera conjunta con todas ellas y en una sola reunión, salvo que hayan conflictos entre ellas y que por ese motivo no pueda llevarse a cabo la reunión. (Parágrafo 1 art. 12)

En la reunión de consulta se debe observar el siguiente procedimiento (art. 13):

1. Instalada la reunión y verificada la asistencia, el responsable del proyecto debe hacer una exposición del estudio respectivo, haciendo énfasis en la identificación de los posibles impactos del proyecto sobre las comunidades indígenas y en la propuesta de manejo de los mismos;
  2. Posteriormente, se deberá escuchar a los representantes de las comunidades indígenas consultadas;
  3. Si existe acuerdo en torno a la identificación de impactos y a las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental, se levantará la reunión dejando constancia del hecho en el acta.
  4. En caso de no existir acuerdo sobre las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental y las demás a que hubiere lugar, la autoridad ambiental competente suspenderá la reunión por una sola vez<sup>36</sup>, con el fin de que las partes evalúen las propuestas. Si después de reanudada la reunión, se llegare a un acuerdo se debe dar por terminada la reunión y levantar acta en que conste dicho acuerdo.
  5. Si después de reanudada la reunión no se logra un acuerdo sobre las medidas contenidas en el Plan de Manejo Ambiental, se dará por terminada la reunión dejando constancia expresa de tal hecho, debiendo la autoridad ambiental competente, decidir sobre el particular, en el acto que otorgue o niegue la licencia ambiental<sup>37</sup>;
  6. Si cualquiera de las comunidades indígenas involucradas no asiste a la reunión de consulta, deberá justificar su inasistencia ante la autoridad ambiental, dentro de los ocho días siguientes a la fecha programada para su celebración, y en caso de que no exista justificación válida se entenderá que se encuentra de acuerdo con las medidas de prevención, corrección, mitigación, control o compensación de los impactos que se le puedan ocasionar;
  7. Justificada la inasistencia, la autoridad ambiental, dentro de los quince (15) días siguientes, citará a una nueva reunión para el efecto;
  8. Agotado el objeto de la reunión, la autoridad ambiental competente, la dará por terminada, dejando constancia de lo ocurrido en el acta y continuará con el trámite establecido en las normas con el objeto de tomar una decisión sobre el otorgamiento o negación de la licencia ambiental o del establecimiento del plan de manejo ambiental.
- b. Consulta Previa en materia de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables

---

<sup>36</sup> El decreto 1320 originalmente consagraba que la reunión de consulta se podría suspender por un término máximo de 24 horas al cabo de los cuales debería reanudarse la reunión para tomar una decisión. Sin embargo debido a la declaratoria de nulidad de dicho término por parte del Consejo de Estado, en la actualidad, cuando en la primera oportunidad no existe acuerdo, la reunión de consulta se puede suspender y se puede reanudar posteriormente sin estar atado a un tiempo máximo, solo debe tener en cuenta las formas y los tiempos que los pueblos indígenas manejan al interior de sus pueblos para la toma de decisiones.

<sup>37</sup> Esta situación también ha sido fuertemente cuestionada por los pueblos indígenas quienes no ven con buenos ojos que la decisión respecto de si se otorga o se niega la licencia ambiental está a cargo del Estado y no de los mismos pueblos indígenas, lo que a su manera de ver permite la vulneración de sus derechos al permitirse la realización de actividades sin consideración a su voluntad.

En primer lugar, la norma reglamentaria ha previsto que cuando se pretenda desarrollar proyectos o actividades en territorios indígenas, a la solicitud presentada para acceder al uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables que no vayan implícitos dentro de una licencia ambiental, se debe anexar la certificación del Ministerio del Interior sobre existencia de territorios indígenas.

Recibida la solicitud y establecida la necesidad de hacer consulta previa, la autoridad ambiental competente informará al Ministerio del Interior para efectos de su coordinación.

#### *¿Cómo se debe realizar la reunión de Consulta?*

Dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de recibo de la solicitud de aprovechamiento, uso o afectación de los recursos naturales renovables, la autoridad ambiental competente citará a una reunión de consulta, que deberá celebrarse dentro de los quince (15) días siguientes al auto que así lo ordena, en el lugar que ella determine, preferiblemente en la zona en donde se encuentre el asentamiento. (Artículo 16)

En la reunión deben participar, la empresa interesada, los representantes de las comunidades indígenas, y el Ministerio del Interior, igualmente serán invitados a asistir la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo. Podrán asistir también otras entidades que tengan interés en el asunto.

En la reunión de consulta se debe observar el siguiente procedimiento (art. 17):

1. Instalada la reunión y verificada la asistencia, el interesado expondrá las condiciones técnicas en que pretende usar, aprovechar o afectar los recursos naturales renovables;
2. Acto seguido se escuchará a los representantes de las comunidades indígenas consultadas y se determinarán los impactos que se pueden generar con ocasión de la actividad y las medidas necesarias para prevenirlos, corregirlos, mitigarlos controlarlos o compensarlos;
3. Si cualquiera de las comunidades indígenas involucradas no asiste a la reunión de consulta, deberá justificar su inasistencia ante la autoridad ambiental, dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha programada para su celebración. En caso de que no exista justificación válida se entenderá que se encuentra de acuerdo con las medidas de prevención, corrección, mitigación, control o compensación de los impactos que se le puedan ocasionar;
4. Justificada la inasistencia, la autoridad ambiental, dentro de los quince (15) días siguientes, citará a una nueva reunión para el efecto
5. Agotado el objeto de la reunión, la autoridad ambiental competente la dará por terminada, dejando constancia de lo ocurrido en el acta y continuará con el trámite establecido en las normas vigentes, con el objeto de tomar una decisión sobre el otorgamiento o negación del permiso de uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables.

### 2.2.3.2 Demanda de Nulidad contra el Decreto 1320 de 1998

Mediante providencia de 20 de mayo de 1999 el Consejo de Estado conoce de la acción pública de nulidad contra el decreto 1320 de 1998, instaurada por el señor Apolinar Pascal Cabezas y la Asociación de Autoridades Tradicionales Awa. El demandante considera que el Decreto es violatorio de la Ley 21 de 1991, por cuanto para su expedición no se tuvo en cuenta la participación de los pueblos indígenas, ni se les fue consultado; además desnaturaliza el mecanismo de la consulta previa consagrado en la ley y vulnera la integridad étnica de los pueblos indígenas.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, al estudiar la demanda de anulación del acto, consideró que solamente procedía la nulidad respecto de la expresión "**y por el término máximo de 24 horas**", contenida en el artículo 13, literal "d" del decreto. En todo lo demás, negó las pretensiones de la demanda y confirmó la validez de la norma por considerarla acorde con el sistema jurídico y la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

De forma breve, así se refirió el Consejo de Estado al contenido de la norma:

En cuanto al cargo que establece que el decreto 1320 de 1998, no fue consultado previamente a los pueblos indígenas, el Consejo de Estado consideró que si bien la ley 21 establece la obligatoriedad de realizar consulta cuando se prevean medidas legislativas que puedan afectar a los pueblos indígenas, no se entiende que para la expedición de la norma que reglamenta la Consulta la ley exija también realizar consulta a las comunidades indígenas, sobre todo si se tiene en cuenta la ausencia de una reglamentación en Colombia sobre cómo desarrollar este mandato.

Esta posición del Consejo de Estado puede considerarse irrazonable y abiertamente contradictoria a las disposiciones del Convenio 169, que desde que fue aprobado por la ley 21 de 1991, es innegable la obligatoriedad de realizar procesos de consulta con los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, mas aun cuando la exigibilidad de un derecho no depende de la presencia o ausencia de reglamentación como pretendió razonar el Consejo de Estado.

En cuanto a la disposición que establece la obligación a las comunidades indígenas de asistir a las reuniones de Consulta y de presentar justificaciones apropiadas en los eventos en que su asistencia no sea posible, el Consejo de Estado considera que dicha medida no carece de razonabilidad, y que resulta lógico que si una comunidad ha sido notificada de un proyecto, deba ofrecer razones convincentes de porqué no asistió a la reunión de consulta; otra cosa distinta es que las justificaciones no se ofrezcan o que las razones que se den no sean serias o convincentes, y en ese caso, considera el Consejo de Estado que es completamente valido que pueda presumirse que existe acuerdo o asentimiento por parte de dicha comunidad respecto de las medidas tomadas, siendo la misma comunidad la que tiene la carga de destruir la presunción que establece la norma.

Con relación a que según el demandante, el Decreto 1320 de 1998 restringe la definición de territorios ignorando el concepto que tradicionalmente se ha utilizado de manera distinta a la simple ocupación, el Consejo de Estado observa que el artículo acusado, si bien contiene una delimitación del territorio, en relación con las comunidades indígenas y negras, considera que esta delimitación alcanza a recoger la noción amplia que del mismo se adoptó en la ley 21 de 1991 y de ninguna manera resulta violatorio de los derechos de los pueblos indígenas.

Por otro lado, sostiene el Consejo de Estado que si bien la reunión de consulta puede reducirse a una sola, no quiere decir que la norma exija que el acuerdo se produzca inmediatamente, pues el evento de ser solo una la reunión de consulta solo se da si las partes del proceso llegan a un acuerdo desde el primer momento de la Consulta, pero si ello no es posible, como es la regla general que ocurra, se debe dar paso a una nueva reunión con el fin de que se evalúen las propuestas y pueda tomar una decisión final, tal como lo dispone la norma.

Finalmente y respecto de la medida prevista por el Decreto según la cual, en caso de no existir acuerdo en la reunión de consulta ésta se suspenderá por un término máximo de 24 horas, el Consejo de Estado por fin encuentra una disposición que vulnera los derechos de los pueblos indígenas y considera que dicha medida resulta desproporcionada e irrazonable al consagrar un plazo precario que no tiene en cuenta la naturaleza y complejidad de la consulta ni los factores socioculturales que están de por medio, por lo que considera pertinente declarar la nulidad de la expresión. Esto significa que en la actualidad, y en caso de no existir acuerdo de las partes en la primera oportunidad, la reunión de consulta se puede suspender ya no por un termino máximo de 24 horas, sino por el tiempo que se considere necesario para que las partes puedan evaluar las distintas propuestas y tomar una decisión, debiéndose tener en cuenta las formas y los tiempos que los pueblos indígenas manejan al interior de sus pueblos para la toma de decisiones.

Todas estas consideraciones expuestas por el Consejo de Estado, le dieron luz verde a la vigencia del decreto que sigue siendo la norma reglamentaria del derecho de consulta previa; sin embargo, las fuertes críticas que se han plantearon alrededor de la norma y que en su momento fueron expuestas al Consejo de Estado, son las mismas que en la actualidad han generado dificultades en la aplicación de la consulta previa, pues sin pretender desconocer el importante esfuerzo de la Constitución y del Convenio al reconocer el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, la forma en que ha sido concebida la consulta por el decreto limita enormemente el alcance del derecho.

### **3. LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

A pesar de los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto del derecho de consulta de los pueblos indígenas, consideramos necesario destacar los fallos en los que la Corte ha reconocido la importancia de la figura, por estar vinculada no solo a la noción

amplia del derecho de participación, sino sobre todo a los mecanismos que posibilitan la pervivencia de los pueblos indígenas y la preservación de sus valores culturales.

Cada uno estos fallos, refleja no solamente la posición que ha asumido la Corte Constitucional en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, sino principalmente la forma en que ha evolucionado su jurisprudencia respecto de esta figura jurídica, en la mayoría de casos, de manera afortunada para los pueblos indígenas.

El fallo más importante que ha proferido la Corte Constitucional, es indiscutiblemente la sentencia SU - 039 de 1997 que cambia completamente la forma de acercarse a los pueblos indígenas y de entender el derecho de Consulta. Posterior a este fallo la Corte se ha pronunciado en diferentes oportunidades, y en la mayoría de ellas, ha reafirmado lo sostenido en esta providencia. Destacamos de estas providencias los apartes pertinentes en los que la Corte Constitucional define o establece los lineamientos del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa.

### **3.1 Sentencia SU-039 de 1997: Comunidad Indígena U’wa Vs Occidental de Colombia Oxy**

Mediante sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, la Corte Constitucional revisa el proceso de acción de tutela interpuesta por el Defensor del Pueblo, Jaime Córdoba Triviño, en representación de algunos miembros del pueblo indígena U’wa, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc, por la expedición de una Licencia Ambiental a la Sociedad Occidental de Colombia, para adelantar exploraciones sísmicas y constatar la existencia de pozos petroleros en su territorio, sin haberse llevado a cabo un verdadero procedimiento de Consulta a la comunidad indígena.

Los argumentos que sostuvo la Corte en esta oportunidad con los que se crea la columna vertebral del derecho de Consulta, se refieren básicamente a la consideración de ser la Consulta Previa un derecho fundamental, al establecimiento de los fines por los que debe propender la aplicación de la figura y la forma en que se debe llevar a cabo.

El primer asunto, referido a que la consulta previa es un derecho fundamental, puede ser considerado uno de los principales aciertos de la Corte Constitucional en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Para la Corte Constitucional que la Consulta Previa sea un derecho fundamental responde a la especial importancia que dicho mecanismo desempeña en la vida de los pueblos indígenas, pues se erige en un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar su subsistencia como grupo social.

Así se refirió la Corte Constitucional a este asunto:

*“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un*

*derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social*<sup>38</sup>

Respecto del segundo aspecto, la Corte plantea algunos parámetros básicos de la Consulta previa para explotación de recursos naturales, los cuales definen de manera clara el alcance de la figura y delimitan su aplicación. Para estos efectos, la Corte plantea lo siguiente:

- Los principios que orientan la consulta:

La institución de la consulta previa a las comunidades indígenas, debe estar orientada por tres principios básicos: (la Corte no los define, solo los menciona)

- Relaciones de comunicación y entendimiento entre los interesados en la explotación y los pueblos indígenas;
- Respeto mutuo,
- y buena fe.

- ¿Qué debe permitir la consulta?: El fin de la consulta previa

La Consulta debe permitir que la comunidad indígena tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos que buscan explotar recursos naturales en sus territorios, y sobre los mecanismos, procedimientos y actividades que se requieren para poner a estos en ejecución. Así mismo, la comunidad debe ser enterada sobre cómo la ejecución de dichos proyectos puede conllevar afectaciones para ellos mismos.

De otra parte, la Consulta debe permitir que la comunidad de manera libre y sin interferencias extrañas pueda valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto, además de ser oída sobre las inquietudes y pretensiones que presente sobre sus propios derechos y sobre la viabilidad del proyecto. Se busca con lo anterior, que la

---

<sup>38</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

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.

- ¿Cómo debe ser la decisión de la autoridad competente?

La decisión que tome la respectiva autoridad ambiental sobre la autorización o no de explotar recursos naturales en territorios indígenas debe ser en la medida de lo posible concertada con los pueblos indígenas, sin embargo cuando dicha concertación no sea posible, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado proteger la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. De todas maneras y en cualquiera de los casos, es decir, que haya acuerdo o no por parte de la comunidad indígena, resulta imperioso la definición de los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad puedan generar en detrimento de la comunidad.

- Lo que no es la consulta previa:

De acuerdo con la Corte Constitucional, la Consulta Previa no se reduce solamente a una intervención en la actuación administrativa que busca asegurar el derecho de defensa de los afectados con una licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que busca proteger, como el derecho de los pueblos indígenas de definir por sí mismos su propio destino y asegurar su subsistencia como pueblo. Por lo tanto, no tiene valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera cómo se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.

### **3.2 Sentencia T-652 de 1998: El Pueblo Embera-Katío y la Hidroeléctrica de Urrá I**

Mediante sentencia T-652 de 10 de noviembre de 1998, la Corte Constitucional, revisa los fallos proferidos por el Tribunal Superior de Montería, el Tribunal Superior de Bogotá y la Corte Suprema de Justicia, en las que se conoce de la demanda de Tutela interpuesta por Alirio Pedro Domicó y otros, en representación del pueblo indígena Embera-Katío, por la Construcción de la hidroeléctrica Urrá I, con desconocimiento del derecho de consulta.

Después del análisis de las diferentes pruebas aportadas al proceso, concluye la Corte que efectivamente la consulta previa a la comunidad indígena no fue realizada en la forma que lo disponen las normas, por lo que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental, que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica, se cumplió en forma irregular y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, no solo el derecho de participación, el debido proceso, y el derecho a la integridad de este pueblo, sino también su derecho a la subsistencia.



De acuerdo con esa consideración, la Corte Constitucional reitera su jurisprudencia sobre tres aspectos básicos: el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus territorios; la explotación de recursos naturales en sus territorios, y la protección que debe el Estado a la integridad de las comunidades indígenas con el carácter fundamental de la Consulta Previa.

La Corte manifiesta que teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, es preciso unificar la doctrina constitucional relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental; tal como lo dispuso en la sentencia SU-039/97.

### **3.3 Sentencia SU-383 de 2003: Fumigación de cultivos ilícitos en Territorios Indígenas de la Amazonia Colombiana.**

Mediante sentencia SU-383 de 2003 la Corte Constitucional revisa la tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana, contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Medio Ambiente, y, la Dirección Nacional de Estupefacientes, entre otros, por quebrantar sus derechos fundamentales a la vida, al medio ambiente sano, al debido proceso y el derecho de participación en las decisiones que los afectan, los cuales estarían siendo quebrantados por la orden y autorización de fumigar cultivos ilícitos en sus territorios sin llevar a cabo el proceso de consulta a los pueblos indígenas afectados y ocasionando un daño ambiental considerable.

En primera instancia el Juez Civil del Circuito de Bogotá, y en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negaron el amparo mediante tutela, por considerar que la consulta según lo dispone la norma constitucional, sólo procede para propiciar la participación de los representantes de las comunidades en la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, hipótesis que no es aplicable al caso de la fumigación.

Dentro del análisis que realiza esta Corporación, concluye la Corte en una abierta contradicción a lo sostenido por los jueces de instancia que negaron la tutela. La Corte sostiene que los pueblos indígenas deben ser consultados sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos aunque dicha situación no esté contemplada en la Constitución ni se refiera explícitamente a la explotación de recursos naturales en sus territorios, pues son claras las implicaciones que dicha situación conlleva para los pueblos indígenas.

Si bien, en esta sentencia no hay referencia exclusiva al derecho de consulta para el adelantamiento de obras o explotación de recursos en territorios indígenas; el argumento que sostiene Corte Constitucional resulta de especial importancia en la forma de entender

la Consulta Previa, en tanto que su obligatoriedad no solo deviene de los eventos precisos que ha definido la Constitución y las normas, sino incluso en hipótesis distintas, especialmente cuando de su realización depende la integridad de los pueblos indígenas.

De otro lado, la Corte Constitucional reitera la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos mediante el mecanismo de la consulta previa, y considera este como un derecho fundamental de los pueblos indígenas. Para la Corte el derecho de participación a través del mecanismo de consulta resulta ser “un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”

De la misma manera, la Corte reafirma que la participación prevista en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169, como quiera que dicha consulta por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, ...“toda vez que sólo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano.”<sup>39</sup>

### **3.4 Sentencia T-880 de 2006: La comunidad Motilón Barí y la explotación de petróleo en su territorio**

Mediante esta providencia la Corte conoce de la demanda interpuesta por miembros del Pueblo Indígena Motilón Barí, por la violación de sus derechos a la diversidad étnica y cultural, a la participación en las decisiones que los afectan, a la vida y a la integridad, debido a la actuación del Ministerio del Interior y de Justicia, el cual sin previa consulta a la comunidad, emitió una certificación que no los reconoce como ocupantes del territorio donde se pretende adelantar el proyecto, la que a su vez dio lugar a que el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial expidiera una resolución que concede a Ecopetrol S.A. licencia ambiental para explorar petróleo en la región sin necesidad de adelantar consulta, puesto que al no certificarse presencia de pueblos indígenas en la zona de influencia del proyecto, la Consulta no tiene lugar.

Después de analizar el material probatorio y de las diversas posiciones de las partes, la Corte anota que si bien en el Decreto 1320 de 1998 al establecer la obligación del Ministerio del Interior de certificar la presencia de pueblos indígenas, no exige que para elaborar dicha certificación se deba contar con la participación de los pueblos indígenas, considera que no es posible que se certifique de manera unilateral sobre la presencia o ausencia de comunidades en determinada zona, sin contar con la participación de estos

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

pueblos. Sostiene la Corte que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, dado su compromiso con la preservación, reconocimiento e inclusión de los grupos étnicos tenía que consultar previamente a las comunidades de la región para pronunciarse sobre la presencia de estas comunidades en dichos territorios, lo cual definitivamente no se hizo, ni tampoco se esperaron los resultados de dicha verificación para seguir adelantando la licencia ambiental, sino que esta fue concedida, sin permitir la intervención de las autoridades indígenas, y en esa medida ordena adelantar el respectivo proceso de consulta.

La Corte recuerda que los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados de manera previa sobre las medidas que los afecten directamente, en particular sobre las relacionadas con el espacio que ocupan y la explotación de recursos en su hábitat natural, consulta que habrá de establecer 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.

¿Qué podemos destacar de los fallos emitidos por la Corte Constitucional?

