

**DERECHOS SOBRE LAS TIERRAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN
COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**

GERMAN ARTURO MOJICA GÓMEZ

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
NEIVA
2013**

**DERECHOS SOBRE LAS TIERRAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN
COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**

GERMAN ARTURO MOJICA GÓMEZ

**Trabajo de Monografía con el objeto de obtener el título profesional de
Abogado**

Tutor

OSCAR HUBER ZÚÑIGA CÓRDOBA

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
NEIVA
2013**

NOTA DE ACEPTACIÓN:

Director de tesis.

Jurado

Jurado

Dada en Neiva a los _____

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| TABLA DE CONTENIDO..... | 4 |
| 1.INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| 2.RESUMEN DEL PROYECTO..... | 7 |
| 3.PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA O PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN..... | 9 |
| 4.LOS OBJETIVOS..... | 12 |
| 4.1.General:..... | 12 |
| 4.2.Específicos:..... | 12 |
| 5.METODOLOGÍA PROPUESTA..... | 13 |
| 6.DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN..... | 15 |
| 6.1.Reseña Teoría | 15 |
| 6.2.Sistema Interamericano..... | 17 |
| 6.3.El Derecho de los Territorios de los Pueblos indígenas en Colombia. | 21 |
| 6.3.1.La Consulta Previa..... | 21 |
| 6.4.Referentes internacionales..... | 30 |
| 6.4.1.Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas..... | 30 |
| 6.4.2.Convenio de la OIT Número 169 de 1989..... | 35 |
| 6.5.Referente Normatividad Nacional..... | 41 |
| 6.5.1.Constitución Política de Colombia..... | 41 |
| 6.6.Referente Legislación Interna..... | 45 |
| 6.6.1.Decreto 1320 de 1998..... | 45 |
| 6.6.2.Ley 685 de 2001..... | 47 |
| 6.7.Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana..... | 51 |
| 7.ANÁLISIS INVESTIGATIVO E INTERPRETATIVO..... | 66 |
| 8.CONCLUSIONES..... | 77 |

1. INTRODUCCIÓN

En tiempos en los que se habla de paz, de víctimas y de procesos de reconciliación, parece olvidarse que desde la conquista española los pueblos indígenas vienen siendo objeto de abusos y violaciones sistemáticas, incluso dentro de los estándares y protocolos institucionales.

Ciertamente es increíble que tan solo con la Constitución Política de 1991 se tomara distancia en materia de protección a sus derechos frente a las incipientes iniciativas legislativas anteriores, aunque se predique un cambio principalmente desde lo consagrado axiológicamente. Empero, el nuevo cisma constitucional les ha permitido a los pueblos indígenas valerse del sistema jurídico del establecimiento para reclamar sus derechos, principalmente a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como de los tratados internacionales en la materia y en las decisiones de organismos de carácter internacional, como se enseñará en el presente estudio.

En el Estado Colombiano se puede identificar el desarrollo de un gran número de proyectos y actividades de gran envergadura, que se identifican como una herramienta de intervención que impone un modelo de desarrollo económico, político y social, acompañado de un ánimo ocupacional de los territorios intervenidos, que termina por someter a las poblaciones indígenas asentadas en los mismos.

Se pierde de vista en cuanto a la definición de territorios indígenas, que antropológicamente éste no se limita exclusivamente al concepto de resguardo, sino que se debe entender incluyendo aspectos como zonas sagradas, zonas de

ocupación tradicional, zonas expropiadas, zonas invadidas, entre otros, que vienen siendo reivindicadas por los pueblos indígenas, superando la definiciones que no se compadecen con la misma. Se suma a este desconocimiento conceptual, la carencia de un inventario detallado de su afectación para dimensionar por lo menos aproximadamente el verdadero impacto del daño causado a los pueblos indígenas.

Es por ello que en el presente trabajo, buscamos realizar un acercamiento serio y juicioso, en materia de derecho indígena y su desarrollo en Colombia, con el objeto de aportar en el panorama de la definición de su régimen, así como de aportar académicamente a la reivindicación de sus intereses desde un enfoque diferencial.

En el desarrollo de la presente investigación se encontrará inicialmente un referente doctrinario realizado con base en el desarrollo del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, como presupuesto indispensable para proteger su especial relación con sus tierras, signada por aspectos espirituales y míticos, allí se repasará los referentes internacionales, lo que se ha producido en el sistema interamericano y determinados referentes de doctrina que se han elaborado al respecto, no solo desde la perspectiva del sistema de protección de los derechos humanos, sino desde las misma visión de las comunidades.

Seguidamente se analizarán de manera detallada los instrumentos más significativos en la materia en el ámbito internacional, para luego aterrizar en los desarrollos legales y normativos en el Estado Colombiano.

Por último se hará un estudio del alcance e interpretación dada por la Corte Constitucional Colombiana, la cual ha tenido la oportunidad de definir el ámbito de aplicación del derecho de la consulta previa, como derecho fundamental de los pueblos originarios.

2. RESUMEN DEL PROYECTO

El presente trabajo tiene como propósito el estudio de los derechos étnicos y culturales teniendo como referente la Constitución Política de 1991, como nuevo cisma institucional que adopta la fórmula política del Estado Social de Derecho, agregando profundas implicaciones jurídicas, políticas y sociales a la dinámica socio-jurídica colombiana.

La Constitución Política de Colombia plantea un escenario jurídico político de carácter democrático, participativo y pluralista; dentro de la acepción “pluralista” el Estado reconoce que en su interior, existe una multiplicidad y diversidad tanto cultural, social como étnica.

Empero, debe señalarse que tradicionalmente la política estatal estaba direccionada a la inclusión de las comunidades amerindias, incorporándolas a la economía nacional, así como integrando programas de mejoramiento económico y social de las comunidades indígenas. Pero ciertamente se identifican profundos rasgos excluyentes que predominaron en sectores dirigentes, que abogaban por la liquidación étnica, la expropiación de las tierras indígenas y el aprovechamiento de su fuerza laboral, con el pretexto de hacerlos partícipes de los beneficios de la “civilización”¹.

Consecuente con lo anterior se expidieron normas como el Decreto 1634 de 1960 que creó la división de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y señaló

¹ Marco Legal para los Derechos de los Pueblos en Colombia, Vemund Olsen, octubre de 2008.

dentro de sus funciones la de estudiar las sociedades indígenas estables como base para la planeación de cambios culturales, sociales y económicos con miras al progreso de tales comunidades.