En primer lugar, y seguramente por tener bajo su responsabilidad la guarda de la Constitución, las decisiones de esta Corporación en la mayoría de casos han sido correspondientes con los derechos de los pueblos indígenas, y han optado por el amparo de sus derechos a través del mecanismo de tutela invocado. Ahora bien, respecto de los lineamientos establecidos para el desarrollo del derecho de consulta previa podemos decir lo siguiente:

El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa con el carácter de derecho fundamental ha sido sin duda alguna uno de los más importantes avances logrados por el ordenamiento jurídico. La consulta previa por si sola era un importante avance, y con mayor razón el hecho de considerarse a partir de 1997 con la sentencia SU-039, un derecho fundamental. Este reconocimiento transforma completamente el derecho de consulta, no se trata de cualquier derecho, se trata de uno de aquellos que tienen respaldo constitucional, y al que están atados otros derechos de la misma categoría, principalmente el territorio, la autonomía, y sin ir mas lejos, la vida misma de los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional hace un importante esfuerzo en definir los lineamientos y establecer los fines hacia los que debe propender el proceso de consulta. Resulta básica la consideración respecto de los principios que orientan la consulta previa tales como “*relaciones de comunicación y entendimiento entre los interesados en la explotación y los pueblos indígenas, respeto mutuo, y buena fe*” que se convierten en el eje fundamental alrededor de cual giran los procesos de consulta, pero sobre todo el hecho de reconocer que la consulta previa no es un trámite adicional dentro de los procesos de licenciamiento ambiental o una mera intervención en la actuación administrativa que busca asegurar el derecho de defensa de los afectados, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que busca proteger, como el derecho de los pueblos indígenas de definir por si mismos su propio destino y asegurar su subsistencia como pueblo.

Sin embargo, es preciso decir que a pesar de las bondades que se pueden reconocer de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, existen aspectos de sus fallos que no resultan del todo armónicos con los intereses de los pueblos indígenas. A esto hace referencia el hecho de no ser el ACUERDO entre los pueblos indígenas y el interesado un elemento de la esencia de la consulta previa. Por supuesto que no es un asunto responsabilidad únicamente de la Corte, sino del legislador cuando definió que no son los pueblos indígenas sino el Estado quien tiene la última palabra dentro de los procesos de consulta. El problema es que la Corte avala dicha postura normativa, y en lugar de orientar su posición en el sentido que los pueblos indígenas deberían tener real autonomía para definir sus propios asuntos, se limita a definir cuales son los lineamientos que debe tener en cuenta la autoridad ambiental cuando deba tomar una decisión, de tal manera que sea objetiva, razonable y proporcionada con la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación. Por supuesto que decirle a la autoridad ambiental como debe ser su decisión es un importante logro de la Corte, el problema es que aceptar que sea el Estado quien defina los procesos de consulta plantea una situación problemática para los pueblos indígenas y permite que las necesidades de desarrollo se impongan por encima o aun en contra de la voluntad de los pueblos indígenas. Esta situación será analizada con detenimiento en el capítulo VI de este documento.

Por otra parte resulta importante la sentencia T-383 de 2003, en tanto que reconoce que el derecho de consulta de los pueblos indígenas no solo resulta obligatorio en los eventos precisos que han sido establecidos por la legislación, sino en todos aquellos eventos en que este comprometidos los intereses de los pueblos indígenas, por estarse decidiendo asuntos que de alguna manera inciden en sus formas de vida. El caso de la fumigación fue un ejemplo claro con el que la Corte Constitucional amplía la aplicación de la consulta previa, y que si bien no encuadraba en la definición normativa de explotación de recursos naturales procesos de licenciamiento, o permisos ambientales, de todas maneras debía adelantarse proceso de consulta con los pueblos indígenas por representar asuntos en los que estos tenían completo interés y que derivaban en una afectación de sus formas de vida.

## **CAPITULO IV. EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA**

Después de haber examinado las diferentes normas con la respectiva jurisprudencia de la Corte Constitucional, en las que el derecho a la Consulta encuentra su sustento, consideramos importante referirnos a los aspectos básicos de la Consulta Previa, que nos permitan en concordancia con la legislación, determinar cual es el estado actual de esta institución jurídica y cuales son los instrumentos dentro de esta consideración, con los que cuentan en este momento los pueblos indígenas.

Para ello nos resulta importante delimitar el concepto de la consulta, sus objetivos, ámbito de aplicación, el procedimiento y principalmente el papel que desempeñan cada uno de los actores involucrados en el proceso de Consulta.

### **1. QUÉ ES LA CONSULTA PREVIA**

Han sido muchas las interpretaciones que se han planteado alrededor de la Consulta y así mismo variadas las definiciones que se han propuesto, desde la consideración de ser la consulta una obligación a cargo del gobierno, un derecho en cabeza de los pueblos indígenas y especialmente un procedimiento que permite efectivizar este derecho. Todas ellas en la misma medida acertadas.

Respecto del primer aspecto, la Consulta se traduce en la obligación del gobierno de someter a consideración de los pueblos indígenas cualquier medida susceptible de afectarlos y de concertar con ellos las distintas obras o proyectos que se pretenden realizar en sus territorios, de tal forma que se les garantice la posibilidad de incidir de manera efectiva en las decisiones que sobre este particular se tomen.

De otro lado, y de acuerdo con lo afirmado por Víctor Rodríguez Rescia, la Consulta Previa a los pueblos indígenas puede ser vista como “un derecho procesal que presupone un requisito de procedibilidad previa a realizar cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o que les pueda afectar en su identidad cultural y étnica”<sup>40</sup>

Lo que resulta claro es que independientemente del concepto que se acoja, la Consulta es el reflejo de un derecho especial del que gozan los pueblos indígenas, que permite hacer realidad el deber del Estado de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural, y no un simple requisito que debe cumplir el Estado dentro del procedimiento para otorgar

---

<sup>40</sup> SAAVEDRA, Ana María y ANGARITA, Luis Hernando. La consulta previa a los pueblos indígenas y tribales: compendio de legislación, jurisprudencia y documentos de estudio. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia, 2008. p.21

licencias ambientales, ni mucho menos una medida para interferir la puesta en marcha de un proyecto u obstaculizar el desarrollo del país<sup>41</sup>.

### **1.1 La Consulta como un derecho Fundamental:**

Antes que cualquier otra consideración que permita definir la consulta previa, cabe aquella según la cual la Consulta es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas de poder decidir sobre la realización de proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios y en la misma medida sobre medidas judiciales o administrativas susceptibles de afectarlos de alguna forma.

Sobre este particular, mediante sentencia SU-039/97 (analizada de manera previa, en el capítulo III de este documento) al referirse a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, sostuvo que la consulta previa se constituye en un derecho fundamental de los pueblos indígenas. Para la Corte, la explotación de estos recursos “*debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un **derecho fundamental** para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación*”

Y continúa la Corte Constitucional:

*“De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de **derecho fundamental**, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.*

### **1.2 La Consulta como un procedimiento:**

Así mismo, la Consulta Previa también ha sido entendida como un procedimiento, es decir, como una serie sucesiva de actos a través de los cuales el Estado garantiza a los pueblos indígenas el derecho de participación respecto de un programa, proyecto o medida que se pretende realizar en su territorio.

---

<sup>41</sup> MINDIOLA, Omaira. Gobernabilidad y Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Disponible en < [http://focal.ca/pdf/consulta\\_previa.pdf](http://focal.ca/pdf/consulta_previa.pdf) > Última consulta: 27/02/2009

Para el Ministerio del Interior, “*la Consulta previa es un derecho colectivo de los pueblos indígenas y un proceso de carácter publico especial, obligatorio, intercultural e interinstitucional que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa, legislativa o proyecto publico o privado susceptible de afectar directamente las formas y sistemas de vida de los pueblos indígenas, o su integridad étnica, cultural, espiritual, social y económica.*”<sup>42</sup>

En efecto, la Consulta previa desde el enfoque procedimental, se compone de una serie de etapas que en su conjunto permiten la creación de un espacio de dialogo entre cada uno de los actores involucrados: “*una primera fase de información del proyecto por parte de quien pretenda ejecutarlo, seguido por una manifestación del pueblo indígena sobre sus apreciaciones respecto del proyecto y finalmente una verdadera interacción entre las dos partes en la búsqueda de un acuerdo sobre la forma más beneficiosa para realizar la actividad, de tal manera que los interesados no vean menoscabados sus derechos de forma sustancial*”<sup>43</sup>

## **2. LA BUENA FE Y LA LEGITIMIDAD EN EL PROCESO DE CONSULTA**

Señala el Convenio 169 que las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Para el Ministerio del Interior, citando la Guía de Aplicación del Convenio, la buena fe dentro del proceso de consulta, se traduce en la obligación de los gobiernos de proporcionar información apropiada, completa, consistente, coherente, verificable, comparable, transparente y en todo caso oportuna, de tal forma que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas consultados.<sup>44</sup>

La oportunidad - esto es que la consulta se haga de manera previa - y la claridad de la información son esenciales dentro del proceso de Consulta, pues de ella depende en gran medida que las decisiones que se tomen, permitan o no cumplir los mandamientos constitucionales de protección de la integridad de los pueblos indígenas. Si la información no se entrega de manera oportuna antes de emprender la realización de las obras, o si de entregarse, no es lo suficientemente clara, el resultado es similar a la vulneración del derecho, pues un proceso que tiene como fin la toma de decisiones autónomas parte del supuesto de la existencia de información (y no cualquier tipo de información, sino aquella que sea clara, veraz y oportuna) y al prescindirse de ella o de alguna de sus particularidades, el proceso de dialogo que se debe desarrollar entre los distintos actores involucrados se produce en el marco de la desigualdad, y del irrespeto por los derechos de los mas vulnerables, los pueblos indígenas.

---

<sup>42</sup>DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS INDÍGENAS. Los pueblos indígenas en el país y en América: Elementos de una política colombiana e internacional. Bogotá, 1998. p. 56

<sup>43</sup> CALDERÓN CUELLO, Claudia y MEJÍA GONZÁLEZ, Ana María. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Bogotá, 1999. Trabajo de grado (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. p.157.

<sup>44</sup> SAAVEDRA y ANGARITA. Op.cít. p. 574

En el documento “La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas”, que a su vez cita a Mariana Puerto experta en derechos indígenas, los autores coinciden en sostener que la buena fe en el procedimiento de consulta se hace real, si se observan los siguientes comportamientos:<sup>45</sup>

1. Ausencia de manipulaciones por parte de los interesados en el proyecto y/o el gobierno para determinar la decisión de los pueblos indígenas.
2. Que la consulta se realice de manera previa a la toma de decisiones o ejecución de los proyectos.
3. Y que exista un ambiente de confianza y claridad en el proceso, el cual se genera a partir de la información dada a las comunidades en forma previa, integral, transparente y completa.

De otra parte, la Consulta Previa debe garantizar que las instancias de autoridad que pretenden representar a los pueblos indígenas y van a tomar las decisiones respectivas en nombre de ellas, sean efectivamente sus autoridades tradicionales reconocidas por ellas mismas y por el ordenamiento jurídico. De otro modo dicho, se debe garantizar el principio de legitimidad.

Así entonces, las consultas deben emprenderse con instituciones genuinamente representativas, que estén habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones con las que tienen previsto tratar, cumplan con estos requisitos<sup>46</sup>. De lo que se trata, es que los interesados en el proyecto y el mismo Estado realicen el procedimiento de Consulta con quienes efectivamente resultan afectados por las medidas o la ejecución de los proyectos, no tendría de otro modo sentido consagrar la institución de la Consulta para permitir que los consultados no sean los pueblos indígenas directamente interesados.

### **3. CUANDO SE DEBE REALIZAR CONSULTA?**

La normatividad señalada en el capítulo anterior, particularmente la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y el decreto 1320 de 1998, establecen de manera clara los eventos en que la consulta previa debe ser aplicada. Destacamos los eventos que nos interesan para nuestro estudio:

- Según el Convenio 169 de la OIT, hay lugar a consulta, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas (art. 6). Al referirse a las medidas administrativas se incluye los procedimientos de licencias y permisos ambientales y por consiguiente todo lo relacionado con la realización de proyectos, obras, exploraciones o incluso inversiones

---

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. La consulta previa a pueblos indígenas y comunidades negras dentro del proceso para el otorgamiento de licencias ambientales. Tesis (Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo) - Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2001, págs. 82-83

<sup>46</sup> SAAVEDRA y ANGARITA. Op.cít. p.574



en territorios indígenas. Para mayor claridad el decreto 1320 de 1998, estableció que la Consulta previa se debe adelantar cuando se vayan a otorgar licencias ambientales para obras o proyectos, o para otorgar permisos de uso o afectación de recursos naturales.

- Así mismo, de acuerdo con la Constitución Política y el mismo Convenio 169, se debe consultar a los pueblos indígenas cuando se vayan a adoptar decisiones respecto a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de recursos minerales y/u otros recursos naturales, que se encuentren en las tierras de dichos pueblos. Al respecto, es preciso recordar la sentencia SU-383 de 2003 de la Corte Constitucional según la cual, la Consulta no solo se debe adelantar cuando se trate de la explotación de recursos naturales existentes en territorios indígenas, sino que ella debe hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la Constitución Política, tal cual como fuera previsto en el Convenio 169.

#### **4. OBJETIVOS DE LA CONSULTA PREVIA**

El decreto 1320/98 señala que para la explotación de recursos naturales, la consulta previa tiene por objeto *analizar el impacto* económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, así como *las medidas propuestas para proteger su integridad*.

Sin embargo, los fines de la consulta no se reducen meramente a estos dos aspectos, por el contrario, desde la perspectiva de derecho fundamental, la Consulta pretende ser una garantía de los pueblos indígenas que les asegure su participación activa y efectiva en los asuntos que resultan de su interés y les permita decidir sus prioridades de desarrollo. De acuerdo con esta consideración, los fines hacia los que apunta la Consulta resultan de mayor complejidad.

Como muestra de ello, en su preocupación por evitar que la Consulta Previa se convierta en un simple requisito de procedibilidad que permita acceder a una autorización de la autoridad ambiental para el desarrollo una actividad, la Corte Constitucional mediante sentencia SU 039 de 1997 (analizada en el capítulo III de este documento), fijó los parámetros de la Consulta y estableció los fines hacia los que se debe procurar dentro del procedimiento de consulta, entre ellos:

- Que la Comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos a explotar en los territorios que ocupan o les pertenecen, y los mecanismos, procedimientos y actividades requeridas para ponerlos en ejecución.

- Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los proyectos puede conllevar a afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica, y política,
- Que se le dé la oportunidad a los pueblos indígenas para que mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, pueda libremente y sin interferencias extrañas valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto o medida materia de consulta y la forma cómo se afecta su identidad étnica, social y cultural.
- Que la comunidad indígena pueda ser oída respecto de las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.

De la misma forma, según lo señala la Dra. Gladys Jimeno<sup>47</sup>, quien fuera durante un tiempo directora de Asuntos Indígenas, la consulta previa además de informar a las autoridades tradicionales y a las organizaciones indígenas sobre los proyectos, consultarlos sobre su conveniencia y concertar con ellos los términos de su realización, debe estar orientada al logro de los siguientes fines:

- “Instruir al Estado sobre la forma en que debe cumplir su obligación constitucional y legal de respetar la integridad étnica y cultural de los pueblos indígenas.
- Adecuar estos proyectos, una vez cumplida la consulta previa, a las exigencias de interculturalidad que impone su funcionamiento en el territorio de que se trate, y aplicar las medidas que se concierten para la mitigación social, cultural y ambiental de sus posibles impactos.
- Garantizar la participación de los pueblos indígenas en estos proyectos.
- Garantizar una base social armónica, estable e intercultural a los proyectos que se desarrollen en territorios indígenas, una vez definida su conveniencia desde el punto de vista de la integridad étnica de los pueblos indígenas que habiten en aquellos.
- Garantizar que en la toma de la decisión por parte de la autoridad competente sobre la medida normativa, programa, plan, proyecto, obra o actividad, se tenga en cuenta la participación de los pueblos indígenas”.

Ahora bien, dejando de lado estas consideraciones, cabe preguntarse por uno de los objetivos principales que se debería alcanzar dentro del proceso de consulta previa, y que consiste en la pretensión de ser un proceso orientado hacia la concertación con los pueblos indígenas sobre las decisiones que los impactan.

Este último aspecto, ha sido objeto de muchas controversias, y es en la actualidad uno de los aspectos problemáticos de los procesos de consulta. Lo mas problemático resulta porque pese a la importancia de este concepto, la misma legislación ha previsto que el acuerdo de los pueblos indígenas sobre las medidas propuestas no es fundamental y aunque se

---

<sup>47</sup> JIMENO SANTOYO, Gladys. Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Bogotá. Dirección General de Asuntos Indígenas, 1998 P. 315.

reconoce que este debe ser el objetivo principal de la consulta, el Estado está facultado para tomar unilateralmente la decisión que considere conveniente.

## 5. EL PODER DE DECISIÓN

Aunque se dice que la consulta previa es el “*derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas de poder **decidir** sobre la realización de proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios y en la misma forma sobre medidas judiciales o administrativas susceptibles de afectarlos de alguna forma*”, encontramos que el poder de decisión dentro del procedimiento de Consulta, no es de los pueblos indígenas, sino es enteramente del Estado.

Según la explicación dada por la Conferencia de la OIT en la Guía para la aplicación del Convenio 169, “cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado”<sup>48</sup> y así mismo según lo estableció el decreto reglamentario de la consulta previa (decreto 1320 de 1998): cuando no es posible que el interesado en la obra llegue a un acuerdo con los pueblos indígenas, es el Estado por medio de la autoridad ambiental competente, quien decide en ultimas si concede o no la autorización para el desarrollo de la obra, mediante la respectiva licencia o permiso ambiental. Todo esto por supuesto, si se tiene en cuenta que lograr el acuerdo no es un requisito de la esencia de la consulta previa y mucho menos una camisa de fuerza para el empresario.

Tal como ha sido concebida la consulta previa, se entiende que el Estado ha garantizado el derecho cuando realiza todos los esfuerzos orientados hacia el logro del acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas respecto de las medidas propuestas, pero que si luego de haberlo intentado de buena fe no se llega a dicho acuerdo o consentimiento, el Estado da por sentado que cumplió con su deber de garantizar el ejercicio del derecho de la consulta, y procede a tomar la respectiva decisión. Esto es lo que se puede leer en el literal h, artículo 13 del decreto, según el cual: “*agotado el objeto de la reunión, la autoridad ambiental competente, la dará por terminada, dejando constancia de lo ocurrido en el acta y continuará con el trámite establecido en la Ley 99 de 1993 y en el decreto 1753 de 1994 o normas que los modifiquen o sustituyan, con el objeto de tomar una decisión sobre el otorgamiento o negación de la licencia ambiental o del establecimiento del plan de manejo ambiental*”.

Si bien es cierto, el Estado está obligado a tener en cuenta la posición de los pueblos indígenas y considerar sus opiniones dentro del proceso de autorización del proyecto obra o actividad, sin embargo puede tomar decisiones aun en contra de la posición de los pueblos indígenas, pues la consulta no ha sido ideada como un mecanismo que permita a estos pueblos una posibilidad real de decidir; por el contrario, de la esencia de la consulta es que sea el Estado quien deba tomar la respectiva decisión.

Por ello resulta importante el pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante sentencia SU 039 de 1997, que le recuerda al Estado su responsabilidad en la protección de

---

<sup>48</sup> Citado en sentencia C-891 de 2002.

la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y define los parámetros básicos que deben orientar el proceso de toma de decisiones. De acuerdo con esta providencia la decisión que deba tomar la autoridad competente dentro del proceso de consulta previa *debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado proteger la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena*<sup>49</sup>.

## 6. EL PROCESO DE CONSULTA

El proceso de Consulta Previa, frente a la hipótesis de licencias ambientales, establecimiento del plan de manejo ambiental y permisos de uso y afectación de recursos naturales, está definido básicamente en el Decreto 1320 de 1998, que fue tratado ampliamente en el Capítulo II de este documento, y al cual remitimos su lectura.

Adicional a este, el Ministerio del Interior por medio de la Dirección de Asuntos Indígenas, se ha encargado de definir una serie de parámetros que se deben tener en cuenta para el desarrollo de la reunión de consulta. La Dirección de Asuntos Indígenas propone un proceso compuesto de las siguientes fases – aunque realmente es una propuesta para los procesos sin licenciamiento ambiental, es posible aplicar sus lineamientos a todos los procesos de consulta –<sup>50</sup>

- Fase de Información:

Durante esta fase se realiza la labor de coordinación institucional y comunitaria. En conjunto con las comunidades y los demás actores, se adoptan las reglas bajo las cuales se desarrollará el proceso. Se planean conjuntamente los tiempos y los planes de trabajo, se informa a la comunidad acerca del proyecto, sus impactos y se procuran los espacios de reflexión interna de la comunidad.

Dentro de esta fase se encuentra un primer momento de socialización que busca hacer los primeros acercamientos entre las comunidades, las instituciones del Estado y los particulares interesados. En este momento, se identifican los actores que intervendrán dentro del proceso como son:

- Los representantes de las comunidades interesadas
- Los representantes de las empresas interesadas
- Los representantes de otros organismos estatales interesados
- Los representantes de los órganos de control, facultativamente la Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo)
- Representantes de Organizaciones Indígenas

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU -039 de 1998. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

<sup>50</sup> SAAVEDRA y ANGARITA. Op.cít. p. 680

La Dirección de Asuntos Indígenas y la empresa interesada presentan información introductoria acerca de la Consulta Previa, el marco legal del proceso, y el tipo de proyecto que se desarrollará en la zona.

La empresa interesada en la consulta, debe realizar una explicación detallada y exhaustiva del proyecto, con sus ventajas y desventajas. En seguida interviene la comunidad sobre sus apreciaciones y discute los temas planteados.

Por ultimo, se debe acordar cuando se iniciará la siguiente fase de consulta previa y se dará cumplimiento a las actividades acordadas entre el interesado y la comunidad.

- Fase de Concertación e Identificación de Impactos:

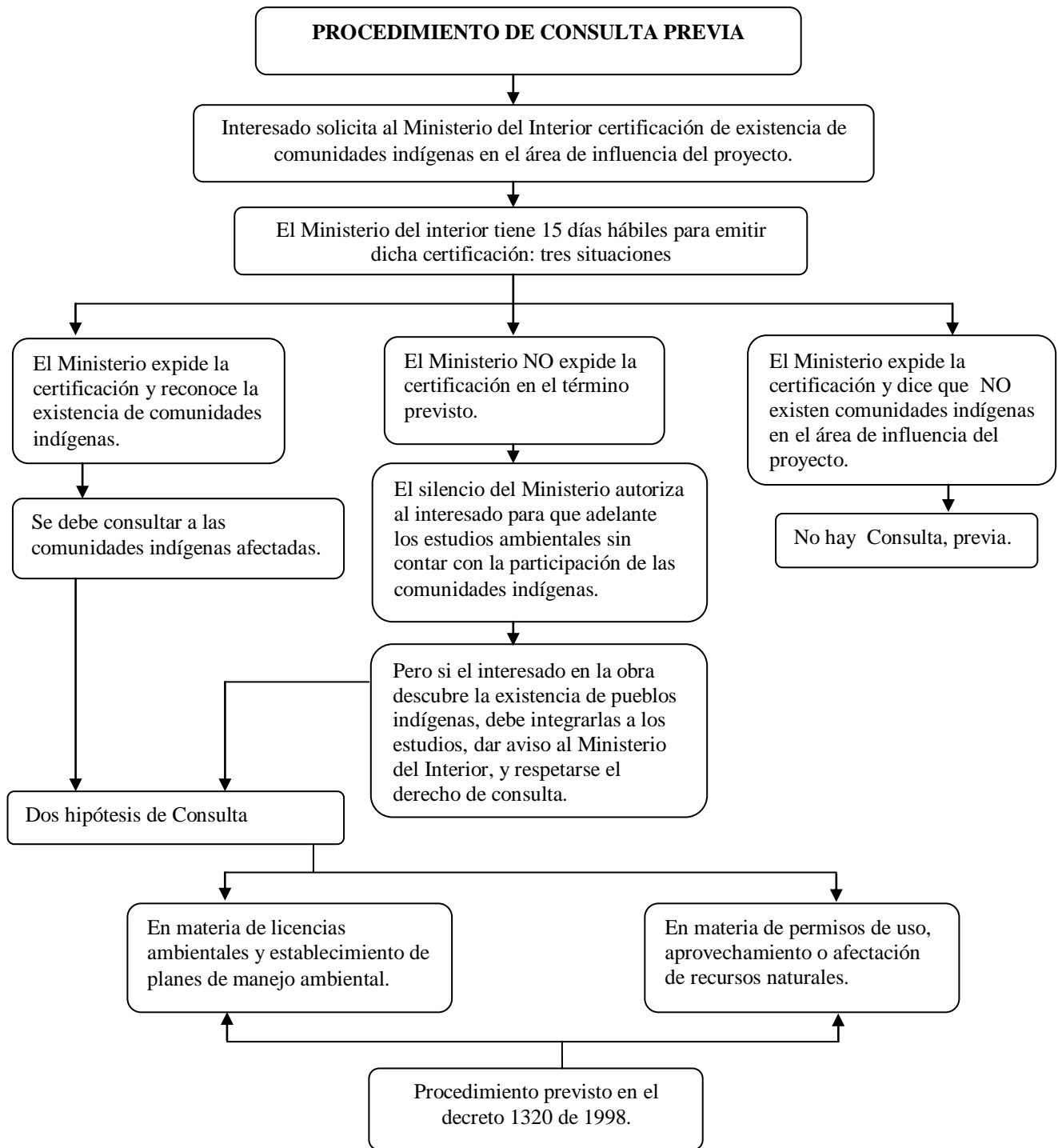
En esta etapa se da la elaboración de estudios de identificación de impactos y medidas. La comunidad indígena y la empresa interesada analizan los impactos, se conciertan las medidas y de manejo y se protocoliza la consulta. Aquí se debe garantizar espacios de reflexión interna a la comunidad.

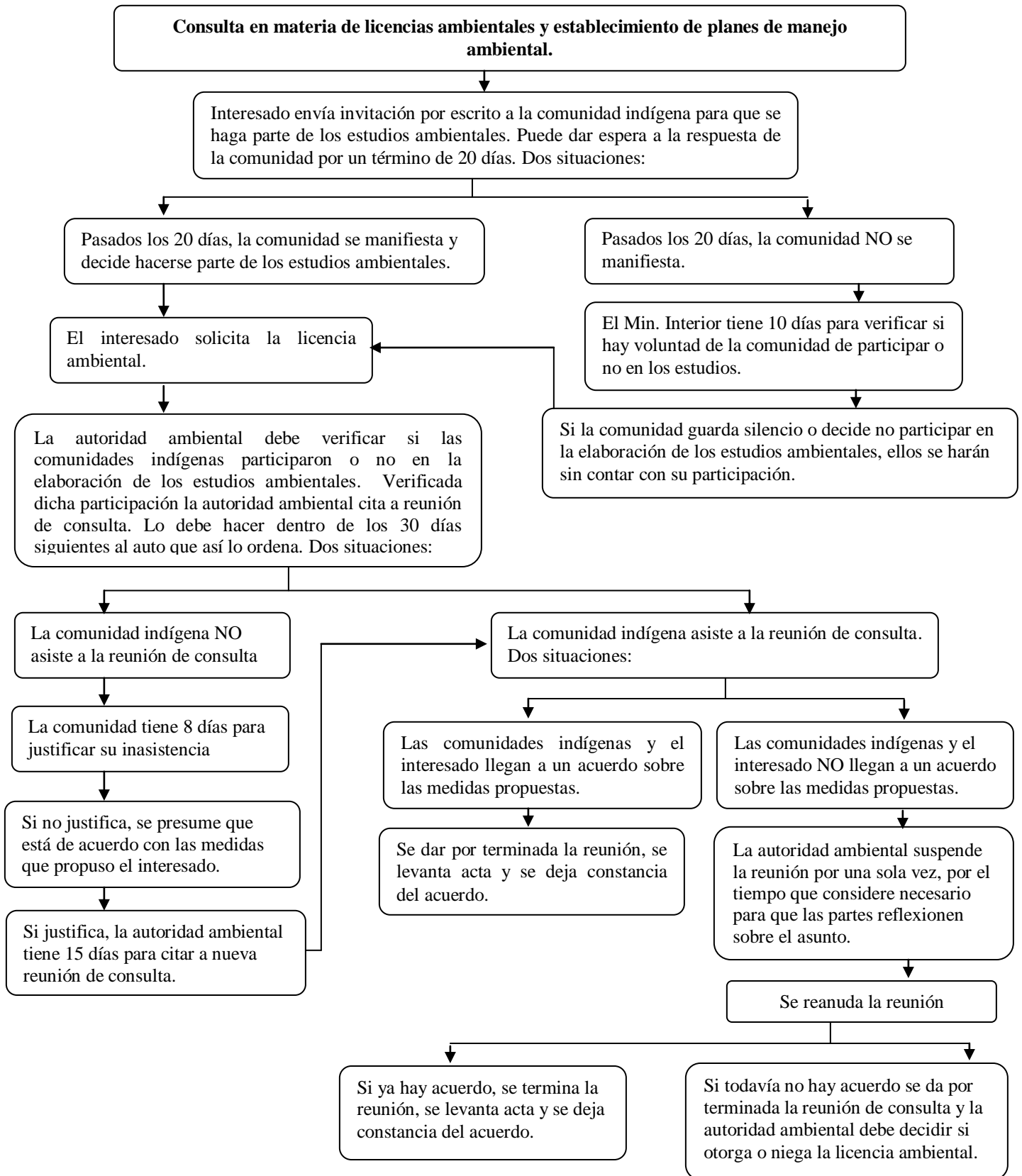
- Fase de Sistematización y Seguimiento

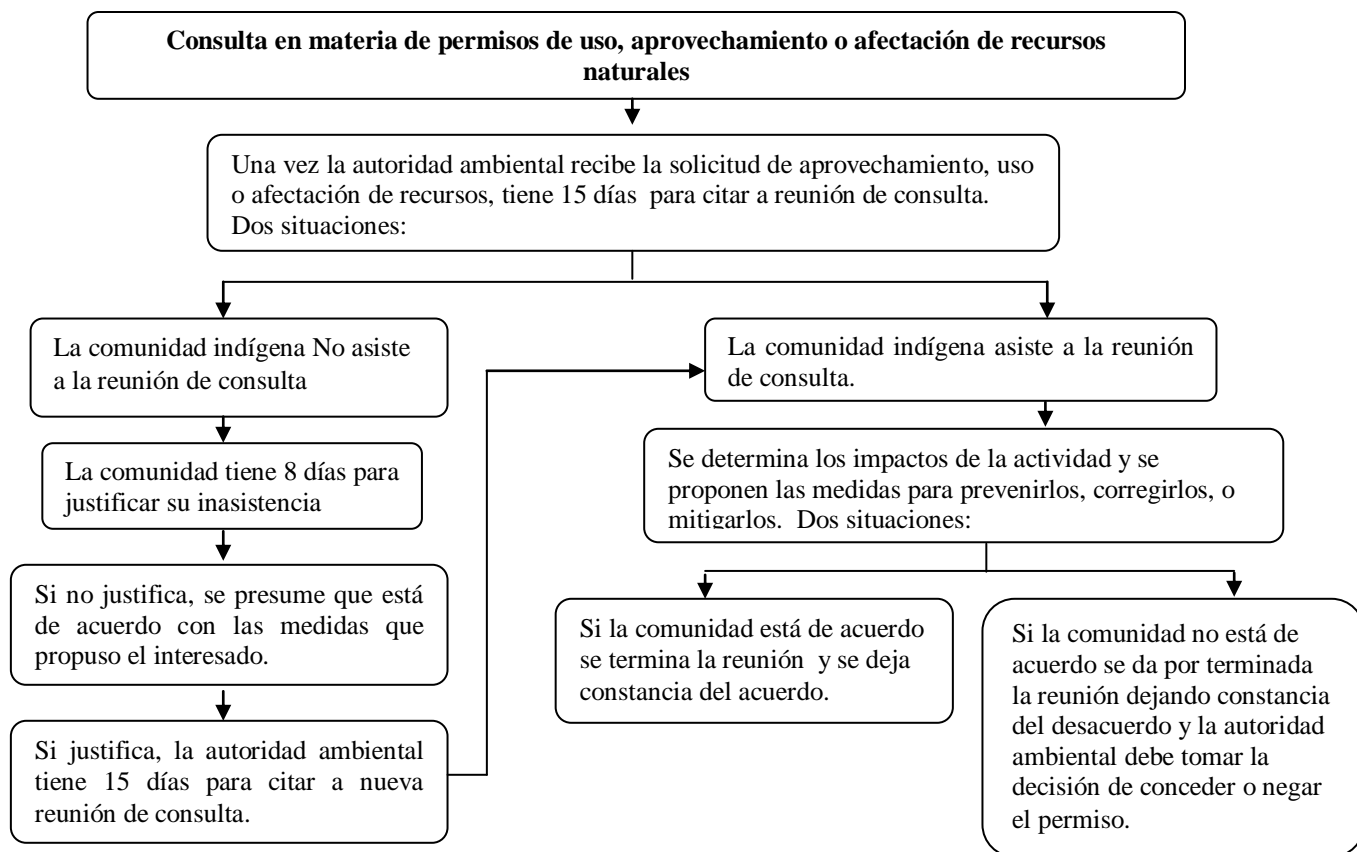
Debe existir un proceso que permita hacer seguimiento a cada una de las actividades acordadas dentro de la reunión de consulta. De dichas actividades debe hacerse una revisión periódica, para verificar el cumplimiento de cada una de las partes.

### **6.1. Esquema del Proceso**

Por otra parte y pretendiendo sintetizar el proceso de consulta previa en las distintas hipótesis en que este se da, planteamos el siguiente esquema como evidencia del proceso que se desarrolla en la actualidad, según el decreto 1320 de 1998.







## 7. LOS ACTORES DEL PROCESO DE CONSULTA

Tres son los actores que participan del proceso de Consulta Previa: principalmente el Estado con la obligación de garantizar la protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas; las empresas interesadas en el proyecto o en la explotación de recursos naturales, y necesariamente los pueblos indígenas

### 7.1. La Empresa

La empresa desempeña un importante papel dentro de los procesos de consulta previa con los pueblos indígenas, y del cabal cumplimiento de sus funciones depende en gran medida el cumplimiento de los fines del Estado y el efectivo respeto por los derechos de los pueblos indígenas.

Según lo afirmado por Gloria Amparo Rodríguez (Directora Línea de Investigación en Derecho Ambiental y Grupos Étnicos de la Universidad del Rosario), los dueños del proyecto deben primero que todo verificar la presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto, asegurarse de su presencia o ausencia y realizar verdaderos



estudios socioculturales con estos pueblos: “un estudio de impacto ambiental no se puede realizar en un escritorio y a ello debemos las inconsistencias e incluso la invisibilidad de las comunidades en los documentos finales. Las empresas tienen el compromiso de realizar de manera seria el EIA y las autoridades tienen la obligación de efectuar una evaluación rigurosa de los mismos.”<sup>51</sup>

Dentro del procedimiento de Consulta, la empresa tiene el deber de facilitar a los pueblos indígenas el acceso a información previa, objetiva, transparente, oportuna y proporcionar los mecanismos para el uso eficiente de la misma. Adicionalmente, están obligados a disponer para las comunidades, de información detallada sobre los verdaderos impactos sociales, culturales y ambientales del proyecto, ofrecer mecanismos idóneos para la capacitación a la comunidad o a sus líderes sobre los aspectos técnicos del proyecto. Pero por encima de cualquiera de las responsabilidades asignadas, las empresas interesadas deben dar cabal cumplimiento a los compromisos a que se llegue durante el proceso de consulta.<sup>52</sup>

Por su parte, el Decreto 1320 de 1998, determina unas obligaciones especiales en cabeza de las empresas interesadas en los proyectos. Así es como define la norma el papel de la empresa dentro del proceso de Consulta Previa con los pueblos indígenas:

- En primer lugar, el interesado en el proyecto debe solicitar al Ministerio del Interior su pronunciamiento respecto de si en el área de influencia del proyecto existen o no pueblos indígenas.
- Si de la certificación del Ministerio del Interior resulta que existen pueblos indígenas en el lugar donde se realizaran las obras, entonces el interesado debe elaborar los estudios ambientales pertinentes garantizando la participación de dichas comunidades. Para estos efectos, el interesado debe enviar invitación por escrita a las comunidades indígenas para que se hagan partícipes de los Estudios Ambientales.
- Si enviada la invitación, las comunidades no se pronuncian o se niegan a participar, el interesado en el proyecto debe informarle de ese hecho al Ministerio del Interior para que verifique el interés de la comunidad de hacerse o no parte de dichos estudios.
- Si la comunidad indígena responde a la invitación del interesado en el proyecto y se hace parte de los estudios ambientales, el interesado debe acreditar ante la autoridad ambiental la forma y procedimiento mediante el cual vinculó a los representantes de las comunidades indígenas en la elaboración de los estudios respectivos.
- Ya en la reunión de consulta, el responsable del proyecto debe realizar una exposición del contenido de los estudios ambientales, exponer las condiciones técnicas en que

---

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. La Consulta Previa: Oportunidad o amenaza. En: Revista Semillas. No. 36-37 (julio 2008); p. 14

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ, La consulta previa a los pueblos indígenas. Op.cít.

pretende usar, aprovechar o afectar los recursos naturales renovables; pero está obligado principalmente a hacer énfasis en la identificación de los posibles impactos del proyecto sobre las comunidades indígenas y la propuesta de manejo de los mismos.

## **7.2. El Estado**

Antes que nada, el Estado debe ser el intermediador entre los intereses de los pueblos indígenas y los intereses de la empresa. No es de olvidar que por mandato constitucional este tiene a su cargo la protección de la diversidad y la integridad de los pueblos indígenas. Es deber de las instituciones del Estado que están involucradas con el proceso de consulta, fortalecer la vigilancia y el acompañamiento en los procesos previos a la consulta y garantizar mecanismos para el control y el seguimiento de los acuerdos, una vez culminado el proceso.<sup>53</sup>

Para el caso específico, dentro del procedimiento de consulta previa, el Estado actúa a través de tres instituciones básicas: El Ministerio del Interior mediante la Dirección de Asuntos Indígenas; las Autoridades Ambientales competentes encargadas de otorgar licencias ambientales o conceder permisos de uso o afectación de recursos naturales; y la Mesa Permanente de Concertación.

Además de estas instituciones, podemos encontrar dentro del proceso de consulta previa en calidad de invitados y como garantes de los derechos de los pueblos indígenas a la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.

### **7.2.1. La Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior**

Si bien una buena parte de las normas que contienen el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas se refiere a la actuación del Ministerio del Interior, la intervención de esta entidad se concreta a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom, antes denominada Dirección de Etnias<sup>54</sup>, la cual es la única dependencia del Ministerio que tiene a su cargo el conocimiento de los asuntos relacionados con los pueblos indígenas y especialmente de la Consulta Previa.

¿Cuál es la función que desempeña la Dirección de Asuntos Indígenas?

De acuerdo con el decreto 1720 de 2008 (art. 16), además de las funciones dirigidas a proponer políticas orientadas al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas; promover sus derechos fundamentales; y adelantar

---

<sup>53</sup> RODRÍGUEZ, La consulta previa a los pueblos indígenas. Op.cít.

<sup>54</sup> Según el Decreto 200 de 2003, la dependencia encargada de los asuntos relacionados con los pueblos indígenas y minorías, era la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, sin embargo dicha norma fue modificada por el decreto 1720 de 2008 y ahora esta dependencia recibe el nombre de Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom.

estudios e investigaciones sobre grupos étnicos, con el fin de evaluar la incidencia social, cultural y del medio ambiente que las distintas actividades a desarrollar puedan tener sobre dichas comunidades; está prevista de manera muy especial la obligación de “*apoyar al Grupo de Consulta Previa en la realización de los procesos de consulta para proyectos de desarrollo que afecten a las comunidades indígenas*”

Fue el decreto 1320 de 1998 el que en su momento le asignó funciones específicas a la Dirección de Asuntos Indígenas en materia de consulta previa:

Por una parte, y con el fin de determinar si se debe adelantar o no consulta previa, la Dirección de Asuntos Indígenas, ante la solicitud presentada por el interesado en la obra debe certificar si en el área de influencia del proyecto hay o no presencia de pueblos indígenas.

La norma prevé que en caso de haber presencia de pueblos indígenas, la Dirección debe certificar el pueblo indígena al que pertenecen, su sistema de representación y ubicación geográfica. Para emitir dicha certificación, la Dirección de Asuntos Indígenas tiene un término de 15 días, contados desde la fecha en que el interesado presentó la solicitud. Si la Dirección no expide la certificación en el término señalado, su silencio autoriza al interesado para adelantar los respectivos estudios ambientales sin contar con la participación de los pueblos indígenas.

Es de recordar que de acuerdo con el Decreto 1320 de 1998, la certificación de existencia de resguardos constituidos en cabeza de comunidades indígenas en las zonas donde se pretende adelantar el proyecto, le correspondía al Incoder; sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de Desarrollo Rural (ley 1152 de 2007) dicha función ha sido trasladada a la Dirección de Asuntos Indígenas.<sup>55</sup>

Este papel de certificación de existencia de comunidades indígenas en la zona donde se pretende desarrollar el proyecto es de suma importancia dentro del procedimiento de consulta, pues de ella depende que en efecto el derecho de participación de los pueblos indígenas se haga realidad o no. Si la Dirección de Asuntos Indígenas acepta que existen comunidades indígenas en determinada zona, entonces la consulta previa será una realidad para los pueblos indígenas y una obligación para el Estado. Pero si por el contrario, la Dirección de Asuntos indígenas se manifiesta y desconoce la presencia de comunidades indígenas, no existe tal procedimiento de consulta. Es por eso que la Dirección de Asuntos

---

<sup>55</sup> Nota de Vigencia: Mediante sentencia C-175 de 2009 la Corte Constitucional declara la inexecutable de la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural) por haberse omitido la consulta a los pueblos indígenas y a las comunidades afrocolombianas, durante el proceso de elaboración de la norma. Con esto, la hipótesis frente a la cual, es la Dirección de Asuntos Indígenas y no el Incoder el que tiene la potestad de certificar la existencia de resguardos indígenas en los procesos de consulta pierde su sustento y hasta tanto no exista un verdadero proceso de consulta previa en la expedición de la norma, el Incoder conservará su conocimiento respecto de la constitución, ampliación, saneamiento y de la certificación de existencia de resguardos para efectos de la consulta. Vale la pena recordar que durante el tiempo que estuvo vigente la ley surtió plenos efectos y fue la Dirección de Asuntos Indígenas que durante este periodo ejerció sus competencias.