En el mismo sentido la Ley 135 de 1961 (ley de reforma agraria) aunque fue el primer reconocimiento de las comunidades indígenas, su fin era la incorporación de éstos a la economía capitalista; esta norma igualmente condicionaba la adjudicación de baldíos ocupados por indígenas al previo concepto favorable de la oficina de asuntos indígenas del ministerio de gobierno, que de suyo significaba implícitamente, un desconocimiento de la posesión inmemorial de los grupos indígenas de estas tierras.

Claro está que se destaca de la Ley 135 de 1961 el adelantar un ambicioso programa de devolución de tierras a sus originarios moradores junto con el decreto reglamentario 2001 de 1988.

En este orden de ideas resulta sumamente importante destacar la transcendencia de la Constitución Política de 1991 en materia de reconocimiento de derechos étnicos y culturales, como quiera que en su artículo séptimo, consagra el principio fundamental a la diversidad étnica y cultural, de tal manera que los amerindios gozan de un estatus constitucional especial. De ahí la importancia del estudio que se realiza frente a la proliferación de megaproyectos hidroeléctricos así como la activación de la locomotora minera que ha caracterizado el Gobierno del Presidente Santos, lo que invita a realizar un juicioso estudio del desarrollo de los derechos territoriales de los pueblos originarios, de la normatividad, de ciertos referentes doctrinarios en la materia, de los referentes internacionales y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para definir cuál ha sido el reconocimiento de los derechos étnicos y culturales a partir de la Constitución Política de 1991.

3. PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA O PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN

En atención a lo expuesto hasta el momento, se planteó el siguiente problema de investigación:

¿Cuál ha sido el desarrollo y evolución del concepto de los derechos sobre los territorios de los pueblos indígenas en Colombia a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991?

Para responder el interrogante, se planteó un estudio de la Constitución, también de los referentes legales expedidos desde la vigencia de la Constitución, de la doctrina referente a la materia, y de las eventuales políticas públicas diseñadas con el propósito de garantizar los derechos plasmados en el orden constitucional, así como los criterios de interpretación Jurisprudencial definidos por la Corte Constitucional en materia de amparo del derecho a la propiedad, cuando su protección es invocada por grupos étnicos indígenas o amerindios.

El problema planteado tiene una relevante vigencia, en atención a que en la actualidad se vienen desarrollando una serie de proyectos industriales, de explotación de recursos y de obras públicas invasivos de los territorios de grupos étnicos o indígenas, situación que demanda un estudio serio que identifique la posición definida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, al ser ésta la guardiana de la Constitución y por tanto de los postulados de la diversidad étnica y cultural de la Nación, pero desde luego, sin perder de vista la normativa y los aportes de la doctrina en la materia.

La propiedad y el patrimonio económico de conformidad con lo establecido en el artículo 88 Constitucional, es un derecho de carácter colectivo, y su protección se invocará a través de las denominadas acciones populares. Es suficientemente claro en el contexto constitucional que las acciones populares salvaguardan los intereses colectivos.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de estudiar el derecho de propiedad colectiva ejercida sobre los territorios indígenas, ya que existe claridad y unidad conceptual respecto del régimen jurídico del patrimonio de una persona del común, por denominarlo de alguna manera, pero diferente es el concepto de propiedad desde la óptica de una comunidad indígena, al respecto dijo la corte:

“(...) El derecho de propiedad colectiva ejercida sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y los valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser ese su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. (...)”²

La Corte Constitucional, conforme a la sentencia T- 428 de 1992³, con ocasión a la revisión del proceso de tutela promovido por la comunidad indígena de Cristianía, mediante la cual se solicitaba la suspensión de la obra pública de la Vía Troncal del Café, que atravesaba una falla geológica que comprendía al asentamiento del resguardo; señaló que la comunidad además de verse afectada por la intromisión

² Corte Constitucional. M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA. Sentencia T-104 de 1995.

³ Corte Constitucional. M- P. CIRO ANGARITA BARON. Sentencia T-428 de 1992.

en terrenos para ellos sagrado, “aspecto que de por sí atenta gravemente su existencia”, su derecho a la propiedad se estaba conculcando, con ocasión a los continuos deslizamientos que se presentaban a causa de los movimientos de la tierra.

En la citada sentencia, llama la atención de manera muy especial el alcance e interpretación que se le asigna al interés general. La constitución establece la prevalencia del interés general en su artículo primero, pero la misma constitución también establece numerosos valores relacionados con intereses particulares propios de la coexistencia de diferentes entornos sociales, económicos y culturales, de donde eventualmente se pueden presentar choques de intereses, pero lo novedoso es que según la Corte, la solución a éstos no puede ser siempre la aplicación de la regla del interés general; al respecto señalado la corte:

“(...) 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.... El progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual, así se trate de una minoría o incluso de una persona (...).”

Este criterio orienta la presente investigación y motiva la indagación sobre el alcance del derecho sobre sus territorios de los pueblos indígenas a la luz de la Constitución Política y de la interpretación de la Corte, de donde se puede advertir el reconocimiento de los derechos fundamentales diferenciados a favor de las minorías étnicas, lo que nos lleva a plantear la hipótesis de la justificación de la prevalencia de los derechos a la propiedad, al trabajo y al mantenimiento de la integridad étnica y cultural, como valores expresados en la Carta de 1991.

4. LOS OBJETIVOS

4.1. *General:*

Determinar y definir el desarrollo y evolución del concepto de derecho a la propiedad de los pueblos indígenas respecto de sus territorios ancestrales en Colombia a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991.

4.2. *Específicos:*

- Analizar los principales referentes y antecedentes constitucionales y normativos en materia de derechos étnicos, indígenas y amerindios en Colombia.
- Identificar y analizar los principales referentes internacionales en materia de derechos de pueblos indígenas.
- Identificar el criterio de interpretación definido por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos étnicos indígenas o amerindios⁴.

⁴ En el Auto 223 del 26 de agosto de 2006, se definió por la Corte que se considera precedente y por tanto vinculante, las decisiones de tutela o constitucionalidad de las cuales se puedan extraer reglas de interpretación de los derechos fundamentales.

5. METODOLOGÍA PROPUESTA

Teniendo en cuenta la problemática a abordar, se considera que el enfoque epistemológico más conveniente para desarrollar la presente investigación es el de carácter analítico - descriptivo, puesto que comprenderá la descripción, registro, análisis e interpretación de datos, relacionados a la definición, desarrollo y concepto de los derechos étnicos, indígenas o amerindios.