Indígenas debe ser cuidadosa a la hora de emitir conceptos acerca de la presencia o ausencia de pueblos indígenas y ejercer dicha función con plena responsabilidad, de tal manera que responda a los postulados constitucionales que propenden por la protección de la diversidad étnica y cultural.

De otro lado, la Dirección de Etnias es la encargada de liderar los procesos de consulta y hacer acompañamiento permanente a los pueblos indígenas durante todo el proceso. Debe coordinar y garantizar el cumplimiento de las condiciones adecuadas para el desarrollo de la consulta previa. De una lectura integral de los principios que orientan la actividad del Estado se deduce su obligación de brindar asesoría y orientación a los pueblos indígenas en cada una de las etapas de la consulta, no solamente en el momento de protocolización de la consulta cuando el acuerdo entre la comunidad y la empresa se formaliza, sino incluso en los momentos previos cuando se dan los primeros acercamientos entre las partes y en los momentos posteriores de tal forma que se garantice que cada uno de los compromisos adquiridos por las partes se cumplan.

### **7.2.2. La autoridad Ambiental Competente**

Las autoridades ambientales desarrollan un importante papel dentro del procedimiento de consulta, ellas no solo deben participar de manera activa dentro de este, sino que es su deber de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1320 de 1998, convocar a los interesados a la reunión de consulta. Quien preside la reunión de consulta y debe hacer acompañamiento permanente a las comunidades indígenas es la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, pero quien determina y exige la realización del proceso de consulta es la autoridad ambiental. A ella le corresponde decidir dentro de los procesos de consulta previa la realización de la obra mediante la concesión o rechazo de la respectiva licencia ambiental o permiso de uso o afectación de recursos naturales, por lo que no debe olvidar que su posición durante todo el proceso debe ser imparcial y muy objetiva.

De acuerdo con Gloria Amparo Rodríguez (Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario), *“los funcionarios deben desarrollar el rol de facilitadores, orientadores y defensores de los derechos étnicos y territoriales y deben tener en cuenta que, la consulta es una instancia que permite la relación directa comunidad – Estado, la cual debe fortalecerse sobre la base de la credibilidad y confianza mutua.(...) Los funcionarios deben ser asesores, capacitadores, mediadores y conciliadores durante el desarrollo de la consulta. Son los llamados a crear seguridad en el proceso y, en muchos casos, deben proponer fórmulas de acuerdo, sobre la base de lograr la protección de la identidad e integridad cultural, social y económica de las comunidades étnicas del país”*<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ, La consulta previa a los pueblos indígenas. Op.cít.

¿Quién es la autoridad ambiental competente?

Dependiendo de la hipótesis frente a la cual nos encontremos, las autoridades ambientales competentes en materia de consulta previa y frente al evento de licencias ambientales pueden ser:<sup>57</sup>

1. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
2. Las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible.
3. Los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón de habitantes dentro de su perímetro urbano.
4. Los distritos de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla
5. Las entidades territoriales delegatarias de las Corporaciones Autónomas Regionales

Las competencias de cada una de estas instituciones están establecidas en las respectivas normas que regulan los procesos de licenciamiento ambiental.

### **7.2.3. La Mesa Permanente de Concertación**

De acuerdo con el decreto 1397 de 1996, la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, fue creada como una instancia dependiente del Ministerio del Interior, la cual tiene por objeto, como su nombre lo indica, concertar entre los pueblos indígenas y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar estos pueblos, así como evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen.

Son miembros permanentes de la Mesa, además de los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, Hacienda, Minas, y Educación, entre otros<sup>58</sup>:

- Los Senadores Indígenas;
- Los exconstituyentes indígenas;
- El Presidente de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC o un delegado
- El presidente de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana a OPIAC o un delegado;
- Un delegado por la Confederación Indígena Tairona;

Relacionado con el proceso de Consulta Previa, son dos las funciones asignadas a la Mesa Permanente:

---

<sup>57</sup> Revisar para estos efectos el Decreto 1220 de 2005, reglamentario de la ley 99 de 1993 en lo relacionado con las licencias ambientales; y el decreto 1791 de 1996 por medio de la cual se establece el régimen de aprovechamiento forestal.

<sup>58</sup> Según el Art. 10 del decreto 1397 de 1996, son también miembros de la Mesa Permanente el Ministro de Salud, de Educación Nacional, el Director del Departamento Nacional de Planeación, y el Consejero Presidencial de Fronteras.

- En primer lugar, el decreto 1397 autoriza que los miembros indígenas de la Mesa Permanente (es decir, los senadores indígenas, los ex constituyentes indígenas y los presidentes de la ONIC o la OPIAC) participen en los procesos de Consulta que se adelanten con los pueblos indígenas
- Y en segundo lugar, la norma faculta a la Mesa para que revise los permisos y licencias otorgados sobre territorios indígenas, y solicite su suspensión o revocatoria cuando considera que son violatorios de sus derechos.

Esta última función resulta de vital importancia para el desarrollo de los procesos de consulta, en la medida que la Mesa Permanente cumple una función de vigilancia y control adicional a la que cumplen los órganos creados para tal fin, como la Contraloría o la Procuraduría, y en esa medida, la Mesa Permanente más que una potestad tiene una obligación de dirigirse a la respectiva autoridad ambiental para solicitar la suspensión o revocatoria de los permisos o licencias otorgadas, cuando de dicha autorización resulte un detrimento a la integridad de los pueblos indígenas.

### **7.3. Los Pueblos Indígenas**

Los pueblos indígenas deben ser los actores principales del proceso de consulta, pues ellos son los directamente afectados con la decisión que se adopte dentro de este procedimiento. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en la norma reglamentaria del derecho de consulta, su participación ha quedado limitada a la exposición de su punto de vista sobre el proyecto a desarrollar, argumentar sobre la conveniencia o inconveniencia de este, con las implicaciones que tiene para su cultura y su vida como pueblo, y negociar el mejor acuerdo sobre las medidas de compensación y mitigación de impactos.

La forma en que ha sido concebida la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico, permite entender que los pueblos indígenas no tienen la capacidad de definir el proceso de consulta; es el Estado quien se ha arrogado la facultad de decidir la suerte del proyecto y a su paso, la suerte de los pueblos indígenas. El papel de los pueblos indígenas se concentra entonces, en una actividad dirigida a defender sus derechos; capacitarse, estar atentos a las actuaciones de las instituciones del Estado y las empresas, y exigirles el cumplimiento de sus deberes.

Para estos efectos su participación, se materializa a través de dos entes particulares: sus propias autoridades y sus respectivas organizaciones.

#### **7.3.1. Autoridades indígenas**

Cuales son los esquemas de autoridad y de representación de los pueblos indígenas que se debe tener en cuenta en los procesos de consulta?

En primer lugar, encontramos la institución del Cabildo, como una figura creada por la colonia y apropiada por los pueblos indígenas que vieron en ella una posibilidad de exigir

el respeto por sus derechos, y que si bien no ha sido adoptado por la generalidad de pueblos indígenas, por lo menos responde a la forma de organización de un buen número de ellos.

El cabildo, responde a la naturaleza de entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad. (Art. 2 decreto 2164 de 1995)

Los niveles de autoridad dentro del cabildo, se dan de la siguiente manera:

- El gobernador, quien es la autoridad mayor y también representante legal de la comunidad
- El alcalde mayor, el que sigue en el rango de autoridad y acompaña al gobernador en el desempeño de sus funciones
- Y los alguaciles, a quienes se les ha asignado función de orden.

Pero el esquema del cabildo y el gobernador, evidentemente no es la única forma de autoridad que los pueblos indígenas han reconocido, existen por ejemplo otros que han adoptado la figura del Capitán, como en el caso de algunas comunidades de la Amazonia y Orinoquía, o el caso de los indígenas de la Sierra, en que si bien el gobernador del cabildo mayor, puede expresar la voluntad de la comunidad, pero, en caso tal que deba decidir sobre aspectos relevantes, debe consultarlo tanto a los mamos como a la comunidad; así mismo, algunos pueblos indígenas además de manejar las formas de organización instituidas durante el proceso colonial como el Cabildo, han creado sus autoridades tradicionales, como el caso de los indígenas paeces con los te'walas, el consejo de ancianos, el dueño de la Maloka o el Chamán de otras comunidades, quienes a través de su conocimiento y manejo de la tradición y los rituales, ejercen el control de la vida social.

Toda esta diferencia en la forma de organización y de autoridad adoptada por los pueblos indígenas debe generar un cuidadoso tratamiento a la hora de determinar quien es la autoridad que representa a los pueblos indígenas y a quien se debe consultar.

### **7.3.2. Organizaciones Indígenas**

Las organizaciones indígenas, por su parte, desempeñan también un importante papel dentro del proceso de consulta. Si bien ellas no tiene poder de decisión dentro del proceso y técnicamente no son las consultadas, su papel se concentra en servir de apoyo a las comunidades indígenas, orientarlas en la posición que puedan adoptar y sobre todo servir de puente de comunicación entre ellas, el Estado y las empresas, en el marco del diálogo intercultural.

Así por ejemplo, encontramos la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, que desde su creación en 1982 se ha arrogado la representación de los pueblos indígenas del país y ha abanderado diversos procesos de lucha de los territorios indígenas de Colombia, bajo una plataforma sustentada en los principios culturales de Unidad, Tierra, Cultura y Autonomía. Así mismo, podemos encontrar, entre muchas otras organizaciones, la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonia OPIAC, o el Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC, o la Organización Zonal Indígena del Putumayo OZIP.

Sin embargo es necesario tener en cuenta que algunos pueblos indígenas pese a contar con organizaciones indígenas que pueden respaldar sus luchas territoriales y que pueden apoyarlos en sus procesos de consulta, no comparten las políticas de dichas organizaciones y han decidido apartarse de ellas, como el caso del “municipio de Orito en el departamento de Putumayo en donde participaron en el proceso de consulta las autoridades de la comunidad indígena y la organización Kipara, que agrupa a otras organizaciones de Orito. Allí, las autoridades de la comunidad decidieron que no invitarían a la Organización Zonal Indígena del Putumayo (OZIP), pues tenían diferencias con ella”<sup>59</sup>.

Por ello es importante recordar que si bien las organizaciones indígenas cumplen un papel de apoyo en los procesos de consulta, ellas no pueden arrogarse la facultad de representar a los pueblos indígenas en los procesos de consulta y mucho menos de tomar decisiones en nombre de ellos, a no ser que de manera excepcionalísima, la comunidad indígena le otorgue dicha facultad, lo cual es de extraña ocurrencia.

---

<sup>59</sup> TANGARIFE PEDRAZA y PÁEZ BASTIDAS. Op.cít. p. 97



## CAPITULO V. EL FRACASO DE LA CONSULTA PREVIA: UNA HISTORIA DE ASUNTOS INCONSULTOS

Sin pretender desconocer lo que ha significado la consulta previa en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, de tal forma que al permitírseles participar de manera activa en asuntos de su interés puedan tener mayores garantías para el desarrollo de sus valores culturales; desafortunadamente la Consulta Previa no siempre ha sido el mecanismo idóneo para salvaguardar los derechos de estos pueblos. Las múltiples demandas de tutela interpuestas por los pueblos indígenas nos indican que la violación de sus derechos es una constante.

A pesar de la vigencia del Convenio 169 de la OIT, y de lo imperativo de las normas constitucionales, podemos encontrar una larga historia de eventos en que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados ha sido violentado, no solo por parte de las empresas que se han negado a aplicar la disposiciones legales que así se lo ordenan, sino también por parte del Estado, que no ha cumplido debidamente los mandatos constitucionales, que le exigen la protección de la diversidad étnica y cultural, obligando a los pueblos indígenas a recurrir a las instancias judiciales para solicitar el amparo de sus derechos.

Para empezar con una experiencia reciente de asuntos inconsultos, podemos referirnos a la expedición de dos importantes disposiciones jurídicas. De una parte, encontramos la Ley General Forestal aprobada mediante Ley 1021 de 2006, la que a pesar de contener disposiciones que producían una afectación directa de los pueblos indígenas por ser precisamente ellos quienes tienen una relación mas estrecha con los bosques y la actividad forestal, no les fue consultada. Esta ausencia de consulta previa llevó a la Corte Constitucional mediante sentencia C- 30 de 2008, a declarar la inconstitucionalidad de la norma.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Dijo la Corte en su momento:

“ La ley general forestal, en cuanto que regula de manera general e integral, la actividad forestal, no obstante que, contiene previsiones orientadas a preservar la autonomía de las comunidades indígenas y afrocolombianas, y que reconoce el derecho exclusivo de las mismas al aprovechamiento de los recursos forestales de sus territorios, es susceptible de afectar directa y específicamente a tales comunidades, en la medida en que establece políticas generales, definiciones, pautas y criterios, que en cuanto que de aplicación general, pueden afectar las áreas en las que se encuentran asentadas las comunidades, lo cual, a su vez, puede repercutir sobre sus formas de vida y sobre la relación tan estrecha que mantienen con el bosque. (...) Esa consulta, que tiene unas características especiales, no se cumplió en este caso, y la misma no puede sustituirse por proceso participativo que de manera general se cumplió en torno al proyecto de ley. (...) razón por la cual la Corte concluye que, dado que la ley versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, **no hay alternativa distinta a la de declarar la inexequibilidad de la ley**”.

De otro lado, el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 fue expedido con desconocimiento del derecho de consulta a los pueblos indígenas. Dicha situación fue conocida por la Corte Constitucional mediante sentencia C-461 de 2008, como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el senador Jesús Enrique Piñacué. Al respecto, si bien la Corte reconoció que las labores consultivas que cumple el Consejo Nacional de Planeación, no suple de ninguna manera la consulta obligatoria a los pueblos indígenas, decidió que no era procedente declarar la inexecutable la totalidad de la ley, y en su lugar consideró pertinente declarar su exequibilidad condicionada, de manera que hasta tanto se realice dicha consulta, se deben suspender los proyectos, programas y presupuestos plurianuales que puedan incidir *directa y específicamente* sobre los pueblos indígenas.

Así mismo, el Estatuto de Desarrollo Rural aprobado mediante Ley 1152 de 2007, que contiene una serie de lineamientos, políticas, mecanismos y procedimientos orientados al bienestar del sector rural, que tocan innegablemente los intereses de los pueblos indígenas, si se considera que estos pueblos constituyen una buena parte de la población rural del país, tampoco fue consultado “ni en los momentos previos a la presentación del proyecto del ley, ni durante el trámite legislativo, de manera que en el escenario donde se hacía necesario propiciar la participación de las diferentes comunidades étnicas se desconocieron sus derechos, así como las obligaciones constitucionales del Estado”<sup>61</sup>. Dicha omisión llevó a la Corte Constitucional mediante reciente sentencia C-175 de 2009 a declarar la inexecutable de la norma.<sup>62</sup>

En cuanto a experiencias relacionadas con proyectos de desarrollo en los que se ha desconocido el derecho de los pueblos indígenas a la consulta, podemos encontrar entre muchos otros, los siguientes eventos.

A título de ejemplo: el caso del pueblo indígena Motilón-Barí contra Ecopetrol S.A por la explotación de petróleo en su territorio, en que el Ministerio del Interior sin previa consulta a la comunidad, certificó que no existían pueblos indígenas en el área de influencia del

---

<sup>61</sup> ORJUELA RUIZ, Astrid. Una vez más sin consulta previa. En: Revista Semillas. No. 36/37 (Julio 2008) p. 34

<sup>62</sup> Dijo la Corte Constitucional:

“(…) de conformidad con los argumentos de índole fáctica recopilados en esta sentencia, la Corte pudo comprobar que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta. En especial, los procesos de acercamiento fueron realizados de forma inoportuna, cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, circunstancia incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Adicionalmente, no se comprobó que fuera adelantado un procedimiento preconsultivo con las comunidades tradicionales, tendiente a definir las reglas de deliberación del proceso de consulta previa. De este modo, resulta desacertado sostener que dichos acercamientos extemporáneos suplen el requisito de consulta previa, puesto que fueron ejecutados luego de haberse iniciado el trámite legislativo y en escenarios propios de éste. En ese sentido, responden a formas de participación democrática de carácter general, los cuales difieren de las modalidades concretas de incidencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes a las que se refiere el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, las cuales corresponde a un procedimiento sustantivo de índole constitucional, dirigido a satisfacer el derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes.”

proyecto y como consecuencia el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial expidió una resolución que concede a Ecopetrol S.A. licencia ambiental para explorar petróleo en la región sin necesidad de adelantar consulta. Así mismo el caso de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada frente al Proyecto de presa El Cercado y el distrito de riego Ranchería, en que a pesar de la existencia del pueblo indígena Kogui en el área de influencia del proyecto no fue llamado a consulta por la CAR; el caso de la comunidad indígena de Cristianía en el Municipio Jardín (Antioquia), en contra de la compañía Solarte por la ampliación, rectificación y pavimentación de la “troncal del café, en que la empresa tampoco realizó proceso de consulta con la comunidad indígena, desconociendo los fuertes impactos que produjo la obra sobre su territorio; así como la situación de los U’wa y de los cofanes por la explotación de petróleo en su territorio, el pueblo Embera-katío del Alto Sinú por la construcción de la hidroeléctrica Urrá , y algunas comunidades indígenas del Putumayo, por la futura construcción de la carretera Mocoa-San Francisco, todos ellos, sin haberse adelantado el respectivo proceso de consulta.

Destacamos de manera sucinta cuatro hechos de gran trascendencia<sup>63</sup>:

## **1. LOS U’WA FRENTE A LA PETROLERA OCCIDENTAL DE COLOMBIA (OXY)**

La situación conflictiva de los U’wa por la presencia de petróleo en su territorio, inicia en el año de 1992, cuando la Sociedad Occidental de Colombia, con base en un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol para la explotación de hidrocarburos en el país, inició ante el Inderena los trámites necesarios destinados a obtener la correspondiente licencia ambiental requerida para poder adelantar exploraciones sísmicas, en desarrollo del proyecto conocido como EXPLOTACIÓN SÍSMICA BLOQUE SAMORÉ que le permitiera constatar la existencia de pozos petroleros en el territorio donde se encuentra asentado el pueblo indígena U’wa.

El problema se origina cuando el Ministerio de Medio Ambiente el 3 de febrero de 1995 otorga la licencia ambiental a la compañía, autorizándole la exploración de petróleo, sin haberse surtido un real procedimiento de consulta con este pueblo indígena. El error del Ministerio de Medio Ambiente fue tomar por consulta, una reunión que sostuvieron algunos miembros de la comunidad con la empresa los días 10 y 11 de enero de 1995, cuando ella en realidad nunca tuvo este carácter.

Por supuesto que la empresa siempre argumentó que había hecho muchas reuniones para consultar a los pueblos indígenas (cerca de 20); lo cierto fue que los U’wa no fueron realmente consultados, y las reuniones que se llevaron a cabo, se desarrollaron con desconocimiento del principio de buena fe, en un ambiente de imposiciones externas de la

---

<sup>63</sup> No se pretende ahondar sobre las particularidades de cada uno de los casos, pues ellos han sido tratados con profundidad en diversos documentos de estudio que se ha ocupado del tema. La razón por las que son traídos a colación en este trabajo, responde a la necesidad de evidenciar los numerosos eventos en que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta ha sido violentado.

transnacional y agentes del Estado. Así por ejemplo, Gregorio Mesa Cuadros<sup>64</sup>, con pleno conocimiento de causa, afirma que “el acta firmada el 10 de enero de 1995 en el municipio de Arauca fue solo la firma de una hoja de asistencia a una reunión en la que a los U’wa se les invitaba a hablar de tierras para la ampliación de su resguardo y no de petróleo” y que ante la posibilidad que los U’wa se opusieran al proyecto, la OXY recurrió a diferentes medios para tratar de obtener una posición favorable de la comunidad frente al proyecto: “trataban de comprar líderes, pagar favores, ponerlos a recorrer por todo el país, aturdirlos con prebendas, buenas comidas y hoteles lujosos, trago, dar becas a estudiantes, pagar sueldos a los trabajadores de la comunidad por no hacer nada, dar medicinas a cuenta gotas” etc., diciendo que su deseo era ayudar por ayudar, y que no estaban interesados en el petróleo. Pero cuando los U’wa empezaron a hacer resistencia y se opusieron a la exploración de petróleo en su territorio, argumentando los riesgos que dicha actividad entrañaba para su supervivencia como grupo étnico, por los bruscos cambios a su entorno físico y en sus condiciones culturales, económicas y cosmogónicas, fueron acusados de atentar contra el progreso económico del país.

En los primeros momentos de confrontación con la OXY y el gobierno colombiano, los U’wa eran vistos como un grupo humano que no entendía las necesidades del desarrollo, y hasta el Ministro de Minas y Energía de la época afirmó que “*unos cuantos indígenas - a lo sumo unas cinco mil personas - no pueden oponerse al desarrollo de cuarenta millones de colombianos*”,<sup>65</sup> por lo que la actividad petrolera no podría detenerse.

Tiempo después - y aunque en principio los U’wa fueron los únicos que dieron la pelea por la defensa de su territorio - sus organizaciones sociales y ambientales, empiezan a escucharlos y ver en su lucha de resistencia un ejemplo de dignidad que fue capaz de enfrentarse a una transnacional como la Oxy y negarse a la explotación de petróleo en su territorio. Es así que en ese mismo año, con la colaboración del Defensor del Pueblo Jaime Córdoba Triviño, miembros de la comunidad indígena interpusieron acción de tutela contra el Ministerio de Medio Ambiente y la Empresa Occidental de Colombia (Oxy); pretendiendo que se inaplique la resolución que concede la licencia ambiental y se ordene desarrollar todas las diligencias necesarias para llevar a cabo el proceso de consulta con la comunidad.

Llegado el asunto al conocimiento de la Corte Constitucional, mediante un fallo revolucionario que sentó las bases del derecho de Consulta a los pueblos indígenas (sentencia SU-039 de 1999), concluyó de manera muy acertada que si bien el proceso de consulta con la comunidad U’wa se inició, no se agotó en la debida forma, lo que hizo que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se haya cumplido en forma

---

<sup>64</sup> Gregorio Mesa Cuadros, es Abogado, Magister y Doctor en Derecho, ha vivido con los U’wa y los ha apoyado en sus justas luchas durante varios periodos de tiempo. Fue su abogado y asesor en el proceso que adelantaron los U’wa para frenar la explotación de petróleo en su territorio. En revista semillas, pág. 72

<sup>65</sup> MESA CUADROS, Gregorio. La ley del más fuerte: explotación petrolera y limitaciones al derecho fundamental a la consulta previa en el caso de los Uwa con Oxy. En: Revista Semillas, No. 36-37 (Julio 2008) p. 73.

irregular, por lo que es preciso y así lo ordena, adelantar la respectiva consulta a la comunidad.

*“Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.*

*Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.”<sup>66</sup>*

Hoy, años después de este incidente “aun persiste para el Gobierno la necesidad de sacar petróleo del territorio U'wa”<sup>67</sup>. En efecto, desde el año 2004 se adelantan actividades dirigidas a consultar al pueblo U'wa con el fin de explorar la existencia de petróleo en su territorio, esta vez para los BLOQUES SIRIRI Y CATLEYA. Sin embargo, como resultado de dichos acercamientos y ante las múltiples convocatorias, para desarrollar el proceso por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas, los representantes del pueblo U'wa, han manifestado de manera reiterada su posición de no participar en el proceso de consulta y rechazar una vez mas el desarrollo de proyectos petroleros en su territorio.

## **2. LA REPRESA DE URRÁ Y LOS EMBERA KATÍO DEL ALTO SINÚ**

La experiencia del pueblo indígena Embera-Katío del Alto Sinú, si bien es un poco distinta de la experiencia del pueblo U'wa, ambas tienen un punto en común: la ausencia de consulta previa.

En este caso, el Gobierno Nacional, en el mes de diciembre de 1992, declaró de utilidad pública e interés social el territorio necesario para la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I situado sobre el río Sinú (Departamento de Córdoba) en territorio ancestral del pueblo Embera-Katío. Sin embargo, el 13 de abril de 1993, a pesar de no haberse adelantado proceso de consulta previa y desconociendo los fuertes impactos que produciría el proyecto sobre la vida del pueblo indígena, el INDERENA le otorgó a CORELCA licencia ambiental, autorizando la construcción de obras y la desviación del río Sinú, necesarios para la realización de la hidroeléctrica.

---

<sup>66</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 039 de 1997. Antonio Barrera Carbonell

<sup>67</sup> MESA CUADROS, Op.cít. p. 74

Por supuesto, las excusas por la violación al derecho de consulta del pueblo Embera no se hicieron esperar, tanto de la empresa que argumentó que para la época en que se tramitó la licencia ambiental para la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I, era CORELCA y no URRÁ S.A la dueña del proyecto, por lo que creyeron de buena fe que ellos habían cumplido con el total de los requisitos legales para el otorgamiento de dicha licencia incluida la consulta previa, y hasta el Ministerio del Interior pretendiendo justificarse se atrevió a decir que a pesar de la vigencia de la Carta Política de 1991 y de la Ley 21 del mismo año, no existía reglamentación de esta clase de actuaciones administrativas. De todas maneras la posibilidad del pueblo indígena de poder influenciar la decisión de la autoridad ambiental fue negada y como consecuencia la afectación para esta comunidad fue una realidad: “las mejores tierras fueron inundadas, el pescado, la principal fuente de proteína de la población se extinguió, la organización fue desmantelada y el liderazgo asesinado. (...) El proyecto Hidroeléctrico Urrá inundó 7.400 hectáreas, afectó el resguardo indígena del Alto Sinú y Parque Nacional Natural de Paramillo, degradó los suelos, las ciénagas y en general los medios de vida en la parte baja de la cuenca del río en donde se asientan los campesinos”. Este proyecto le costó la vida a muchos líderes indígenas quienes se opusieron a su construcción, “con la anuencia de los Ministerios del Interior y de Medio Ambiente, que forzaron la llamada consulta y expidieron la licencia, a sabiendas que no se había realizado una real consulta previa”<sup>68</sup>

Entonces fue necesario que los Embera-katío recurrieran a las instancias judiciales para reclamar el amparo de sus derechos. Una vez instaurada la demanda de tutela por el pueblo indígena, y a pesar de la renuencia de los jueces de instancia que se negaron a concederla, cuando el asunto llega al conocimiento de la Corte Constitucional (Sentencia T-652 de 1998), entre las diversas irregularidades que esta Corporación señaló como violatorias de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, encontró que efectivamente durante el procedimiento seguido para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de Urrá I, se omitió realizar la consulta previa a la comunidad indígena, tal omisión – dijo la Corte – aunada a los tremendos efectos medioambientales que generó la construcción efectiva de las obras, no sólo trajo como consecuencia la vulneración de los derechos al debido proceso y a la participación de los Embera-Katíos, sino que contribuyó a poner en jaque sus posibilidades de supervivencia física.

Sin embargo como no tendría sentido que la Corte ordene adelantar consulta previa, cuando el derecho ya fue violado y el daño consumado, la única alternativa que encontró razonable era condenar a la empresa Multipropósito Urrá S.A, al pago de una indemnización a los Embera por tal concepto. A juicio de la Corte como la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de obras civiles de la hidroeléctrica es precisamente el hecho que originó la violación de los mencionados derechos, y los daños irreversibles que la construcción de tales obras vienen causando en nada se remedian

---

<sup>68</sup> CASTRILLON ZAPATA Fernando; JARAMILLO Efraín y MESA CUADROS, Gregorio. La represa de Urrá y los Embera Katío del Alto Sinu: una historia de farsas y crímenes. En: Revista Semillas. No. 36-37 (Julio 2008). P. 52

cumpliendo a posteriori con el requisito constitucional omitido, “*la Corte ordenará que se indemnice al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, les negaron la oportunidad de optar*”.

### **3. PETRÓLEO EN TERRITORIO DEL PUEBLO COFÁN<sup>69</sup>**

Para referirnos a otra experiencia de asuntos inconsultos, en un escenario distinto de aquellas que han tenido trascendencia en el ámbito nacional, podemos destacar la experiencia del pueblo Cofán en el departamento del Putumayo por la existencia de petróleo en su territorio.

El interés de la industria petrolera sobre el territorio de este pueblo indígena se origina a comienzos de los años 60, cuando se realiza la primera explotación de petróleo en el municipio de Orito (departamento del Putumayo). En 1966 la Texas Petroleum Company inicia la perforación de uno de los pozos (Temblón 1), pero por diversas razones este es abandonado por la petrolera. En el año de 1982 Ecopetrol perforó el pozo Temblón 1X, pero esta iniciativa también fue abandonada.

Sin embargo, algunas décadas después el interés por el petróleo se renueva, y en el mes de abril de 2005, el Ministerio de Medio Ambiente autoriza a la empresa Operaciones Petroleras Andinas OPA S.A para continuar con las actividades petroleras en la región, y reacondicionar el pozo Temblón 1X ubicado en el municipio de San Miguel, Reserva Indígena de Yarinal, y territorio del pueblo Cofán. Todo esto se hizo – una vez más – con desconocimiento del derecho de consulta previa de este pueblo indígena.

Como una reacción ante tal situación, y como primera medida para la defensa de sus derechos, la comunidad indígena por medio de la Mesa Permanente del Pueblo Cofán intenta lograr un acercamiento con la petrolera, quienes responden no tener conocimiento de existencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto, y mucho menos que se tratara de una Reserva Indígena. En seguida, la comunidad indígena acude al Ministerio del Interior para que les aclare lo que estaba sucediendo, pero la respuesta del Ministerio fue peor que la de la empresa, y en una abierta contradicción al ordenamiento jurídico que le ordena la protección de los derechos de los pueblos indígenas, respondió que la OPA no estaba sacando petróleo sino agua, y además se trataba de un proceso que ya había iniciado antes pero que por diversas circunstancias se había detenido, razón por la cual no se debía realizar consulta previa.

Si bien el asunto no llega hasta los estrados judiciales, fue necesario que la comunidad indígena requiriera a los organismos de control y las autoridades ambientales para solicitar el amparo de sus derechos. En este caso los cofanes solicitaron a las autoridades

---

<sup>69</sup> Tomado de Willinton Chapal. Proceso de Consulta a pueblos indígenas del Putumayo con empresas petroleras. En: Revista Semillas. No. 36-37 (Julio 2008) p. 75

correspondientes convocar a una reunión en la que participen el Ministerio del Interior, el Ministerio de Medio Ambiente, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría y líderes indígenas con el fin de esclarecer la situación y solicitar que se paren las actividades, hasta tanto se realicen las aclaraciones pertinentes. Como consecuencia y de manera afortunada para el pueblo Cofán, el 26 de julio de 2006 el Ministerio de Ambiente, reconoce la flagrante violación de los derechos de esta comunidad y requiere a la empresa Operaciones Petroleras Andinas OPA S.A para que adelante el proceso de consulta con la comunidad indígena.

#### **4. CARRETERA MOCOA – SAN FRANCISCO EN EL DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO**

Por ultimo, podemos referirnos a la situación de los pueblos indígenas en el departamento del Putumayo por la futura construcción de la carretera que va desde el municipio de Mocoa al municipio de San Francisco, y que hace parte de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana – IIRSA –

Para estos efectos, el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y la Gobernación del Putumayo, contando con la participación activa de la comunidad y de los líderes del sur del país, han venido promoviendo y estudiando opciones para la conexión entre la capital del departamento (Mocoa) y el municipio de San Francisco, y su posterior enlace con la ciudad de Pasto, con el objetivo de solucionar en forma definitiva los problemas que presenta la vía actual, considerada hoy en día una de las carreteras mas peligrosas del país, con un considerable numero de accidentes mortales.

Los trámites para la construcción de la carretera se iniciaron en el año de 1996, época en la cual, el Ministerio de Medio Ambiente, respondió negativamente a la evaluación del Diagnostico Ambiental de Alternativas, y requirió al Invías para que presente nuevas alternativas para el proyecto; y es solo hasta hace algunos años que su construcción empieza a ser una realidad para la región.<sup>70</sup>

No se puede desconocer que la construcción de esta carretera es de suma importancia para el desarrollo del Departamento, pues además de solucionar los problemas de movilidad en la zona al reemplazar la carretera actual, hace parte del corredor Tumaco - Pasto - Mocoa, que permite la integración del sur del país con los principales centros de producción y consumo, mediante la conexión con las tres principales troncales del país; y además hace parte de la articulación del corredor intermodal Tumaco - Mocoa - Puerto Asís - Belém do Pará (Brasil), iniciativa de largo plazo que pretende brindar una alternativa de integración comercial, turística y cultural a las poblaciones ubicadas a lo largo de la Amazonía.

Sin embargo, haciendo a un lado las consideraciones sobre los beneficios que desde el punto de vista del desarrollo traerá la obra, encontramos una realidad desalentadora para los

---

<sup>70</sup> FLÓREZ, Margarita. Selva abierta: vía Pasto-Mocoa e Hidrovía del Putumayo. Bogotá: 2007. P. 74



pueblos indígenas de la zona quienes de alguna forma se ven afectados por la construcción de la carretera. De un lado, como se pueden leer de diferentes entrevistas realizadas por un equipo de profesionales a diferentes comunidades, los mismos pueblos indígenas han reconocido que dicha obra genera fuertes impactos sobre su cultura y especialmente sobre su territorio:

*“Los entrevistados mencionan las consecuencias sobre su manera de vivir, es decir, sobre cambios sustanciales de índole cultural. Por el cambio de empleo o de medios de subsistencia se abandonarían las prácticas tradicionales, espirituales, sociales, lo que conlleva a la debilidad de sus formas de vida. Se alude a otros impactos graves: el abandono de la lengua y de las tradiciones; se dice que probablemente se termine la tranquilidad de los sitios sagrados, se abandonen o perturben. Temen que se termine con la alimentación tradicional, unidad de la espiritualidad”*

*(...) “Los líderes y líderes indígenas tienen la convicción de que los megaproyectos traen consigo alteraciones drásticas del orden ancestral y natural, que generan desequilibrios que los seres humanos son incapaces de manejar. Anotan que la intervención sobre la Reserva Natural Protectora del río Mocoa que será atravesada por la carretera, genera impactos en actividades tradicionales como la cacería y, por ende, conduce a la merma de la población animal, o a su extinción; así mismo, acusan la posible pérdida de bosques que suministran plantas medicinales de fuente de agua, y la tala de árboles”<sup>71</sup>*

De otro lado, y aún más desalentador que la misma realidad que genera la obra, el Ministerio del Interior como respuesta a la solicitud realizada por el interesado, ha certificado en reiteradas oportunidades, que NO existen resguardos constituidos en cabeza de ninguna comunidad indígena, lo que lleva a la entidad a concluir que NO hay presencia de comunidades indígenas en la zona que se puedan ver afectadas por el proyecto, y como consecuencia no existe obligatoriedad de realizar consulta previa. Más grave aún es que en diciembre de 2008, el Ministerio de Medio Ambiente, mediante Resolución número 2170 concedió Licencia Ambiental al Invías para el adelantamiento de la obra, y dentro de sus considerandos, basado en la certificación expedida por el Ministerio del Interior, refirma la inexistencia de comunidades indígenas, y la no obligatoriedad de consulta previa.

En efecto, como lo reconoce el documento de Estudio de Impacto Ambiental del proyecto, no se adelantaron procesos de consulta con ninguna de las comunidades indígenas que habitan en la zona, solamente se hicieron algunas reuniones con carácter informativo, con el fin de escuchar a los habitantes de la región acerca de sus expectativas sobre la obra,

---

<sup>71</sup> *Ibíd.* p. 134

entre los que participaron en calidad de simples participantes algunos representantes indígenas<sup>72</sup>.

Toda esta situación, no es más que la legitimación de un grave atentado contra los derechos de los pueblos indígenas, particularmente el derecho de consulta previa.

No es posible entender cómo el Ministerio del Interior desconoce la presencia de pueblos indígenas, cuando la carretera pretende construirse precisamente sobre una ruta ancestral<sup>73</sup> que los pueblos indígenas de la zona utilizaban en tiempos pasados y que era el único medio de comunicación entre las diferentes comunidades, por medio de la cual los indígenas podían solventar sus diferentes necesidades: especialmente de intercambio de productos con otras comunidades del alto, medio y bajo Putumayo.

Si bien es cierto que como lo afirmó el Ministerio del Interior no existen resguardos constituidos en el área de influencia del proyecto, es evidente que dicha zona hace parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, y constituye su ámbito territorial en el que se adelantan algunas de sus formas de expresión cultural, por lo que la construcción de la carretera definitivamente vulnera un espacio territorial de importante valor para las comunidades indígenas de la zona. En efecto, una de las consideraciones del Estudio de Impacto Ambiental dentro de los efectos del proyecto, resalta que se producirá una pérdida del Patrimonio cultural “directamente relacionado con los obstáculos, impedimentos o limitaciones que tengan las comunidades, para interactuar con otras comunidades, y *el rescate de la tradición oral e importancia del Camino Real de Sachamates*”<sup>74</sup>.

Sin embargo y de manera lamentable, hasta el momento no se han alzado voces de protesta por la evidente violación del derecho de consulta - salvo de algunos líderes indígenas comprometidos con sus pueblos - ni de parte del movimiento indígena, ni de los órganos de control encargados de velar por los derechos de los pueblos indígenas, mucho menos de la autoridad ambiental - que como vimos ya concedió licencia ambiental avalando la realización de la obra -.

## 5. ¿QUÉ NOS DEJAN ESTAS EXPERIENCIAS?

Todas estas situaciones, son la evidencia que a pesar del esfuerzo realizado por el ordenamiento de reconocer a los pueblos indígenas el derecho a ser consultados en todas

---

<sup>72</sup> Así lo demuestra el estudio de impacto ambiental realizado para este proyecto, según el cual se implementaron diferentes fases de participación con las comunidades, entidades e instituciones del área de influencia indirecta y directa. Así por ejemplo, se implementaron una serie de talleres con el fin de INFORMAR el inicio, objeto y alcance del proyecto; se aplicaron encuestas con el propósito de conocer las condiciones socioeconómicas de la población asentada a lo largo de la vía actual, y reuniones con el fin de construir de manera colectiva entre los diferentes actores sociales, los principales aspectos positivos y negativos de la variante San Francisco – Mocoa y la posible solución a los mismos.

<sup>73</sup> Hoy conocida como Camino Real o Rucuñambi (que en lengua inga traduce “camino viejo”).

<sup>74</sup> Actualización y Complementación Estudio de Impacto Ambiental. Variante San Francisco – Mocoa. Consorcio DIN SEDIC. Contrato Inv 2688 de 2006

aquellos asuntos que puedan incidir de alguna manera en sus formas de vida, existen aspectos que resultan problemáticos y que no permiten el cumplimiento de los fines hacia los que debe propender la consulta. Es posible que la consulta previa haya sido vista como un trámite mas para la expedición de licencias ambientales o permisos de uso o afectación de recursos naturales. Puede ser que no se estén cumpliendo los lineamientos establecidos por la norma cuando se trata de aplicar la figura, y que el Estado no ha desempeñado a cabalidad su papel de vigilante y garante de los derechos de los pueblos indígenas. Puede ser también que hay algo dentro de la misma institución jurídica, de la forma en que ha sido concebida por el ordenamiento jurídico, que deja abierta la posibilidad para que su vulneración sea una posibilidad real.

Como pudimos apreciar, una de las principales dificultades que se han presentado en el campo de aplicación de la consulta previa, es su constante desconocimiento. Según Ana Cecilia Betancur, abogada, experta en legislación indígena, y quien durante muchos años fue asesora de los pueblos indígenas en Colombia, la principal dificultad que se puede identificar en la realización de las consultas “es que ni el Gobierno, ni las instituciones obligadas quieren hacerla. Primero porque estas implican costos económicos y tiempo, además de los riesgos que corren, o creen correr, de que las comunidades se opongan rotundamente al proyecto o lo retrasen indefinidamente, como en los casos de Urrá o de los U’wa. Creo que en esta materia priman los intereses económicos particulares de corto plazo que todo lo demás. No existe una verdadera conciencia sobre los derechos de las comunidades ni sobre la importancia de los ecosistemas y el medio ambiente. Sobre estos priman un concepto de desarrollo, que mantiene el énfasis en el crecimiento económico, y los múltiples intereses que giran alrededor de los proyectos que se realizan”<sup>75</sup>

Estas experiencias además, nos permiten evidenciar las siguientes dificultades:

- No existe un cabal cumplimiento de las funciones de los órganos de control (como la Procuraduría o la Defensoría) que velen por la realización de los derechos de los pueblos indígenas y eviten precisamente su vulneración. “En ocasiones su participación se limita a la reunión de instalación y a la de protocolización de la consulta”, pero brillan por su ausencia en el resto del proceso de consulta.<sup>76</sup>
- No existe un buen funcionamiento de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, que a pesar de haber sido instituida como un organismo para la defensa de los derechos de estos pueblos, en ocasiones su posición resulta contraria a los intereses de los grupos étnicos y desconoce sus derechos, así por ejemplo, cuando se trata de certificar la existencia de pueblos indígenas, emite conceptos que los desconoce como habitantes de los territorios donde se pretende adelantar el proyecto, tal como ocurrió con el pueblo indígena Motilón Barí. Ello puede obedecer a que no existe un verdadero compromiso institucional de velar por los derechos de los pueblos indígenas y que como resultado del incumplimiento de un mandato legal, según lo previsto en el decreto

---

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ. La consulta previa a pueblos indígenas y comunidades negras dentro del proceso para el otorgamiento de licencias ambientales. Op.cít. p. 136.