Y es analítica precisamente por tratarse de una investigación que pretende advertir los distintos escenarios o realidades que originaría el estudio de los derechos humanos de los grupos étnicos en Colombia, lo que comporta una caracterización, con el objeto de definir estándares de orientación práctica para su correcta interpretación y aplicación.

a) Enfoque de la investigación: cualitativo

De la forma como se ha planteado la problemática y los objetivos del proyecto respecto de la determinación de las reglas jurídicas de interpretación, tratándose del derecho a la propiedad de grupos étnicos indígenas o amerindios; es necesario desarrollarlo con un enfoque investigativo apropiado que permita una investigación satisfactoria considerándose de esta manera, que el enfoque más conveniente es el cualitativo, puesto lo que se pretende es estudiar las propiedades del objeto a investigar, explicando su situación actual desde el punto de vista de sus cualidades, propiedades, características y conceptos inmersos en él.

Con la información obtenida en los diferentes referentes legales, constitucionales e internacionales, así como del juicioso estudio de los pronunciamientos judiciales, se deberá realizar un análisis, descripción y explicación de su naturaleza y esencia, así como de sus implicaciones y ámbitos de aplicación: esto consiste en su interpretación integral, sin perder de vista la realidad social del contexto colombiano.

b) Tipo de investigación: Descriptiva-Explicativa

Las investigaciones descriptivas procuran determinar cuál es la situación dentro de un fenómeno determinado, ver lo que hay, describir tal cual es el asunto o condición. Las investigaciones descriptivas buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades, sociedades o conjuntos jurídicos que sean sometidos a análisis. A través de este tipo de estudios, se pretende medir o evaluar diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno o fenómenos a investigar. Desde el punto de vista científico, describir es, en un estudio descriptivo, seleccionar una serie de cuestiones con puntos en común para medirlas cada una de ellas independientemente -y valga la redundancia-- describir lo que se investiga.

Dentro de la anterior perspectiva, el proyecto propuesto se encuadra en un estudio descriptivo-explicativo ya que se centrará en descubrir el régimen jurídico de los derechos étnicos y culturales de las comunidades indígenas en Colombia, a la luz de la constitución política, los derechos fundamentales y los tratados de derechos humanos en la materia.

6. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

6.1. *Reseña Teoría*

Con relación a los derechos de los pueblos indígenas y su evolución en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, podríamos identificar que uno de los aspectos más destacados, tal como lo determina el orden internacional, ha sido el derecho a la consulta previa de los pueblos frente a la toma de decisiones que los afecte.

Esta afirmación se sustenta con base en el análisis de los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado Colombiana, que son los siguientes:

- Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, ratificado por la Ley 145 de 1994.
- Convenio sobre la diversidad biológica, firmado en la Cumbre de Río en 1992 y ratificado mediante la Ley 165 de 1994.
- Decisión 391 de 1996 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sobre acceso a recursos genéticos.
- Tratado de Cooperación Amazónica (TCA), ratificado por la Ley 17 de 1981, el cual se fundamenta en el reconocimiento de los derechos indígenas y en la conservación de los recursos naturales de la cuenca amazónica.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por la Ley 74 de 1968.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la Ley 74 de 1968.
- Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificada por la Ley 22 de 1981.
- Convención sobre los derechos del niño, ratificada por la Ley 12 de 1991.
- Convenio de la OIT Número 169 de 1989, ratificado por la Ley 21 de 1991
- Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas del 13 de septiembre de 2007.

En relación con la indagación realizada, se ha podido advertir que los instrumentos más importantes y con mayor incidencia en la vida de las comunidades indígenas, han sido el Convenio de la OIT Número 169 de 1989, ratificado por la Ley 21 de 1991 y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas del 13 de septiembre de 2007.

Cabe señalar igualmente, que esta concesión o este reconocimiento de derechos en criterio de algunos autores, podría asimilarse a una nueva colonización, como un instrumento de regulación y de integración participativa de los pueblos indígenas en el modelo de desarrollo occidental, desde las diferentes perspectivas. Con ello se quiere decir que el sistema de prerrogativas o facultades a favor de los pueblos indígenas, ha nacido en las propias entrañas del sistema liberal imperante en occidente. Situación que en últimas termina igualmente confinándolos tal como sucedió en la colonización. Con lo anterior queremos subrayar que el tema de los derechos de los pueblos indígenas se asume desde una óptica impuesta, o más bien alejada de sus propias realidades y particularidades, por tanto, se podría estar incurriendo en un despropósito al pretender asignarles las mismas categorías del sistema universal de los derechos humanos, con conceptos incluso desconocidos para las culturas aborígenes, aspecto que en su momento será motivo de análisis. En este tema se puede consultar a Nimia Ana Apaza, Derechos de los Pueblos Originarios, Foro de

Intelectuales e investigadores indígenas de la Comunidad Andina, Lima, 4, 5 y 6 de julio de 2007.

Por tanto, la línea de estudio de la indagación respecto del desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas a partir de la Constitución Política de 1991, se encuentra influenciada, o mejor, está fundamentada en los instrumentos y avances de carácter internacional, propios del sistema internacional de los derechos humanos.

Es así como se ha ido decantando normas internacionales en materia de diversidad, recursos naturales, no discriminación, entre otros. Pero sin lugar a dudas, el impulso en la materia ha sido jalonado por los derechos sobre sus tierras o territorios.

6.2. Sistema Interamericano

Dentro del Sistema Interamericano se ha reconocido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *que los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial en su vitalidad física, cultural y espiritual*⁵. Este vínculo especial entre las tribus y sus territorios, puede tener diferentes grados y manifestaciones, dependiendo en cada caso en concreto de las particularidades de las etnias. Con ello quiere decirse que el vínculo o lazo puede traducirse en la presencia histórica y tradicional, la preservación de los sitios o lugares sagrados, la realización de

⁵ CIDH, Informe número 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrafo 155.

ceremonias, actos o cultos espirituales, la actividad agrícola, sea esta permanente o esporádica, el uso o conservación de recursos naturales, entre otros⁶.

Desde el sistema interamericano se ha reconocido que el territorio para las etnias va más allá de su sola posesión material, trascendiendo a la esfera espiritual y mística, que hace parte de su legado cultural e histórico. Por su significado omnicomprendido, así como por su valor espiritual, se justifica con creces la protección de los derechos que tienen los pueblos sobre sus territorios, lo que incluye su derecho a conservar sus tradiciones y transmitir su legado como garantía de la pervivencia de su identidad.

Este tipo de interpretaciones, en criterio de la Corte Interamericana, han tenido como sustento los derechos reconocidos por el sistema, integrando con su jurisprudencia el Convenio de la OIT Número 169 de 1989, ratificado por la Ley 21 de 1991 y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas del 13 de septiembre de 2007, al sistema interamericano⁷.