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ. La consulta previa: oportunidad o amenaza. Op.cít. p. 15

1320 de 1998, aun no se ha creado la “*cartografía georeferenciada a escala apropiada*” que les permita con certeza saber donde existen pueblos indígenas, y en su lugar según lo afirma Gloria Amparo Rodríguez, las certificaciones se hacen con base en información que reposa en el DANE que no siempre es actualizada.<sup>77</sup>

- Y al limitarse la aplicación de la consulta previa al simple aspecto físico, como por ejemplo los resguardos indígenas debidamente constituidos, se les niega el derecho de participación a todas aquellas comunidades para las que sus territorios ancestrales van más allá de la simple delimitación jurídica, como el caso (aun debatido) de la construcción de la carretera Mocoa – San Francisco en el departamento del Putumayo.

---

<sup>77</sup> RODRÍGUEZ. La consulta previa: oportunidad o amenaza. Op.cít. p. 12

## CAPITULO VI. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA CONSIDERACIÓN A LA CONSULTA PREVIA

“Existe una tendencia a proclamar el respeto a las múltiples culturas, pero desde la posición de superioridad occidental. (...)

La proclamada igualdad de las culturas se ha leído con un filtro abiertamente occidental: un buen liberal proclama que tolera al otro, pero cuando este cuestiona algunos de sus principios entonces deja de tolerarlo. (...) En resumen, la identidad cultural puede ejercerse hasta cierto punto.

Punto definido externamente por la cultura hegemónica”<sup>78</sup>

Si bien la Constitución Política de 1991, abrió nuevos espacios de participación y reconocimiento a los pueblos indígenas, no lo arregló todo, pues “no basta con proclamar que Colombia sea multicultural para que lo sea”, ni “basta con hacer positivos unos derechos para que se realicen”. “La diversidad cultural es bonita en las fotos”, pero molesta cuando se opone a los postulados del Estado. Se trata entonces de una diversidad aceptable en los discursos, pero inexistente en las políticas y los desarrollos legislativos nacionales. “Se aplauden las diferencias culturales en el folclor, siempre y cuando no interfieran con los conceptos sobre el Derecho y el Estado”.<sup>79</sup>

Pese al reconocimiento constitucional del carácter multiétnico y pluricultural de la nación, y del Estado como protector y garante de dicha diversidad, el ejercicio de la pluralidad consagrado en la constitución política no es muy claro cuando los campos de aplicación se refieren a la macroeconomía, a la formulación de medidas legislativas o administrativas, y especialmente cuando se refieren a asuntos de desarrollo.<sup>80</sup> El postulado de la multiculturalidad y el respeto por la diversidad empieza a fallar, cuando los derechos de las múltiples culturas se oponen a los derechos de las mayorías y se presentan como un obstáculo al poder soberano del Estado.

Conciliar entonces la necesidad imperante del desarrollo, con el deber de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios; y encontrar un punto de equilibrio entre el desarrollo económico del país que exige la ocupación de los territorios y la explotación de los recursos, con la preservación de la integridad de los pueblos indígenas, no parecen ser presupuestos de fácil aplicación.

A pesar de lo sostenido por la Corte Constitucional, para quien, la fórmula de solución para este conflicto pareció preverse en la Carta Constitucional, según la cual es deber del Estado

---

<sup>78</sup> CECOIN. Op.cít. p. 109

<sup>79</sup> BERCHE Anne, GARCÍA Alejandra y MANTILLA Alejandro. Los Derechos en Nuestra Propia Voz: Pueblos Indígenas y DESC, una lectura intercultural. Bogotá: Antropos, 2006. Págs. 72 y 76

<sup>80</sup> GRUESO, Libia. La consulta previa, algunos debates sobre sus alcances y limitaciones en el respeto de la diversidad cultural. En: Revista Semillas. No. 36-37 (Julio 2008) p. 17

propiciar la participación de los pueblos indígenas a través del mecanismo de consulta en todos los asuntos que les afecten de alguna forma, especialmente en lo relacionado con la explotación de recursos naturales y proyectos de desarrollo en sus territorios; ella no es definitivamente la solución última, sino el planteamiento de una alternativa que no resuelve las dificultades de fondo.

Aunque no se puede desconocer que la Consulta Previa ha sido un importante avance en el reconocimiento de los derechos indígenas que cambió de manera profunda la forma de acercarse a los pueblos indígenas cuando se trata de adelantar proyectos de desarrollo que inciden de forma directa en sus formas de vida y ha permitido sin lugar a dudas que los pueblos indígenas tengan mayores garantías para su reproducción social, económica, cultural y organizativa dentro del marco de un Estado social de derecho. Tampoco se puede desconocer que no son pocas las dificultades que se han presentado cuando se trata de aplicar la Consulta Previa, y que no ha sido tarea fácil para el Estado conciliar los distintos intereses que se presentan en el marco de este reconocimiento, principalmente la disputa por el territorio, la autonomía, y el desarrollo.

Es así que “la Consulta previa es sin duda uno de los temas más complejos que denota la existencia de múltiples intereses, que ha planteado debates no solo políticos sino jurídicos, y que ha ocasionado en los últimos tiempos mayor divergencia entre los grupos étnicos de Colombia y el Gobierno Nacional”, generando muchas preocupaciones sobre la aplicación de la figura, sobre sus bondades, su alcance, la forma como se realiza y sobre el cumplimiento de su objetivo de proteger la integridad social, cultural y económica de los pueblos.<sup>81</sup>

Los cuestionamientos a la consulta previa que se plantean a continuación, son el resultado de distintas conversaciones sostenidas con algunas autoridades tradicionales indígenas y líderes que ha participado en procesos de consulta y conocen cual ha sido el manejo que se le ha dado a esta institución, así como de la lectura de diferentes documentos elaborados por quienes han estudiado con profundidad la materia. De parte de las comunidades indígenas siempre han existido inconformidades sobre la forma en que se han desarrollado los procesos de consulta en sus territorios, a veces porque se convierten en simples trámites que solo tienen como finalidad llenar un requisito para la obtención de un permiso o licencia ambiental, y en ocasiones porque existen total desconocimiento de sus derechos y las obras o proyectos de desarrollo se realizan con prescindencia de consulta.

## **1. PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS A LA CONSULTA PREVIA**

La Dra Gladys Jimeno, ex directora de la Dirección de Asuntos Indígenas, manifiesta que “la consulta es muy polémica en el sentido que toca muchos intereses de desarrollo, toca grupos nacionales implicados en la inversión del desarrollo nacional, minero y petrolero; toca grupos internacionales; toca a los pueblos indígenas y toca los intereses del gobierno en materia del plan de desarrollo, lo que hace que sea un tema de alto conflicto para dirimir

---

<sup>81</sup> Revista Semillas. La Consulta previa: ¿para qué, cómo y quién decide?. No. 36/37 (Julio 2008). Págs., 1 y 2

intereses (...) La consulta es vista por parte de varios sectores del gobierno y de las grandes empresas extractoras y explotadoras de recursos naturales, simplemente como un requisito legal y algo que les puede dificultar el proceso. La actitud que predomina no es la de ver la consulta como un instrumento posible de llegar a una concertación, sino cómo podría aprovecharse la consulta para consolidar los intereses de un determinado proyecto, arrasando sin importar intereses culturales y sociales.”<sup>82</sup>

Como bien fuera señalado por Gloria Amparo Rodríguez, en la actualidad existe una fuerte tendencia de parte de los pueblos indígenas a considerar “que la consulta previa muy poco les ha aportado y que a través de ella se han violado sus derechos, en especial sus derechos territoriales y culturales. Consideran que sus voces no han sido escuchadas por las autoridades al momento de tomar las decisiones finales, y algunos - especialmente los pueblos indígenas - piensan que el derecho fundamental de poder decidir cuando se quieran tomar medidas que puedan afectarles, se constituye en una mera formalidad y no en un derecho real para los pueblos”<sup>83</sup>

Se ha dicho muchas veces que aunque la consulta previa se muestra como un mecanismo para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, en realidad lo que se pretendió amparar bajo este discurso proteccionista fueron los intereses del capital, y cuando los pueblos indígenas alzan sus voces de protesta y acuden a la vías de hecho para defender sus territorios de la arremetida del desarrollo, son acusados de atentar contra el progreso del país y de oponerse al interés de la nación de generar alternativas de desarrollo, por simple capricho, o amparados en argumentos que no gozan de un sustento real.

Pareciera que el derecho a la consulta previa, se ha montado sobre el interés del desarrollo económico y muy poco sobre el interés de proteger la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, y en consecuencia ha sido vista como “*la piedra en el zapato*” de los proyectos de desarrollo, que entorpece la realización de obras que benefician el crecimiento del país, sin considerar su pretensión de ser un mecanismo que además de hacer realidad los postulados de la sostenibilidad en el marco de la preocupaciones ambientales, permite garantizar los derechos los pueblos indígenas, principalmente sus derechos territoriales, derivados del reconocimiento del ordenamiento jurídico como sujetos autónomos, con plena capacidad de decisión.

Según el Taller de Evaluación del Convenio 169 “un factor importante que afecta la aplicación de instrumentos como el Convenio está relacionado con la falta de condiciones para la convivencia intercultural que permita la viabilidad de visiones de desarrollo diferentes de la occidental, en la cual predominan el crecimiento económico y la racionalidad material. A este problema se debe agregar la alta permeabilidad del Estado a

---

<sup>82</sup> Citado en RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. La consulta previa. En: Disponible en: <[http://urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/materiales/consulta\\_previa.pdf](http://urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/materiales/consulta_previa.pdf)> Ultima consulta: 25/03/2009

<sup>83</sup> RODRÍGUEZ. La Consulta Previa: ¿Oportunidad o amenaza? Op.cít. , p. 11

los intereses de los grupos económicos privados, fenómeno que se ve agravado por las prácticas de corrupción.<sup>84</sup>

En la actualidad existen muchas preocupaciones y cuestionamientos sobre la aplicación de la consulta previa, sus bondades, su alcance, la forma cómo se realiza y la forma en que fue concebida por el ordenamiento jurídico, especialmente por la forma en que fue reglamentada en el decreto 1320 de 1998. Es de recordar que en repetidas ocasiones la Corte Constitucional ha ordenado inaplicar el decreto por considerarlo abiertamente violatorio de la Constitución, y sin embargo el Consejo de Estado se ha negado a sacarlo del ordenamiento jurídico.

Entre las principales dificultades que se han presentado en el campo de aplicación de la consulta previa –además de las señaladas en el capítulo anterior, principalmente el incumplimiento del papel del Estado como garante de los derechos de los pueblos indígenas, y el constante desconocimiento y consecuente vulneración del derecho a la consulta – podemos destacar:

- Que la consulta previa se ha convertido en un espacio para negociar prebendas, donde las empresas ofrecen beneficios a los pueblos indígenas a cambio de su posición favorable respecto del proyecto: construirles casas, caminos o escuelas, dar becas universitarias, proveerles mercados o darles dinero, aprovechándose de sus condiciones económicas, sin dar una real solución a los problemas de fondo que produce la obra, desatendiendo las verdaderas necesidades de estos pueblos y desconociendo sus planes de vida.

“Los líderes indígenas insistentemente denuncian que una petrolera no reconoce pueblos. Su modus operandi consiste en una táctica de acoso permanente, en donde se pone en práctica una estrategia de persuasión dirigida a personas, familias y comunidades, con ofertas materiales inmediatistas que incluyen dinero, víveres, pelotas, camisetas, etc. La petrolera no consulta, persuade. No se respeta las instancias propias de organización y autoridad indígena, se los elude y se divide bajo la coartada populista de ‘conversar con las bases’. Toda discrepancia o conflictividad interna es capitalizada por las empresas en función de sus objetivos. No se informa con honestidad, transparencia y buena fe, se manipula. No se establecen acuerdos democráticos, se compra voluntades. No se debate con transparencia, se actúa en forma subterránea. Ninguna empresa petrolera (tampoco el Estado) ha demostrado apertura hacia los planes de vida de los pueblos indígenas (propuestas integrales a largo plazo), sino, propugnan la toma y dada con pelotas, camisetas, herramientas, es decir chucherías y cuentas de vidrio<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Defensoría del Pueblo. Taller de Evaluación: Convenio 169 de la OIT. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2001. P. 19

<sup>85</sup> Declaración Carlos Viteri Gualinga, indígena kichwa. En: Taller Técnico de las Naciones Unidas sobre el Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas. Nueva York, 17 – 19. Enero de 2005. Disponible en



Aquí es importante que tanto el Estado como la empresa respondan al cumplimiento de sus deberes, sobre todo que el Estado actúe con responsabilidad cuando acepta los Planes de Manejo Ambiental y exija verdaderos mecanismos de prevención, mitigación, corrección, o compensación de impactos, acordes con sus planes de vida.

- Que se desconoce el principio de legitimidad cuando los consultados no son realmente los pueblos indígenas afectados. Se ha dicho que en algunas ocasiones no se consulta a las comunidades indígenas en pleno o a sus legítimos representantes nombrados por las comunidades para estos efectos, y aprovechándose del debilitamiento organizativo o la división interna de algunas comunidades indígenas, llaman a algunos de sus miembros con los que negocian favores individuales a cambio de aceptar las condiciones propuestas, haciendo parecer su acuerdo como el acuerdo de toda la comunidad.
- Que no se respetan los tiempos ni las formas de decidir de los pueblos indígenas, cuando se pretende reducir la consulta a una sola reunión en que la comunidad es enterada de la obra, ilustrada acerca de los impactos e instada para que acepte las propuestas de la empresa, ejerciéndose algún tipo de presión sobre estos pueblos para forzar su decisión de manera favorable al proyecto, evitando que tengan verdaderos espacios de reflexión interna.

Es preciso tener en cuenta que a diferencia de las empresas o del mismo Estado, para quienes el factor tiempo resulta indispensable en el desarrollo de sus actividades, y dar espera a la decisión que pueda adoptar la comunidad indígena se traduce en mayores costos, distintos a los que puede generar la obra en si misma; para los pueblos indígenas el tiempo no se mueve al mismo ritmo. Cuando los pueblos indígenas deben tomar decisiones importantes que involucran su vida, su cultura y su futuro como pueblos, desarrollan todo un proceso de dialogo y reflexión con sus principales autoridades, acuden a sus ritos tradicionales, consultan a sus mayores y a sus espíritus guías, en ocasiones hacen uso de sus plantas sagradas, toman yagé, y solo después adoptan una posición o toman una decisión.

Son esos tiempos y esas formas particulares de decidir los que deben tenerse en cuenta cuando se desarrolla un proceso de consulta. Así mismo se debe recordar que la consulta previa además de ser un derecho fundamental de los pueblos indígenas, es un proceso compuesto de una serie de etapas dirigidas hacia el cumplimiento de los fines dispuestos por la Constitución o la ley, por lo que no puede pretenderse equiparar la consulta a una sola reunión presionando a los pueblos indígenas para que se pronuncien en determinado sentido.

---

[www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/sites/default/files/Concepto%20TecnicoCruz\\_2005sp\\_0.doc](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/Concepto%20TecnicoCruz_2005sp_0.doc)  
c> Ultima consulta: 28/03/2009

- Que el procedimiento de consulta previa es un proceso totalmente desigual que se desarrolla bajo el principio de información asimétrica, de un lado porque la empresa conoce mejor que los pueblos indígenas los pormenores de la obra, con los respectivos impactos socioeconómicos, ambientales y culturales, y aunque ella está obligada a entregar información consistente, usualmente el lenguaje en que se presenta, no permite que sea comprendida en su totalidad por los pueblos indígenas, con desconocimiento del principio de buena fe que debe permear este tipo de procesos. De otro lado porque la empresa tiene a su disposición todos los recursos, físicos, tecnológicos y humanos para demostrar al Estado la necesidad de la obra y el beneficio que traerá su realización a cada uno de los sectores de la población; mientras que los pueblos indígenas solo pueden argumentar el daño que dichas actividades producen a sus territorios y como consecuencia a su cultura, sin mas medios que el uso de la palabra y su misma experiencia en el manejo del entorno.

Recordemos algunas de las inquietudes manifestadas por algunos líderes indígenas en la reunión del 3 de abril de 2008 realizada en Bogotá con el ánimo de definir los lineamientos de la consulta previa: “Las comunidades no manejan los conceptos técnicos, no hay igualdad de condiciones, que es el principio democrático; el gobierno cuenta con la mejor asesoría jurídica, técnica y administrativa. (...) Hay suficiente experiencia donde el gobierno y las empresas multinacionales son las que definen y aprueban la consulta previa; mediante engaños hacen firmar documentos a las comunidades, incluso en ocasiones intimidan a la gente para que firme y después dicen que es legal porque la gente estuvo de acuerdo”<sup>86</sup>

Es por ello, que la existencia de información con el carácter de CLARA, VERAZ Y OPORTUNA, desempeña un papel trascendental dentro del proceso de consulta y de ella depende en gran medida que su desarrollo sea un éxito o un fracaso, pero es además indispensable que los órganos de vigilancia y control, así como la respectiva autoridad ambiental hagan acompañamiento permanente de los pueblos indígenas en todo el proceso de consulta y verifiquen el cumplimiento de los postulados de la igualdad y equidad del proceso. Es importante que el Estado haga presencia no solo en la reunión de instalación y protocolización de la consulta previa, sino además en la etapa previa donde se dan los primeros acercamientos con los pueblos indígenas y la empresa y se les brinda información acerca de lo que se pretende hacer, y así mismo en la etapa posterior referida a la ejecución del proyecto y el respectivo cumplimiento de los acuerdos logrados entre los pueblos indígenas y la empresa.

- Así mismo se ha dicho que dentro del procedimiento de consulta, se violan los derechos territoriales de los pueblos indígenas cuando su aplicación queda limitada a que los

---

<sup>86</sup> La Consulta Previa debe partir de la concepción de los pueblos originarios. Disponible en: <<http://www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid=6584>> Ultima consulta: 25/03/2009

proyectos se pretendan realizar en zonas de resguardo o reservas indígenas, desconociendo que el territorio para los pueblos indígenas va más allá de esta simple delimitación jurídica del espacio físico. Y de otro lado, que la consulta previa deja sin defensas jurídicas a los pueblos indígenas para proteger sus territorios de los proyectos de desarrollo, cuando la decisión a este respecto es tomada por el Estado y no por los mismos pueblos, y como consecuencia legítima la realización de actividades económicas aunque se produzca desmedro en la integridad de los pueblos afectados, sin importar si hay acuerdo o no con los pueblos indígenas afectados, desconociendo el derecho de estos pueblos de definir sus propias prioridades de desarrollo como sujetos con plena capacidad de decisión.

Nos interesa detenernos en estos dos últimos aspectos: el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas frente al poder de decisión del Estado y la cuestión de sus derechos territoriales.

### **1.1 El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas frente al poder de decisión del Estado**

Si bien, el art. 7 del convenio 169 de 1989, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, y de controlar en la medida de lo posible su propio desarrollo, de acuerdo con lo cual se debería entender que los pueblos indígenas tienen derecho a aceptar o rechazar las medidas de desarrollo que involucran sus territorios; lo cierto es que la autonomía y la capacidad de decisión se ponen a prueba con el ejercicio del derecho a la consulta, pues es el Estado quien tienen la potestad para tomar la decisión final en el proceso de consulta.

Tal como lo dijera Juan Pablo Barrios, resulta contradictorio que se reconozca el derecho de los pueblos indígenas a definir sus propias prioridades de desarrollo, cuando es el Estado quien finalmente decide el manejo que se le debe dar sus territorios y a sus recursos naturales y pareciera que –según manifiesta este autor – “el Estado le teme a la adultez del indígena” y prefiere seguirlo considerando inmaduro e incapaz de definir sus propios asuntos.<sup>87</sup>

La protección del principio a la autonomía se ha quedado corta cuando se busca la protección frente al modelo de desarrollo neoliberal impuesto, y cuando los pueblos indígenas han pedido aplicar el derecho de consulta previa en concordancia con la autonomía o autodeterminación como forma de resistir a la ejecución de mega proyectos y medidas adversas a su supervivencia, se ha dicho que es el Estado el llamado a definir el modelo de desarrollo nacional, y como tal puede decidir frente a la ejecución de medidas a las que se oponen los pueblos indígenas<sup>88</sup>. Al respecto, la guía para la aplicación del

---

<sup>87</sup> BARRIOS ROMERO, Juan Pablo. Derecho Constitucional, Derecho Interamericano y Derechos Indígenas: Avances y Frustraciones. Bogotá: Códice, 2007. P.120.

<sup>88</sup> CECOIN. Indígenas sin Derechos: Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Bogotá: Antropos. P. 63.

Convenio 169 de la OIT manifestó que ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país, ni oponerse a las decisiones que bajo su poder soberano tome el Estado, y aunque la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (2007) establece la obligatoriedad de realizar consultas dirigidas de manera eficaz a obtener el “consentimiento libre, previo e informado”, tenemos que la Declaración no fue ratificada por el Estado colombiano precisamente por contener disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico al consagrar el derecho de los pueblos indígenas a vetar las decisiones del Estado.

Esto es lo que se puede leer en el informe presentado por el Gobierno Colombiano ante el Foro Permanente para las Cuestiones indígenas en abril de 2008:

“53. La Constitución y la legislación colombianas, así como los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, están de acuerdo con la mayoría de las disposiciones de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, a pesar de que esta Declaración no es una norma jurídicamente vinculante para el Estado, ni constituye prueba alguna de la conformación de disposiciones de naturaleza convencional o consuetudinaria vinculantes para Colombia, se encontró que algunos aspectos de esta Declaración entran en franca contradicción con el orden jurídico interno colombiano, lo que obligó al Estado colombiano a abstenerse de votar.

56. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha reiterado en su jurisprudencia que debe haber compatibilidad entre la explotación de los recursos naturales y la protección a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas. Esta Corte ha señalado que, si bien es obligación del gobierno propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación, no es obligatorio llegar a un acuerdo o a una concertación. El derecho de consulta indígena no es absoluto. Tanto la Corte Constitucional como el Comité de Expertos de la OIT han establecido que la Consulta Previa no implica un derecho a vetar decisiones estatales sino que es mecanismo idóneo para que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho a expresarse y a influenciar el proceso de toma de decisiones”.<sup>89</sup>

Al no ser el acuerdo con los pueblos indígenas un requisito de la esencia de los procesos de consulta previa y de la posibilidad que tiene el Estado de autorizar las respectivas actividades en sus territorios sin consultar la real voluntad de los pueblos indígenas, se cuestiona qué es lo que realmente se pretende proteger con la aplicación de esta figura, si de todas maneras a pesar de la oposición de los pueblos indígenas, la obra se puede desarrollar porque es considerada una necesidad prioritaria.

¿Qué es lo que realmente está sujeto a consulta a los pueblos indígenas? la decisión de si la obra se realiza, o simplemente la aceptación de las medidas de compensación y mitigación

---

<sup>89</sup> ONU. Consejo Económico y Social. 11 de febrero de 2008. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas Séptimo período de sesiones. Nueva York, 21 de abril a 2 de mayo de 2008  
Disponible en: <[http://un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E\\_C19\\_2008\\_5\\_Add\\_5%20\\_\(Colombia\).pdf](http://un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E_C19_2008_5_Add_5%20_(Colombia).pdf)>  
Última consulta: 1/04/2009

que propone el interesado para sopesar los daños que sufrirán los pueblos indígenas, pues la realización de la obra ya es un hecho?.

Sin lugar a dudas, lo que se somete a consideración de los pueblos indígenas mediante la consulta no es la decisión sobre la obra, pues esa facultad se la ha atribuido el Estado en cabeza de la autoridad ambiental; sino simplemente los impactos que se derivan de la obra y el respectivo plan de manejo ambiental. Es como si los pueblos indígenas fueran llamados para informarles lo que se pretende hacer en sus territorios y avalar las medidas de compensación y mitigación de impactos; y cuando lo que se debería someter a su consideración es la realización del proyecto, en realidad lo que se negocia con estos pueblos es solo un acuerdo sobre la forma en que se reparará el daño y no necesariamente una forma de evitarlo.

Pero el problema que encuentran los pueblos indígenas, no solo se limita a que la decisión última la deba tomar el Estado; el problema principal gira en torno a la consideración de qué tan correspondiente es dicha decisión con los postulados que le ordenan la protección de la integridad de los pueblos indígenas, cuando de otro lado y por mandato de las normas superiores el Estado debe tomar decisiones soberanas en función del interés general: en este caso especial, el interés de la nación a tener opciones de desarrollo.

No ha sido tarea fácil para el Estado tener que decidir entre los derechos de los pueblos indígenas, y los derechos de la nación. ¿Cómo hacerlo, cuando en la mayoría de veces los pueblos indígenas se oponen a la presencia del desarrollo en sus territorios, porque lo consideran lesivo de sus derechos? Vale recordar el caso tratado por la jurisprudencia de la Corte, respecto de la comunidad indígena de Cristianía en el departamento de Antioquia frente a la Construcción de un tramo de la troncal del café. Sobre el particular, los jueces de primera instancia consideraron que la ampliación de la carretera era un asunto de interés general que beneficiaba a toda la nación, y que aunque la comunidad indígena se opusiera a su construcción, existe un principio esencial de derecho según el cual el interés privado debe ceder ante el interés público, siendo el interés de la comunidad apenas un interés particular. Afortunadamente, y aunque no siempre los pueblos indígenas cuentan con esta suerte, la Corte consideró que no se trataba de un conflicto entre derechos generales y particulares, sino entre dos derechos de tipo colectivo, y concluyó en este caso particular, que los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva, al trabajo y al mantenimiento de su integridad étnica y cultural, tenían mayor peso que los intereses de la sociedad nacional de ver terminada una carretera.<sup>90</sup>

## **1.2 La cuestión de los derechos territoriales: el territorio va más allá del simple concepto de resguardo**

Al ser los pueblos indígenas legítimos propietarios de los territorios que ocupan como bien lo ha reconocido el Convenio 169 de la OIT, y hasta la Corte Constitucional que ha

---

<sup>90</sup> Ver Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

señalado que la propiedad colectiva que los pueblos indígenas detentan sobre sus territorios tiene el carácter de derecho fundamental, por ser su principal medio de subsistencia, y porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos<sup>91</sup>, se debería concluir como consecuencia lógica que los pueblos indígenas tienen derecho a DECIDIR *de manera libre y sin interferencias* todo lo relacionado a este respecto, principalmente el desarrollo de proyectos y explotación de recursos en las que se encuentren de alguna forma involucrados.

Si los pueblos indígenas han sido reconocidos como legítimos propietarios de los territorios que ocupan, entonces deberían tener la posibilidad de rechazar las propuestas de las empresas para llevar cabo obras o proyectos en sus territorios, sin embargo la consulta previa no permite hacer realidad dicha posibilidad, y en su lugar es el Estado quien toma la decisión, quedando los pueblos indígenas limitados a justificarle al Estado porqué es pertinente que el proyecto no se adelante, como si la carga de la prueba fuera suya y no del interesado. Aunque parece ridículo que los “dueños de los territorios”, sean los que deben justificarle al Estado porqué no puede entrar a sus territorios y no el Estado o la empresa a quien le corresponda la carga argumentativa, así es como funciona la consulta previa.

Pero además de esta contradictoria situación, encontramos que la aplicación de la consulta previa ha quedado reducida al simple aspecto físico, cuando al tenor del decreto 1320 de 1998, la consulta previa resulta obligatoria si, solo si, el proyecto obra o actividad se pretende adelantar en zonas de resguardo, reservas indígenas, y zonas no tituladas pero habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas; lo que ha ocurrido con más frecuencia, es asimilar el concepto de resguardos indígenas con el concepto de territorio, cuando se trata de dos aspectos totalmente distintos, desconociendo no solo la forma en que los pueblos indígenas ven y entienden su territorio, sino también las disposiciones contenidas en diferentes instrumentos jurídicos como el Convenio 169 y el decreto 2164 de 1995, según el cual los territorios Indígenas, son “las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígenas y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales”

Esta restringida delimitación del territorio que ha planteado la norma no corresponde a la visión que los mismos pueblos indígenas tienen de su territorio, y tal, como fuera reclamado en su momento al Consejo de Estado cuando se demandó la nulidad del decreto 1320 de 1998, los pueblos indígenas consideran que su derecho al territorio sufre una ostensible limitación que deja por fuera importantes aspectos que hacen parte de su agregado cultural. En efecto, existen sitios que a pesar de no ser ocupados por los pueblos indígenas (como exige la norma) y de no tener ellos allí edificadas sus viviendas ni tampoco sus áreas de cultivo, de todas maneras hacen parte de su territorio por constituir zonas con importante valor cultural, como sus sitios sagrados donde se dan algunas de sus practicas tradicionales, zonas de pagamento, áreas de cacería, etc.

---

<sup>91</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-188/93. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

*“Al reducir los territorios a zonas habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas, se vulneran los derechos territoriales que tienen los pueblos nómadas y seminómadas, los cuales no ocupan parte de su territorio en forma regular y permanente, pero aún así es su territorio tradicional. De igual manera no se incluyen las áreas del hábitat territorial indígena que constituyen áreas sagradas, destinadas a la realización de prácticas espirituales, religiosas, de medicina tradicional y económicas.*

*Con la definición de territorios para efectos del decreto 1320 de 1998, no se estaría llevando a efecto el proceso de participación y consulta dentro de los territorios más importantes para los pueblos indígenas como los que constituyen su hábitat, los territorios sagrados y los que conforman los resguardos coloniales, entre otros”<sup>92</sup>.*

En la misma línea Gloria Amparo Rodríguez, citando a la Dra. Ana Cecilia Betancur coinciden en que:

*“(…) está claro por la sola lectura que este Decreto es contrario a las disposiciones constitucionales y del Convenio 169 de la OIT, sobre consulta y sobre los derechos territoriales. La determinación del territorio está ligada exclusivamente al concepto jurídico civil de propiedad y no toma en cuenta las definiciones en materia indígena que traen el Convenio 169 y la legislación nacional en general (especialmente el Decreto 2164), que comprenden dos elementos esenciales: el hábitat y la identidad e integridad cultural de los pueblos y comunidades, que es lo que en el fondo se trata de proteger. **La definición que trae el Decreto, está dirigida a reducir al máximo la obligación de realizar consultas, por la vía de reducir a su mínima expresión la causa que da origen a la obligación, cual es la afectación a los pueblos y comunidades**”<sup>93</sup>.*

El problema es que la visión que tienen los pueblos indígenas de su territorio no coincide con la que tiene la empresa o el Estado que siempre es mas restringida, la empresa necesita que el territorio sea mas pequeño para evitar la consulta y entonces se amparan en el tenor literal del decreto y avalan su aplicación. Por el contrario para los pueblos indígenas el territorio es mucho más amplio y tiene una forma distinta de apreciarse.

Si bien, con la Constitución Política de 1991, los resguardos indígenas adquieren protección constitucional y se les es asignado el carácter de inembargables, inalienables e imprescriptibles, lo cual cambia trascendentalmente la forma de acercarse a las tierras ocupadas por los pueblos indígenas y efectivamente se convierte en una forma de defenderlas de intereses ajenos que las pretendan, la figura del resguardo, nada tiene que ver con la concepción originaria de los pueblos indígenas, solo ha sido la forma de

---

<sup>92</sup> Argumentos de la demanda. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente Juan Alberto Polo Figueroa. Expediente núm. 5091.

<sup>93</sup> Citado en RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. La consulta previa. Disponible en: <[http://urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/materiales/consulta\\_previa.pdf](http://urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/materiales/consulta_previa.pdf)> Ultima consulta: 25/03/2009

reconocer el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas y de garantizar la posesión de estos.

Resguardo indígena no equivale a territorio<sup>94</sup>. Confundir interesadamente la noción de resguardo y territorio, permite la violación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, y especialmente excluye del derecho de consulta a todos aquellos pueblos que pese a vivir en territorios ancestrales no tienen sus tierras tituladas; y entonces, cuando el Ministerio del Interior debe certificar si en el área de influencia del proyecto existen o no pueblos indígenas, solo se limita a corroborar si hay resguardos constituidos en cabeza de alguna comunidad, dejando por fuera aquellas áreas que hacen parte del territorio de los pueblos indígenas por constituir los espacios en que se desarrolla su cultura, pero que como ya se dijo, la comunidad no han adquirido aun su titulación.

El concepto de territorio va mas allá de la simple delimitación física, está relacionado con la espiritualidad, vida y cultura de los pueblos indígenas, y aunque no se puede desconocer que los resguardos de alguna forma han dado estabilidad y seguridad territorial a los pueblos indígenas legitimando su derecho sobre la tierra; el sentido del territorio para los pueblos indígenas no se reduce a la simple detentación de un título de propiedad, que es lo que en últimas otorga el gobierno a través del Incoder cuando adjudica un resguardo. Lo que menos importa para los pueblos indígenas es la propiedad sobre el suelo, entendida como aquella que otorga derechos de uso, goce y disposición, lo que realmente interesa para los pueblos indígenas es garantizar la prolongación de su vida como pueblos, la cual depende de su íntima conexión con el territorio.

Es necesario entender el territorio desde la propia visión de los pueblos indígenas, el que como ya dijimos, no se refiere al simple derecho de propiedad sobre la tierra, sino que trasciende al simple aspecto jurídico y tiene una connotación mayor por estar atado a su propia existencia y la pervivencia de las presentes y futuras generaciones.

---

<sup>94</sup> Territorio Indígena. “Áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que aunque no se encuentran poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales”. Decreto 2164 de 1995, (art. 2)

Resguardo Indígena. “Institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o mas comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de este y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.” Decreto 2164 de 1995.



## **CAPITULO VII. A MANERA DE REFLEXIÓN: EL CAMINO A SEGUIR Y OPORTUNIDADES DE MEJORA EN LA CONSULTA PREVIA**

Los múltiples cuestionamientos que se plantean respecto de la consulta previa, solo pueden interpretarse en el sentido que aun existen muchos aspectos en los que se debe seguir trabajando. No se trata de desconocer lo que ha significado la consulta previa para los pueblos indígenas: indudablemente una oportunidad que les ha permitido tener mayores garantías para su reproducción social, económica y cultural. Bien o mal, la consulta previa ha servido para que los pueblos indígenas por lo menos puedan tener conocimientos previos sobre el adelantamiento de obras o proyectos en sus territorios y puedan expresar su punto de vista al respecto, si no fuera por este reconocimiento, en este momento y como lo dijera Gloria Amparo Rodríguez, “los territorios indígenas estarían invadidos de proyectos, y los pueblos indígenas solo podrían reaccionar cuando las empresas llegaran a sus territorios con toda su maquinaria para iniciar obras” .

Teniendo consciencia que no existe una solución ultima que pretenda ser la única respuesta a los conflictos que se plantean, y que solo pueden existir formas diferentes de abordar la situación problemática, planteamos una serie de aspectos que deberían ser considerados por los distintos actores involucrados en el proceso (tanto para el Estado como para los pueblos indígenas) y que en su conjunto nos pueden aportar una nueva visión del derecho de consulta.

No se pretende hacer un estudio profundo de las alternativas que permiten una nueva mirada a la consulta previa, solo se busca poner de presente que el reconocimiento de los pueblos indígenas a la consulta previa, no es un asunto acabado y que existen aun muchos aspectos en los que se debe seguir reflexionando.

### **1. NO ES UNA SIMPLE CUESTIÓN DE INTERESES PARTICULARES FRENTE A INTERESES GENERALES: EL LIMITE ES LA INTEGRIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

La tensión entre el interés de los pueblos indígenas frente al interés de la nación como sujeto colectivo y mayoritariamente numeroso, ha sido tratada con amplitud por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero fue la sentencia T-428 de 1992 la que definió con claridad cuál era la posición que debía adoptar el Estado cuando apareciera este conflicto .

La situación que llega al conocimiento de la Corte Constitucional en esta oportunidad se refiere a la construcción de un tramo de la carretera que es continuación de la troncal del café de la que como resultado se produce una afección a la comunidad indígena del Resguardo de Cristianía, en el municipio de Jardín (Antioquia).

Dijo la Corte en su momento:

“En caso de conflicto entre el interés general y otro interés protegido constitucionalmente la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales.

En el caso a estudio, se trata de un conflicto entre dos intereses de tipo colectivo, no de un conflicto entre el interés particular y el interés general. Ambos intereses colectivos poseen diferencias en cuanto a su grado de generalidad. El interés de la comunidad indígena está claramente delimitado en un ámbito espacial y temporal; en cambio el interés de los beneficiarios de la ampliación de la carretera, que en términos generales podría ser descrito como el interés de los pobladores de la zona cafetera del occidente colombiano, abarca un mayor número de personas, e incluso se puede afirmar que dentro de ese número de personas se incluye a la comunidad indígena. En estas circunstancias, se trata de un conflicto entre dos intereses colectivos, siendo uno de ellos compartido por ambas colectividades. El interés de la comunidad indígena posee una legitimación mayor, en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución.”<sup>95</sup>

De acuerdo con Libia Grueso, quien hace acompañamiento en los procesos ambientales de algunas comunidades negras, esta precisión de la Corte resuelve aspectos de un debate central, en el cual el Estado debe asumir su papel como garante; y teniendo en cuenta que en nombre del interés general se han cometido constantes atropellos con los pueblos indígenas, el Estado debe recordar que su decisión no solo no puede obedecer a las necesidades de los grupos mayoritarios, vistos desde el simple punto de vista numérico, sino que como dijo la Corte debe equilibrar los diversos intereses y encontrar una solución a la luz de los principios y valores constitucionales.

Recordemos una vez más lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia referida:

“El Estado Social de Derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable (...) En síntesis, el principio del interés general sigue teniendo toda la importancia consabida; sin embargo, para el logro de la justicia social, el principio universal de la igualdad debe ser complementado con el respeto de las diferencias.

(...) La norma que establece la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos. (...) La persona es un fin en si mismo; el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona. La

---

<sup>95</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Baron

protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado.”<sup>96</sup>

No se trata en efecto de una simple cuestión de intereses particulares frente a intereses generales, sino que se trata de dos derechos en la misma medida generales o colectivos y cuando el Estado deba adoptar la decisión deber ser la que mejor corresponda a los mandatos constitucionales que le ordenan la protección de la diversidad y la integridad cultural, económica y social de los pueblos indígenas. No puede que la decisión que adopte el Estado responda simplemente a los intereses del capital y que como se refirió el Ministro de Minas en el caso de los U'wa, se considere que 40 millones de colombianos tengan intereses que merecen mayor protección que los que puedan tener unos cuantos indígenas.

Para esto último, es preciso pensar y entender a los pueblos indígenas de una manera distinta: entender su propia visión del mundo, sus planes de vida, su visión de futuro como pueblo, entender que cuando los pueblos indígenas se oponen a los proyectos de desarrollo en sus territorios y acuden a las vidas de hecho para defenderlo no lo hacen por simple capricho o como se ha dicho con el ánimo de ser un obstáculo para el progreso, sino como una forma de garantizar la permanencia de sus territorios como una garantía para la pervivencia de las presentes y futuras generaciones.

Garantizar la integridad de los pueblos indígenas implica atender a sus verdaderas necesidades en materia de desarrollo. “Para los pueblos indígenas no se puede hablar de desarrollo sino se considera un proceso integral, espiritual, cultural, económico, social, político, territorial y filosófico. (...) El desarrollo debe armonizar el factor económico con las dimensiones social, política, ambiental, y cultural, y con el respeto efectivo al derecho a la autodeterminación, la justicia y la libertad.”<sup>97</sup>

Pero, como sabemos, el ideal de desarrollo para los pueblos indígenas no está definido en abstracto o en el imaginario de los pueblos; este está claramente definido en sus planes de vida, que determinan la forma como los pueblos indígenas conciben su futuro, y definen los lineamientos acerca de cómo desean vivir para preservar su cultura<sup>98</sup> y es a ellos, a los que debe necesariamente acudir el Estado cuando deba tomar una decisión o cuando acepta las medidas de compensación y mitigación de impactos en los procesos de consulta previa.

Los planes de vida deben ser el soporte fundamental que permita el logro de la justicia y la protección de la integridad de los pueblos indígenas en los procesos de consulta previa. Su importancia deriva no solo de entender de una manera distinta los pueblos indígenas y sus necesidades de desarrollo sino que en efecto, exige que las medidas que se proponen en su seno sean armónicas con la cultura de los pueblos indígenas.

---

<sup>96</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Baron

<sup>97</sup> BERCHE, GARCÍA y MANTILLA. Op.cít. p. 133.

<sup>98</sup> PÉREZ, Diego. Los Planes de Vida. En: Pibicho, por la frontera sur amazónica colombiana.

Los planes de vida, abogan por procesos de consulta serios, que atiendan a las reales necesidades de los pueblos indígenas y que las medidas de compensación y mitigación de impactos sean proporcionadas a los impactos que produce la actividad y para ello parten del supuesto fundamental que “daños a largo plazo, requieren soluciones a largo plazo”, y que no se puede pretender - como se ha hecho en algunas ocasiones-, entregar compensaciones inmediatistas como dinero, comida, construir, escuelas o casas, que solo responden a necesidades temporales e individualistas, descuidando la finalidad de proteger la integridad de la cultura, del pueblo en si mismo considerado. Solo de esa manera se puede decir que existe un desarrollo armónico con los pueblos indígenas

## **2. DE LA CONSULTA AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO**

Como sabemos, hasta ahora los procesos de consulta están orientados a poner en conocimiento de los pueblos indígenas las propuestas de desarrollo y de manera específica las medidas de compensación, mitigación y corrección de impactos, pero los pueblos indígenas no cuentan con el poder decidir la realización de la obra, sino que es el Estado quien se ha atribuido esa potestad. La consulta previa ha sido planteada como un mecanismo que el Estado está obligado a implementar antes de tomar una decisión sobre una medida –administrativa o legislativa- que pueda afectar a los pueblos indígenas. Pero los pueblos no deciden. Justamente se activa el mecanismo de la consulta cuando es el Estado el que debe tomar una medida concreta, y su deber se agota en garantizar, de buena fe, que los procedimientos estén orientados al logro de un acuerdo o consentimiento, aunque dicho acuerdo o consentimiento no se produzca.<sup>99</sup>

Por supuesto, ha quedado claro que de acuerdo con nuestra legislación no existe derecho a vetar las decisiones que en su poder soberano tome el Estado, sin embargo y partiendo del supuesto imperativo de proteger la integridad de los pueblos indígenas se debe avanzar hacia el reconocimiento de aptitudes propias de los pueblos indígenas que les permitan un mayor grado de autonomía.