En realidad es bastante generosa la interpretación que la Corte Interamericana le ha dado al concepto de territorio de los pueblos originarios, realizando una descripción bastante cercana a la realidad antropológica de sus derechos, entendiendo que para los pueblos indígenas su vínculo con el territorio se encuentra transversalizado y atravesado por aspectos espirituales, históricos, míticos y enigmáticos, de raigambre ancestral, que sustentan y justifican su propia existencia e identidad, que sustentan el amparo y garantía de su derecho a vivir y a permanecer en sus territorios⁶, conservando todo lo que involucra su entorno,

⁶ Al respecto ver *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES SOBRE SUS TIERRAS ANCESTRALES Y RECURSOS NATURALES. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Diciembre de 2009.*

⁷ Al respecto se pueden consultar: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No 79, párrafo 149. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No 125, párrafo 124, 131. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs Guatemala. Reparación Costas y Sentencias. Sentencia del 19 de noviembre de 2004. Serie C No 116, párrafo 85

como actividades, tradiciones, usos, costumbres, y todo lo que involucra y rodea su entorno y la relación y equilibrio con la naturaleza.

Este amparo se ha edificado en torno del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente al derecho a la propiedad⁸, del cual se ha desprendido el derecho de propiedad territorial de los pueblos originarios, como base fundamental para conservar y desarrollar su cultura, vida, tradiciones espirituales, integridad y pervivencia como comunidad.

Así mismo, se ha identificado que los pueblos indígenas han venido insistiendo en el deber por parte de los Estados de garantizar de manera efectiva el derecho que les asiste de vivir en sus territorios, que desde siempre han sido ocupados, con los cuales existe una especial unión desde tiempos ancestrales, y de los cuales vienen siendo desterrados y expulsados, condenándoseles de paso a su exterminio⁹.

Este derecho sobre los territorios, se puede definir como un derecho de carácter colectivo del cual depende la supervivencia de los pueblos indígenas, como grupos organizados, con el control absoluto de su habitad como condición necesaria para su pervivencia y desarrollo de planes de vida conforme a su identidad¹⁰.

⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que fue aprobada en 1969. Artículo 21: Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

⁹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakey Axa Vs. Paraguay. Referidos en: Corte IDH caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No 125, párrafo 157 (c).

¹⁰ Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Yakey Axa Vs Paraguay. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No 125, párrafo 146.

Asimismo, garantizar su derecho a la propiedad colectiva, permite que las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural, y es este el único sitio en donde pueden desarrollarse con autonomía y libertad, porque es la tierra que les pertenece, esto es su hogar.

Para la Corte Interamericana, el derecho sobre sus territorios, encuentra sustento igualmente en el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual señala que *toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades especiales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.*

Ha dicho la Corte que si bien ni el artículo 21 de la Convención, ni el XXII de la Declaración, expresamente se refieren a los derechos de los pueblos originarios, la Comisión y la Corte Interamericana, han interpretado que estas dos disposiciones, desde una óptica amplia y garantista, buscan proteger los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos naturales, en el sentir de la Corte, “los Derechos en el sistema interamericano deben interpretarse y aplicarse con la debida consideración a los principios particulares del derecho internacional que rigen los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, lo que incluye la protección de su propiedad y su pervivencia cultural, el derecho a la tierra, los territorios y recursos naturales”. La Corte ha utilizado las reglas generales de interpretación establecidas en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y el Artículo 29 de la Convención Americana, así como también el artículo 29, que prohíbe la interpretación restrictiva de los derechos recogidos por la Convención (principio pro homine). Con lo expuesto, se concluye que la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención Americana, a la luz de los desarrollos normativos del derecho internacional de los derechos humanos con relación a los derechos de los pueblos

originarios, lo que incluye el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹¹.

Con todo lo expuesto, consideramos que la dificultad del sistema interamericano ha sido la inclusión de la aplicación de estos dos últimos instrumentos, los cuales pese a erigirse como avances a favor de los derechos de los pueblos, han incluido términos como la indemnización, reubicación, entre otros aspectos, que han terminado por confinar a los pueblos indígenas.

6.3. *El Derecho de los Territorios de los Pueblos indígenas en Colombia.*

6.3.1. La Consulta Previa.

Ahora procederemos a intentar realizar un acercamiento a las implicaciones de los desarrollos internacionales, principalmente dentro del sistema interamericano antes visto, por ser el sistema internacional de derechos humanos que rige para nuestro Estado, de el avance de los derechos de los pueblos desde la doctrina, a la luz de la Constitución Política de 1991, teniendo como referente el derecho de los pueblos sobre sus territorios, como el punto más sensible, como se ha identificado en la presente investigación.

En Colombia el contexto se encuentra referido a la Constitución Política y a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, los cuales hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y por tal circunstancia, se entienden integrados al texto de la Constitución. Aquí iniciaremos señalando que la consagración de los

¹¹ DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES SOBRE SUS TIERRAS ANCESTRALES Y RECURSOS NATURALES. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. 2010.

derechos sociales y culturales fue un avance en relación con la protección de la diversidad étnica y cultural¹².

Por diversidad étnica y cultural ha señalado la Corte Constitucional que debe entenderse como *“la diversidad de formas de vida y concepciones del mundo, no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población. Por lo tanto, este principio supone la aceptación de la existencia de muchas formas de vida y sistemas de comprensión del mundo en un mismo territorio”*¹³

La identidad de los pueblos nativos es un derecho subjetivo, que comporta la potestad de seguir siendo como son, culturalmente diferentes, a tener idiomas diferentes y formas de gobierno y de relaciones sociales propias. Este derecho es un derecho social no exclusivamente referido al territorio, pero ligado a él porque todos los pueblos tienen un territorio propio y particular donde existen, se relacionan y recrean su cultura.¹⁴

Es así como se ha diseñado una figura como el mecanismo de la consulta previa a favor de los pueblos aborígenes, con el objeto de que tengan a su disposición un instrumento que les permita participar en las decisiones que eventualmente los puedan afectar. Esta figura se encuentra estatuida en el Convenio de la OIT Número 169 de 1989, ratificado por la Ley 21 de 1991 y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas del 13 de septiembre de 2007. Es por ello que el Estado Colombiano tiene el deber de consultar a los pueblos originarios, cada vez que se tenga previsto tomar una decisión que eventualmente los pueda afectar, estableciendo correlativamente, mecanismos de participación que les permita la toma de decisiones libres y autónomas¹⁵. Empero, en la práctica no ha sido pacífica la forma de implementación del mecanismo de la

¹² RODRÍGUEZ Gloria Amparo. El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. Bogotá.

¹³ Corte Constitucional. Sentencias T-605 de 1992.

¹⁴ ONIC. “Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas. Obras-proyectos-explotación de recursos naturales consulta y concertación”. Material Guía. Borrador elaborado por Ana Cecilia Betancour. Inédito.

consulta, sucintado acalorados debates entre los pueblos interesados y el Gobierno nacional.

La Profesora GLORIA AMPARO RODRIGUEZ, experta en la materia, manifiesta que cuando éste instrumento se realiza de buena fe, cuando se escuchan las comunidades y cuando se tienen en cuenta sus consideraciones en las decisiones, puede ser un mecanismo idóneo para reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana¹⁵. Con ello se señala que este instrumento se ha constituido en un mecanismo de defensa de los derechos de las poblaciones tales como su integridad e identidad, derecho a su territorio, a la participación y a su autonomía.

Es por ello que se ha llegado a rotular a la consulta previa, como un derecho fundamental de los pueblos, en el entendido que se ha reconocido la importancia que tienen los territorios para las comunidades indígenas, para su desarrollo y pervivencia, para asegurar la continuidad de su cultura y tradición, pues afectar sus raíces, implican una afrenta grave en contra de la diversidad; trasgredir su territorio equivale a una asimilación arbitraria que terminaría por constituir un etnocidio, inconcebible a la luz de un estado social de derecho.

En Colombia la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas, de ser consultados frente a iniciativas de cualquier índole (legislativas y administrativas) que se pretendan asumir, lo que incluye desde luego, la realización de proyectos, obras o cualquier otra actividad al interior de sus territorios. Este ha sido un desarrollo propio de la aplicación e interpretación que se le ha dado a nivel internacional a los derechos de los pueblos originarios, que busca proteger su integridad cultural, social y económica.

¹⁵ RODRÍGUEZ Gloria Amparo. LA CONSULTA PREVIA CON PUEBLOS INDIGENAS Y COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES EN COLOMBIA. Bogotá: Universidad del Rosario, octubre de 2010.

¹⁶ RODRÍGUEZ Gloria Amparo. Bogotá: Universidad del Rosario, octubre de 2010.

La Consulta Previa es pues un derecho que les asiste a los pueblos nativos, con el objeto de que puedan participar y decidir en los asuntos que los puedan afectar en cuanto a su forma de vida y desarrollo, lo que incluye sus creencias, instituciones y bienestar espiritual. Este derecho se extiende incluso a la protección de ocupar sus territorios y a utilizarlos de manera libre y autónoma, teniendo en cuenta sus realidades, posibilidades y pretensiones de proyectos de vida como comunidad, a su autodeterminación y a conservar su identidad.

Por ser un derecho fundamental, el Estado debe actuar de buena fe, realizando la consulta oportunamente, antes de que se tome cualquier decisión administrativa, legislativa o referente a proyectos que puedan afectarlos, a través de un proceso público y obligatorio, en donde se busque principalmente garantizar el debido proceso a favor de las comunidades aborígenes según sus propias particularidades y necesidades, que permita un acceso a la información de manera clara, veraz y oportuna¹⁷

Siempre que se vaya a tomar una medida sea esta del orden nacional, departamental o local, la cual eventualmente pueda afectar los pueblos indígenas, impone al Estado el deber de anticipadamente, realizar la consulta previa. Deber que se extiende a los Planes de Desarrollo que pueden contener programas, proyectos y presupuestos que inciden de manera directa y específica para los pueblos indígenas, con asiento en la respectiva zona de influencia de tales proyectos, de lo contrario, se estaría frente a una violación de la Constitución Política¹⁸. Es pertinente manifestar que le corresponde al Ministerio de Justicia, coordinar la realización de los procesos de Consulta velando por que el

¹⁷ Corte Interamericana: Al garantizar la participación efectiva en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-461 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

procedimiento a adelantar se ciña a los estándares antes señalados¹⁹ y su responsabilidad es compartida con los representantes de los proyectos.

Es responsabilidad del Vicepresidente, los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores de Unidades Administrativas y Directores, Gerentes y Presidentes de Entidades centralizadas y descentralizadas del orden nacional, solicitar al Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, el desarrollo de procesos de Consulta Previa, así como proporcionar información sobre los planes, programas o proyectos que puedan requerir la garantía del derecho a la Consulta Previa²⁰.

Se ha establecido en Colombia que la consulta previa es de obligatoria aplicación en los siguientes eventos²¹:

- Se desee expedir una medida del orden nacional, departamental o local susceptible de afectar a estas comunidades.
- Se vayan a erradicar cultivos de uso ilícito en sus territorios.
- Se pretenda realizar procesos de investigación científica o arqueológica.
- Las Fuerzas Armadas, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) u organismos de seguridad del Estado pretendan desarrollar actividades en sus territorios.
- Se desee realizar la adopción de menores de edad pertenecientes a estos grupos étnicos.
- Se proyecte otorgar autorizaciones para realizar proyectos o utilizar recursos naturales renovables en sus territorios.
- Se vayan a ejecutar proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios.

¹⁹ Resolución 3598 de diciembre de 2008.

²⁰ Directiva 001 de 2010.

²¹ Corte Constitucional, Autos 004 y 005 de 2009. Véase igualmente GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ 2009.

- Se tramiten procesos administrativos ambientales que puedan afectarles, como por ejemplo licencias ambientales para la realización de proyectos, obras o actividades, u otorgar permisos ambientales para la utilización de recursos naturales.
- Se pretendan adoptar los regímenes especiales de manejo en el caso de traslape de parques con territorios indígenas.
- En los casos de traslado de las comunidades de sus tierras tradicionales a otro lugar.
- Se realice el diseño y la implementación del Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y se establezcan los planes de salvaguardia étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado, para cada uno de los pueblos indígenas señalados por la Corte Constitucional.

Desafortunadamente, lo que finalmente se decida en la Consulta, no obliga a la autoridad en la decisión final que tome, lo cual afecta negativamente el valor de la figura, restándole fuerza e importancia. Aspecto que ha sido confirmado por la propia Corte Constitucional, ante lo cual ha manifestado que “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, 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 la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena”²².

En este estado, queda en entredicho la efectividad y eficacia del instrumento de la consulta previa, así como sus objetivos de proteger la diversidad étnica y cultural, garantizando la participación de los pueblos y comunidades en la adopción de las decisiones que puedan afectarlos. Es precisamente esto lo que se cuestiona, pues de una retórica y un discurso bastante generoso, se pasa a una realidad que

²² Sentencia SU-039/97.

desconoce la diversidad cultural y el enfoque diferencial consagrado en la Constitución Política de 1991, en el Convenio de la OIT Número 169 de 1989 y en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas de 2007.