Es posible que avanzar de la consulta previa, al consentimiento previo, libre e informado implique cambiar de manera radical la forma en que se ha pensado la consulta previa y la forma en que ha sido concebida por el ordenamiento jurídico, el cual ha sido enfático en señalar que no son los pueblos indígenas sino el Estado quien toma las decisiones; pero ya va siendo hora que los pueblos indígenas amparados en el reconocimiento de ser pueblos autónomos, puedan decidir su futuro y definir de acuerdo con sus parámetros culturales sus propias prioridades de desarrollo.

---

<sup>99</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación. Disponible en: <[http://www.mapuexpress.net/images/publications/27\\_11\\_2008\\_1\\_39\\_25\\_1.doc](http://www.mapuexpress.net/images/publications/27_11_2008_1_39_25_1.doc)> Ultima consulta: 26/03/2009

El consentimiento, previo, libre e informado, ha sido un tema ampliamente debatido en el campo internacional, y por supuesto inaceptable por el ordenamiento jurídico colombiano. Es la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, la que reconoce el derecho de los pueblos indígenas y el deber de los Estados de obtener su consentimiento, en todos los asuntos que los involucren y especialmente en asuntos de desarrollo<sup>100</sup>. Sin embargo, recordemos que la Declaración no fue ratificada por el Estado colombiano y de ahí que esta posibilidad no sea un imperativo en Colombia.

Por otra parte ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando conoció el caso del pueblo Saramaka contra Suriname, en noviembre de 2007, que se refirió al alcance de este concepto dentro de proceso de consulta. La Corte establece que, en los casos de planes de desarrollo o inversión de gran escala (megaproyectos) que puedan tener un “impacto significativo en el derecho al uso y goce de los territorios ancestrales”, el Estado no sólo está obligado a la consulta sino a obtener el consentimiento libre, informado y previo de dichos pueblos<sup>101</sup>.

Aquí la Corte se vale del razonamiento del Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y libertades de los pueblos indígenas. El Relator concluye que, cuando se trata de proyectos a gran escala que pueden producir pérdida del territorio, desalojo, destrucción o contaminación, migración y posible agotamiento de los recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, “es 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”. De acuerdo con este razonamiento, lo que genera la exigencia del consentimiento previo, libre e informado, no es otra cosa sino, la necesidad de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, su derecho a existir de determinada manera, y de oponerse a un proyecto que puede poner en riesgo su existencia misma.<sup>102</sup>

Siguiendo el planteamiento de la Corte Interamericana, el avance de la consulta previa, al consentimiento previo, libre e informado se puede apreciar de la siguiente manera<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> ONU. Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo 19: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Artículo 32. (...) 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

<sup>101</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. “La Corte considera que, 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.”

<sup>102</sup> YRIGOYEN FAJARDO. Op.cít.

<sup>103</sup> YRIGOYEN FAJARDO. Op.cít.

- La consulta previa se da cuando se deba adoptar cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas. Pero hay consentimiento previo, libre e informado, cuando se juegan derechos fundamentales de los pueblos indígenas: su existencia, o su integridad biológica o cultural.
- En la consulta previa decide el Estado. En el Consentimiento previo, libre e informado, la decisión la sigue tomando el Estado, pero para poder decidir en determinado sentido, es necesario que obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas.
- En la consulta previa, los pueblos indígenas no deciden, solo dan su opinión. En el consentimiento previo, libre e informado los pueblos indígenas tienen derecho a dar o no dar su consentimiento y aunque no deciden de manera directa, la decisión que deba adoptar el Estado depende de su consentimiento

Que haya consentimiento significa que debe haber un acuerdo de por medio entre los pueblos indígenas y la autoridad competente para tomar la decisión final. Este acuerdo debe ser libre, es decir bajo la ausencia de coacciones y presiones externas, amenazas o represalias; debe ser previo a la toma de las decisiones y fundamentalmente debe partir de la existencia de información suficiente y relevante que les permita orientarse a la mejor decisión. El consentimiento previo, libre e informado, parte del supuesto fundamental que las comunidades afectadas son las únicas que pueden decir si o no a una actividad que puede derivar en detrimento de su integridad: resulta lógico que el principal afectado sea quien conceda la autorización.

Pero esta posibilidad no debe ser vista como la cesión de facultades de parte del Estado a los pueblos indígenas, que les permite obstaculizar aun más el desarrollo y el progreso de una nación, por el contrario, debe ser considerada como una herramienta mucho más efectiva para el cumplimiento de los fines constitucionales que propenden hacia la protección de la integridad cultural y étnica de los pueblos indígenas. El consentimiento previo, libre e informado, permite con seguridad el cumplimiento del deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, cuando son ellos mismos los que definen de manera más clara las medidas de desarrollo que propone el Estado, y aunque si bien no deciden de manera directa, su posición es esencial dentro del proceso y vinculante para la autoridad.

### **3. LOS PUEBLOS INDÍGENAS: ACTORES INSUSTITUIBLES**

Como última medida podemos decir que el avance de todo este proceso no solo depende de la voluntad del Estado o de los interesados en las obras. Buena parte de los avances que se logren en los procesos de consulta dependen necesariamente de los pueblos indígenas sobre quienes recae una gran responsabilidad.

Como bien sabemos todos los derechos de los que gozan los seres humanos, y especialmente de aquellos que gozan los pueblos indígenas tienen un correlativo deber. Ejercer el derecho de consulta, implica por tanto dejar de ser sujetos pasivos del derecho y adquirir un rol activo que permita la prevalencia de sus propios intereses. No se trata de desconocer los procesos violentos que han sufrido los pueblos indígenas debido a la

presencia del desarrollo en sus territorios, ni de justificar las decisiones equivocadas tomadas por las autoridades cuando avalan este tipo de obras y mucho menos de olvidar las actuaciones dolosas y de mala fe de los interesados en la obra, sin embargo los pueblos indígenas también tienen algo de responsabilidad, cuando sus sistemas de organización y de autoridad no son lo suficientemente fuertes y permiten a las empresas aprovecharse de sus puntos débiles y negociar el cambio de favores por una posición favorable al proyecto. Y si bien es cierto, que las situaciones conflictivas que viven internamente los pueblos indígenas han sido resultado de los violentos procesos de colonización a los que ha sido sometidos durante siglos, y de la negligencia de un Estado que durante muchos años se negó a reconocerlos como grupos humanos titulares de derechos en su condición de sujetos colectivos; es preciso compartir responsabilidades y cargas tal que los pueblos indígenas adquieran un rol fundamental en este proceso.

Para este efecto es menester que los pueblos indígenas avancen en tres aspectos elementales:

- Capacitación
- Organización
- y fortalecimiento de las autoridades tradicionales

El primer aspecto parte de la base de la existencia de pueblos indígenas preparados para conocer de los procesos de consulta.

Una de las situaciones que permite la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas es precisamente su desconocimiento. Son muchos los casos que las mismas comunidades manifiestan no tener conocimiento de cual es el proceso que se debe adelantar para realizar la respectiva consulta, y la poca o mucha información que reciben de ello, solo proviene de la empresa interesada en la obra, o del gobierno a través de la autoridad ambiental y del Ministerio del Interior, por medio de la Dirección de Asuntos Indígenas. Si los pueblos indígenas no conocen cuales son sus derechos ni las obligaciones de las autoridades, muy difícilmente podrán exigir su cumplimiento.

Recordando una de las sugerencias de un líder indígena, los pueblos indígenas deberían considerar los recursos humanos de los que disponen, y capacitarse para tener una visión mas amplia de lo que hay detrás de las propuestas de desarrollo, de los impactos y especialmente de las medidas que se proponen para repararlos. Estar más preparados para argumentar sus puntos de vista cuando que se pone a su conocimiento una medida de desarrollo que los involucra. Cuando se dice que los procesos de consulta deben sustentarse en los planes de vida de los pueblos indígenas, su responsabilidad es mucho mas clara, y de ellos en gran medida depende que las medidas que se proponen respondan a sus necesidades como pueblos, expresadas en dichos planes.

El segundo y tercer aspecto, que toca la dimensión organizativa de los pueblos indígenas, pone de presente la necesidad de contar con esquemas de organización sólidos que permitan una mejor orientación del proceso. Si los pueblos indígenas tienen estructuras organizativas solidas, y han fortalecido sus autoridades tradicionales a las que de acuerdo

con sus principios culturales les ha delegado facultades especiales para representarlas, será muy difícil que manipulaciones externas de quienes detentan algún interés en la obra, determinen la posición que asuma la comunidad. Se debe ser fuerte organizativamente, para no recibir dativas, no contentarse con cualquier cosa, y exigir una medida de desarrollo acorde con sus planes de vida. Pero ello exige preparación, conocimiento y conciencia plena de lo que se quiere.

Esta reflexión, pone de presente además la necesidad contar con procedimientos internos que definan los lineamientos que se deben seguir en un proceso de consulta. Así por ejemplo se puede contar con estructuras organizativas creadas precisamente para estos efectos. Si bien sabemos que dentro de los pueblos indígenas que ha adoptado como forma de organización el cabildo, la autoridad mayor es el Gobernador, seguido de sus cabildantes, en ocasiones no son los mas idóneos para tomar decisiones que involucran graves afectaciones para sus pueblos, y no tanto por su falta de la capacidad, de compromiso o de honestidad, sino por desconocimiento absoluto de las implicaciones de las decisiones que debe tomar, y pueden ser presa fácil de manipulaciones y engaños.

Si bien se ha dicho que de acuerdo al principio de legitimidad que permean los procesos de consulta previa, se debe consultar a las autoridades representativas de los pueblos, y que normalmente coinciden con los gobernadores, es necesario que los pueblos indígenas propongan sus propios sistemas de autoridad: no solo el gobernador, sino todos aquellos elementos humanos que consideren pertinentes para la salvaguarda de sus derechos y de sus intereses. Puede ser por ejemplo que los pueblos cuenten con un órgano de consulta previa al interior de sus comunidades, conformado por sus propios profesionales, quienes a pesar de no tener capacidad de decisión, puedan evaluar de manera precisa los impactos de la obra y la pertinencia y eficacia de las medidas que pretenden compensarlos o repararlos, atendiendo a la situación real de la comunidad y a sus principales necesidades.



## CONCLUSIONES

Como se ha insistido, no se trata de desconocer lo que ha significado la consulta previa para los pueblos indígenas: indudablemente un logro sin precedentes que les ha permitido mayores garantías para su reproducción social y económica, y que ha cambiado de manera profunda las relaciones entre el Estado, la sociedad nacional y los pueblos indígenas.

Sin embargo, la consagración constitucional de ser el Estado colombiano, pluralista y multicultural que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación, no parecen ser suficientes para la salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas. El constante desconocimiento y vulneración de sus derechos es una prueba fehaciente de ello.

Pero no se trata de un asunto totalmente atribuible a la norma en si misma considerada que limita el derecho de consulta y en general restringe los derechos a la autonomía y al territorio que se han reconocido a los pueblos indígenas. Por supuesto que al legislador le corresponde buena parte de la responsabilidad pues es precisamente desde ahí que empiezan a suscitarse controversias.

Si recordamos, el decreto 1320 de 1998 por el cual se reglamenta la consulta previa para los pueblos indígenas ha sido fuertemente cuestionado por el movimiento indígena y es considerado en muchos aspectos lesivo de sus derechos, para empezar fue expedido omitiendo el proceso de consulta y de otro lado contiene disposiciones que restringen y en algún sentido resultan violatorias de sus derechos. Si la aplicación de la consulta previa ha quedado reducida a la simple delimitación física del territorio y si a pesar de haberse reconocido a los pueblos indígenas el derecho a la autonomía para definir sus propias prioridades de desarrollo, pero no son ellos sino el Estado quien toma la decisión final en los procesos de consulta, y se le permite decidir aun por encima de la posición o el desacuerdo de los pueblos indígenas, la responsabilidad del legislador queda clara; pero como ya se dijo no es un asunto exclusivamente de ley.

Si pensamos en una norma ideal que responda a las necesidades de los pueblos indígenas y a su visión particular del territorio y de sus recursos naturales, ello tampoco es una solución al problema de fondo, pues que un derecho este consagrado en una norma sin mecanismos reales que permitan su exigibilidad, no es mas que letra muerta que lleva al mismo resultado.

Pudiera ser que exista una norma que se ajuste a las necesidades de los pueblos indígenas y que propenda por una garantía efectiva para la protección de sus derechos, pero si no existe un verdadero compromiso de los actores involucrados en el proceso para darle aplicación, el resultado seria el mismo. Hasta ahora la tendencia del gobierno y las empresas ha sido creer que la realización de la consulta previa genera problemas, costos y retraso al progreso del país. Buena parte de la problemática respecto de la consulta previa, puede ser atribuida

a la falta de compromiso del Estado cuando no cumple su papel de vigilante y garante de los derechos de los pueblos indígenas, y de una falta de seriedad de la empresa que incumple los mandatos de la ley que le ordenan su aplicación.

Por ello más que pensar en una posibilidad de alterar el sistema jurídico de lo que se trata es de generar un compromiso de los actores involucrados, tanto del Estado, de la empresa, como de los mismos pueblos indígenas, y reconocer que detrás de la consulta previa, se esconde la posibilidad de salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y de cumplir con los mandatos constitucionales que exigen la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación.

En este compromiso, todos los actores involucrados desempeñan un importante papel: el Estado como garante de los derechos de los pueblos indígenas; la empresa directamente en contacto con los pueblos indígenas a la hora de consultarlos y los pueblos indígenas para que conozcan sus derechos y exijan el cumplimiento de los deberes de los demás actores. El marco dado por la Constitución, el Convenio 169 y de manera especial por la jurisprudencia de la Corte Constitucional deben ser los parámetros básicos que orienten la actividad de cada uno de estos actores, y las reflexiones planteadas en este mismo documento pueden aportar una nueva visión del derecho de consulta previa: la posibilidad de avanzar mas allá de la simple consulta previa y de propender por el consentimiento, libre, previo e informado que permita una verdadera autonomía de los pueblos indígenas; que los asuntos de los pueblos indígenas no sean tratados como simples asuntos de interés particular frente a intereses generales sino que en pie de igualdad se encuentre una solución a la luz de los valores constitucional procurando la protección de su integridad étnica, social y cultural; y que los pueblos indígenas asuman un papel activo dentro de este tipo de procesos, son solo posibilidades dentro del largo camino que aun queda por recorrer.

El camino queda abierto para plantear nuevas discusiones, y visualizar nuevas alternativas que permitan el logro de los fines constitucionales y la prevalencia de los intereses y derechos de nuestros pueblos.

## BIBLIOGRAFÍA

BARRIOS ROMERO, Juan Pablo. Derecho constitucional, derecho interamericano y derechos indígenas: Avances y frustraciones. Bogotá: Visión Renacer, 2007.

BERCHE Anne, GARCÍA Alejandra y MANTILLA Alejandro. Los Derechos en Nuestra Propia Voz: Pueblos Indígenas y DESC, una lectura intercultural. Bogotá: Ántropos, 2006.

CALDERÓN CUELLO, Claudia y MEJÍA GONZÁLEZ, Ana María. La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Bogotá, 1999. Trabajo de grado (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

CASTRILLON ZAPATA Fernando; JARAMILLO Efraín y MESA CUADROS, Gregorio. La represa de Urrá y los Embera Katío del Alto Sinu: una historia de farsas y crímenes. En: Revista Semillas. No. 36-37 (Julio 2008).

CARRIZOSA, Julio. Colombia de lo imaginario a lo complejo: reflexiones y notas sobre ambiente, desarrollo y paz. Bogotá: Universidad Nacional. IDEA, 2003. p. 39.

CECOIN. Indígenas sin derechos: Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Bogotá: Antropos, 2007.

CEREC, GAIA. Derechos territoriales indígenas y ecología en las selvas tropicales de América. Bogotá: Presencia, 1992.

CORTEGANO CHOTA, Simón y CRUZ PEÑA, Orlando. La Chagra: un espacio de roles, aprendizajes y autoabastecimiento. Bogotá: 2005.

CHAPAL, Willinton Proceso de Consulta a pueblos indígenas del Putumayo con empresas petroleras. En: Revista Semillas. No. 36-37 (Julio 2008) p. 75

DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS INDÍGENAS. Los pueblos indígenas en el país y en América: Elementos de una política colombiana e internacional. Bogotá, 1998. p. 56

FLÓREZ, Margarita. Selva abierta: vía Pasto-Mocoa e Hidrovía del Putumayo. Bogotá: 2007. P. 74

GRUESO, Libia. La consulta previa, algunos debates sobre sus alcances y limitaciones en el respeto de la diversidad cultural. En: Revista Semillas. No. 36-37 (Julio 2008)

JIMENO SANTOYO, Gladys. Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Bogotá.

LONDOÑO TORO, Beatriz y otros. Función ecológica de la propiedad en los resguardos indígenas de Colombia. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.

MESA CUADROS, Gregorio. La ley del más fuerte: explotación petrolera y limitaciones al derecho fundamental a la consulta previa en el caso de los Uwa con Oxy. En: Revista Semillas, No. 36-37 (Julio 2008) p. 73.

MORALES, Jairo y LAUTE, Ulrich. El desafío ecológico: Protección del medio ambiente, desarrollo sustentable y globalización en América Latina. Bogotá: Consejo Episcopal Latinoamericano, 2000.

OVIEDO CARRILLO, Gonzalo. Políticas y acciones del WWF sobre áreas protegidas y pueblos indígenas. En: Taller sobre experiencia practicas en gestión de áreas protegidas por los pueblos indígenas de Iberoamérica. Cartagena: 1999.

NIGH, Ronal y RODRÍGUEZ Nemesio. Territorios violados: indios, medio ambiente y desarrollo en América Latina. México: Instituto Nacional Indigenista, 1995.

NOGUEROL ÁLVAREZ, María. El nuevo paradigma de desarrollo: el modelo sostenible y las cosmovisiones indígenas. En: Taller sobre experiencia practicas en gestión de áreas protegidas por los pueblos indígenas de Iberoamérica. Cartagena: 1999.

ORJUELA RUIZ, Astrid. Una vez más sin consulta previa. En: Revista Semillas. No. 36/37 (Julio 2008) p. 34

PÉREZ, Diego. Los Planes de Vida. En: Pibicho, por la frontera sur amazónica colombiana.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. La consulta previa a pueblos indígenas y comunidades negras dentro del proceso para el otorgamiento de licencias ambientales. Bogotá, 2001. Trabajo de Grado (Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo). Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

\_\_\_\_\_. La consulta previa: ¿oportunidad o amenaza? En: Revista Semillas. No. 36-37. (julio 2008)

SAAVEDRA, Ana María y ANGARITA, Luis Hernando. La consulta previa a los pueblos indígenas y tribales: compendio de legislación, jurisprudencia y documentos de estudio. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia, 2006.

\_\_\_\_\_. La consulta previa a los pueblos indígenas y tribales: compendio de legislación, jurisprudencia y documentos de estudio. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia, 2008.

TANGARIFE PEDRAZA, Mónica Andrea y PÁEZ BASTIDAS, Alberto Mario. Desarrollo económico vs. Madre tierra: conflicto latente ante la ambigüedad de conceptos que permitan la eficiencia del marco jurídico aplicable al tema de la consulta previa a los pueblos indígenas en la adjudicación de proyectos petroleros y a gran escala. Bogotá, 2005. Trabajo de Grado (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

Documentos Electrónicos:

<http://www.unal.edu.co/idea/public/docs/reflexiones.pdf>

<http://wwwt.iadb.org/sds/doc/947spa.pdf>

<http://cenda.org/publicaciones/territoriosindigenasyasambleaconstituyente.pdf>

<http://ugt.es/claridad/marti.pdf>

[http://www.urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/materiales/consulta\\_previa.pdf](http://www.urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/materiales/consulta_previa.pdf)

[http://focal.ca/pdf/consulta\\_previa.pdf](http://focal.ca/pdf/consulta_previa.pdf)

[http://.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E\\_C19\\_2008\\_5\\_Add\\_5%20\(Colombia\).pdf](http://.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E_C19_2008_5_Add_5%20(Colombia).pdf)

[www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/sites/default/files/Concepto%20TecnicoCruz\\_2005sp\\_0.doc](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/Concepto%20TecnicoCruz_2005sp_0.doc)