De qué sirve pues tal consagración en un estado que desde lo normativo se reconoce como diverso, si finalmente la participación de los pueblos indígenas, y el efectivo ejercicio de sus derechos carecen de una verdadera tutela efectiva, que incluso tiene sustento en el campo internacional. No basta con un compendio de buenas intenciones, sí en realidad se tiene como fin del Estado el respeto de la diversidad, el respeto por las comunidades indígenas, su cosmovisión de la vida, costumbres e identidad, deben correlativamente consagrarse mecanismos de protección efectiva y real.

Ante esta circunstancia, se considera que a la luz del Convenio 169 y de la Constitución de 1991, la Consulta Previa debe ser una figura que permita de manera real y efectiva, el respeto de los pueblos originarios y sus derechos fundamentales, materializando verdaderamente el ejercicio del derecho de participación de las comunidades en la adopción de las decisiones atinentes a sus territorios ancestrales, vinculando al Estado los acuerdos a los que se llegue con la comunidad, incluso respetando el no acuerdo. Esto con el fin de re significar la esencia que inspira la consulta previa, que además de ser un instrumento de participación, busca garantizar el ejercicio real de la autonomía de los grupos étnicos²³.

Esta puede ser la explicación para que la tendencia con ocasión al desarrollo de las consultas previas, sea la confrontación y el conflicto, pese a mostrarse como

²³ RODRÍGUEZ Gloria Amparo. El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. Bogotá. Y RODRÍGUEZ Gloria Amparo. Bogotá: Universidad del Rosario, octubre de 2010.

un mecanismo alternativo de solución o de conciliación de intereses, en atención a que los aportes u observaciones realizadas por los interesados finalmente no van a ser tenidos en cuenta en la decisión final, lo que genera siempre la judicialización de los procesos.

Es necesario que reflexionemos sobre el alcance que han tenido los derechos de los pueblos, su efectividad y el cumplimiento de los cometidos adoptados como finalidades del Estado en la Constitución Política de 1991, recalcando que uno de los derechos otorgados para la protección de sus derechos fundamentales, que se ha edificado como el más importante, es el de la consulta previa, en atención a que el territorio es un concepto omnicomprendivo que involucra la misma esencia y justificación de la vida de los miembros de las comunidades. La consulta por tanto debe ser vista no sólo como un mecanismo jurídico, sino como la oportunidad para que las comunidades participen en la construcción de sus propios modelos de desarrollo alternativos, a decidir sobre el uso y manejo de los recursos naturales de sus territorios, pero no perdiendo de vista que para las comunidades existen principios y fundamentos innegociables inamovibles, que no pueden ser vistos desde la perspectiva occidental como válidos, pero que de no respetarse estaría en juego la propia existencia de los grupos y del concepto de diversidad étnica.

Es necesario la materialización perentoria de un verdadero enfoque diferencial étnico, que parta por el reconocimiento de que los territorios son la esencia de la vida de las comunidades, son la propia vida de los pueblos, son los espacios no solamente para la convivencia física, sino también para la convivencia espiritual, que sin los territorios no hay vida, porque los pueblos colectivamente se

encuentran insertos dentro de los mismos atados por un lazo psíquico, que busca la armonía y el equilibrio de la propia existencia de toda la humanidad²⁴.

Nuestra carencia de una cultura del respeto por los pueblos aborígenes, la imposibilidad que hemos tenido de entender que sin una cultura diferente, de comprender su particular y especial forma de entender la vida, la existencia, el mundo y la naturaleza, vienen generando la incorporación del indio a la civilización occidental.

El concepto de *Pachamama* no es casualidad, literalmente existe un vínculo afectuoso indescriptible entre la comunidad y su territorio, que les ha permitido construir su identidad y libre autodeterminación, a través de manifestaciones relacionadas todas con su territorio, siendo necesario para que exista vida y cultura, que la tierra se venera y se respete, que se estimen y garanticen sus lugares, prácticas y dogmas sagrados, que se respete el derecho de practicar y profesar su propia espiritualidad, que el hombre entienda que la tierra es sagrada, que somos hijos de ella, así como con los animales, las plantas y los recursos naturales y que de su mantenimiento como armonía, dependen los pilares que sostienen la vida de la humanidad²⁵.

Es aquí en donde se manifiesta el fracaso por el respeto de los pueblos originarios, como quiera que las prerrogativas o derechos otorgados, se han constituido en derechos impuestos desde la óptica de occidente, y que de manera totalmente contraria a su propósito inspirador, están acabando con la diversidad cultural, pues cada día son menos los miembros de las comunidades indígenas, quienes son objeto de asimilación forzada impuesta por un fuerte sistema occidental que los afecta en cada una de las esferas de su vida.

²⁴ Apaza Nimia Ana. Derechos de los Pueblos Originarios. Foro de Intelectuales e investigadores indígenas de la Comunidad Andina, Lima, 4, 5 y 6 de julio de 2007.

²⁵ Apaza Nimia Ana. Lima, 4, 5 y 6 de julio de 2007.

6.4. Referentes internacionales

Son diversos los tratados y convenios internacionales que ha suscrito el Estado Colombiano en materia de derechos humanos, pero todos ellos han sido ideados desde la perspectiva individualista del Modelo Liberal, hegemónicamente imperante en la cultura occidental. Al respecto cabe señalar que epistemológicamente esta concepción, es bastante distante de la óptica comunitaria y colectiva de los pueblos indígenas²⁶.

Al respecto, tan solo la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁷ y el Convenio 169 de la OIT se diseñaron y realizaron concretamente para esta población; se anota que la declaración fue aprobada aún con el voto desfavorable del Estado Colombiano.

6.4.1. Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas

Esta Declaración, es el instrumento más significativo en materia de derechos de los pueblos indígenas, pese a ser una mera declaración y no un tratado vinculante como tal, lo que lastimosamente afecta la efectividad de la misma, pero dentro del derecho de gentes, es importante su incorporación mediante la Clausula Martens al ordenamiento jurídico Colombiano (Artículo 94 C.P.). Además ha servido de

²⁶ UICN, Fundación Natura Colombia, ICANH. Las mujeres indígenas en los escenarios de la biodiversidad. Editoras Elsa Matilde Escobar, Pía Escobar, Aracely Pazmiño, Astrid Ulloa. Bogotá. 2005.

²⁷ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007

referencia y pauta interpretativa en la materia de derechos de estos pueblos en los diferentes niveles.

Concretamente respecto del instrumento, resulta pertinente hacer algunas observaciones frente a determinados artículos a saber:

Señala el mismo en su Artículo Primero:

“(...) Artículo 1: Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos. (...)”²⁸

Frente a este artículo encontramos que se consagra que los pueblos como tales e individualmente considerados, les asiste el disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades reconocidas por el sistema internacional diseñado desde una perspectiva occidental, perdiendo de vista la óptica cultural de los mismos. Situación que igualmente acontece con el artículo 17, en materia de derechos laborales, que se citará más adelante. Pero es de destacar en este estadio, lo invasivo del otorgamiento de derechos a favor de las comunidades, pero dentro de un escenario propio de la cultura occidental, y no necesariamente nació de una inspiración nacida desde las entrañas de las comunidades étnicas.

El artículo segundo señala:

“(...) Artículo Segundo: Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el

²⁸ Artículo Primero de la Declaración.

ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas. (...)

Obsérvese que se señala que los pueblos indígenas son iguales a los demás pueblos y personas, desconociendo que no son iguales a la generalidad, estos pueblos son diferentes, y al pretender darles un trato igualitario frente a la mayoría, este tipo de situaciones termina por discriminarlos y someterlos al sistema imperante. Como se puede ver, desde los primeros artículos inician las observaciones al instrumento, por su carencia de un enfoque verdaderamente diferencial.

El artículo tercero señala:

“(...) Artículo Tercero: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. (...)”

Respecto de esta consagración, se destaca como principal aporte, el de contemplar el derecho a la libre determinación de los pueblos, que incluso es un principio del derechos internacional, que implica el reconocimiento legítimo de forjar libre y autónomamente su proyecto de desarrollo social y su propio proyecto político. Se complementa este enunciado con lo consagrado en el artículo cuarto (4), que habla sobre el autogobierno en los asuntos internos y locales, incluyendo la posibilidad de disponer de medios para su financiación. -Lastimosamente no es clara la norma en determinar la responsabilidad de su otorgamiento-, pero por esta circunstancia el artículo no deje de seguir constituyendo un avance, y guarda relación con el artículo 20 –así como el 23- que trata sobre el derecho a mantener

y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, como a *disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo.*

El artículo 8 consagra que *los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura*, lo que desde luego resulta acertado desde la mirada antropológica.

En el mismo artículo, numeral 2, se consagra a cargo de los Estados el deber de establecer mecanismos *eficaces para la prevención y resarcimientos* de daños tales como aquellos (i) actos que tengan el poder de privarlos de su integridad como pueblos diferentes, de sus valores culturales y su identidad étnica, (ii) los actos que tengan como objeto o consecuencia de sus tierras, territorios o de sus recursos, (iii) de toda forma de desplazamiento (forzado directo o como consecuencia) (iv) la asimilación o inclusión forzada y (v) por último, a evitar propaganda discriminatoria en contra de los mismos.

Este artículo sin lugar a equívocos se compeadece con la realidad sociocultural de los pueblos, y que rechaza los diferentes medios de asimilación y exclusión de los pueblos aborígenes.

En el artículo noveno se contempla un aspecto interesante para efectos del presente estudio, al señalar que los pueblos o las personas indígenas tienen el derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena. Esto le proporciona un reconocimiento desde una perspectiva internacional, como un estatus especial, que debe de interpretarse en beneficio de las comunidades, entendida como la aplicación inmediata y directa de los derechos humanos, desde su propia óptica, respetando su identidad, cultura y tradiciones.

Por otra parte, el artículo décimo en nuestro criterio es un mandato con un sospechoso aire de perversidad; señala la norma en primer término que los

pueblos indígenas no serán objeto de desplazamiento forzado respecto de sus tierras o territorios, sin embargo seguidamente establece la posibilidad de traslados con aviso previo y con un acuerdo sobre su justa indemnización. Esta norma desconoce el vínculo antropológico, espiritual, cultural, histórico, ancestral, para sólo nombrar algunas ataduras, que explican el imperativo inexorable de que sí se quiere respetar y conservar un pueblo indígena, simplemente no se le toca, no se le traslada, se le respeta.

En el mismo sentido, el Artículo once, hace alusión al derecho de conservar sus tradiciones, costumbres, manifestaciones, lugares arqueológicos e históricos, así como el deber del Estado de propender por instrumentos para la reivindicación de sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales; lo negativo, es que limita esta reclamación a aquellas manifestaciones que hayan sido despojadas sin su consentimiento.

Respecto del sistema educativo, el Artículo catorce prescribe que es un derecho de estas comunidades, es establecer y conservar su propio régimen escolar con su propio idioma y métodos culturales de enseñanza. Lo que sin duda es un avance, sin embargo, el Estado Colombiano, siguiendo la dinámica global, cada vez más estandariza las pruebas institucionales de evaluación de la educación, como criterios de forzosa consulta para medir niveles de calidad e incluso inserción laboral, olvidando una perspectiva de trato diferencial real y material frente a estos procedimientos.

Otros aspectos a resaltar en la Declaración, son entre otros, el deber de los Estados de realizar consultas y coadyuvar sobre la base de la buena fe, con los pueblos indígenas, a través de instituciones representativas, en las iniciativas legislativas que los afecten (artículo 19). Se consagra (artículo 25 y 26) igualmente un aspecto bien importante, al reconocerse que estas comunidades deben sostener y fortalecer su particular relación espiritual con las tierras, los territorios,

el agua, los mares, y demás recursos que tradicionalmente han hecho arte de su cultura ancestral.

Luego de este recorrido por algunos aspectos de la Declaración, podemos observar detenidamente, que pese a que existen concretos asuntos que pueden ser objeto de reparo; sin duda alguna este instrumento internacional, constituye un gran logro en materia de reconocimientos y garantías de los derechos de los pueblos indígenas y se erige como el pilar fundamental y pautas de interpretación de esta población.

6.4.2. Convenio de la OIT Número 169 de 1989

Respecto al Convenio de la OIT, en primer lugar tenemos que manifestar que frente a la Declaración del año 2007, el Convenio sí constituye un instrumento jurídico vinculante ratificado por 20 países dentro de los que se encuentra el Estado Colombiano, los cuales están sujetos a supervisión por la Organización frente al cumplimiento de sus compromisos. En Colombia se incorporó a la legislación interna mediante la Ley 21 de 1991. Este tratado tiene su precedente en el Convenio No. 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957. El Convenio 107 fue el primer intento de codificar las obligaciones internacionales de los Estados en relación con los pueblos indígenas y tribales, sin embargo era una herramienta sumamente amplia, que reguló por primera vez temas como los derechos a las tierras, educación y medios de comunicación, entre otros aspectos, incluso muy similares a los del Convenio 169. La diferencia radica en el enfoque integracionista que reflejó el discurso sobre el desarrollo en el momento de su adopción.

La crisis de los derechos amerindios de la década de los 70, demandó de la ONU una mayor y mejor atención de los intereses de estos pueblos, por lo cual el Consejo de Administración de la OIT convocó en 1986 a una Comisión de Expertos cuyas recomendaciones vendrían a cimentar la adopción del Convenio 169.

El convenio 169 nace como una reivindicación frente a las aspiraciones de los pueblos indígenas de tomar el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como la de forjar y auto determinar sus propios modelos de desarrollo económico y social, conforme a sus usos, costumbres y tradiciones, a sostener y fortalecer sus identidades, lenguas y cultos, entre otros aspectos. Éste marcó el reconocimiento por parte del concierto internacional de Estados, de que los pueblos indígenas no gozaban de los derechos humanos fundamentales como el resto de la población mundial; se reconoce igualmente su contribución a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica del planeta.

Se señala en el mismo, a quiénes se les aplica, es decir, el ámbito de aplicación personal de la Convención, referenciando que la conciencia de la identidad indígena (ánimo de pertenencia) necesariamente debe ser el criterio fundamental para determinar la calidad o la pertenencia a estos grupos.

En el artículo dos, se consagra el deber de los gobiernos y estados de diseñar acciones coordinadas y políticas públicas, con el objetivo de proteger los derechos de los pueblos indígenas, garantizando el respeto de su integridad, su igualdad ante la ley y la efectividad de derechos sociales, económicos y culturales; sin perder de vista su identidad socio-cultural, con el propósito de eliminar las barreras discriminatorias y de desarrollo social.

En este instrumento se proscribe cualquier forma de violencia o fuerza en contra de estos pueblos. (Artículo 3).

Se demanda de los Estados adoptar medidas especiales (acciones afirmativas en palabras de la Corte Constitucional Colombiana), para salvaguardar a los miembros, sus instituciones, bienes, cultura, medio ambiente, entre otros aspectos necesarios para su pervivencia, respetando su libre autodeterminación. Se reconocen y protegen los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos, la integridad de los valores, prácticas e instituciones. (Art. 4)

Se diseña la piedra angular del derecho a la consulta en las decisiones que los afecten al momento de aplicar los postulados de la Convención, mediante procedimientos pertinentes y apropiados a través de instituciones que los representen; esto frente a cualquier tipo de medidas legislativas o administrativas desarrolladas por parte de los estados partes. La participación y el ejercicio de derechos políticos en igualdad de condiciones que los demás miembros de la sociedad; el proporcionar recursos para el desarrollo, y la toma de decisiones siempre con el consentimiento de las comunidades involucradas. (Art. 6).

Se consagra como derecho de los pueblos el de decidir sus prioridades de desarrollo, económico, social y cultural, además, del deber de crear espacios de participación activa en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional en los aspectos que los afecten, en relación con sus condiciones de vida, trabajo, salud y educación, por lo tanto, serán objeto de planes de desarrollo especiales.

Además, los gobiernos deberán velar porque, siempre que sea pertinente, se realicen estudios, con participación de los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual, 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.

Se señala que los estados deberán tomar medidas en conjunto con los pueblos indígenas, para la protección del territorio y medio ambiente en donde los mismos habiten. (Art. 7)

En el artículo octavo se establece un aspecto a destacar: señala que cuando se de aplicación del sistema normativo interno de un estado, deberán tenerse de presente las costumbres o el derecho consuetudinario respecto a asuntos propios de los pueblos indígenas que se deban resolver por el derecho nacional. El sistema normativo debe preservar las costumbres e instituciones propias de estos pueblos, pero condicionando a que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

El artículo noveno hace alusión a la jurisdicción indígena, fundándose en el respeto de los procedimientos y estándares tradicionales de justicia de éstos pueblos, pero siempre que los mismos sean compatibles y respeten el orden jurídico nacional como también los derechos humanos reconocidos por instrumentos internacionales, así mismo las autoridades nacionales competentes para conocer de los asuntos penales, aplicarán la normatividad respetando los métodos que los pueblos indígenas aplican tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. En el mismo sentido, en el artículo décimo se establece que las sanciones penales que se impongan a dichos pueblos con base en la legislación nacional, deben consultar las particulares características económicas, sociales y culturales donde preferiblemente, deben aplicarse penas sustitutivas a las carcelarias.

Respecto del artículo once, se señala que la ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados; servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Frente al tema de tierras, en el Artículo trece expresamente se consagra el deber de los Estados de respetar la especial importancia que representa para las culturas originarias su relación con la tierra, lo que reviste valores espirituales e históricos. Al mismo tiempo se define por el término "tierras" *el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.*

Es este el concepto de propiedad que el instrumento protege sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, el que incluye categorías como pueblos nómadas y agricultores itinerantes, estableciéndose mecanismos de protección especiales para tramitar con este enfoque las reclamaciones que estos pueblos realicen.

Conforme el artículo quince, la protección y respeto al concepto de tierras y territorios, se extiende a los recursos naturales existentes en los mismos. Frente a este aspecto señala el artículo, que en caso de que los recursos pertenezcan al Estado, -como acontece en Colombia- con los minerales y recursos del subsuelo, deberán adoptarse mecanismos de consulta a los pueblos para evaluar los impactos; así como los beneficios e indemnizaciones equitativas en caso de agravios imputados a los mismos.

Se establece como regla general la del no trasladado de las tierras que ocupan, con la excepción de que de ser necesario, se realice una reubicación con su consentimiento y que cuando no sea posible la reubicación, sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados con participación de sus representantes.

En los artículos siguientes se habla de condiciones de empleo, derechos laborales, medios de formación profesional para el desarrollo de competencias para el mercado, seguridad social y salud, acceso a educación en todos los niveles, cooperación fronteriza, entre otros; de los cuales consideramos importantes reseñar concretamente el tema de la educación.

El capítulo VI busca garantizar el acceso a la educación occidental en condiciones de igualdad con el resto de la comunidad, además que la educación dirigida a esta población se diseñará en cooperación con éstos, de acuerdo a sus necesidades e incluyendo en sus modelos: su historia, sus conocimientos y técnicas, sus valores y principios, así como sus conceptos de la sociedad, la economía y la cultura.

Lo anterior no deja de constituir una asimilación y sometimiento de éstos pueblos al dársele preponderancia a la educación nacional; además a imponerse por parte del ministerio de educación, los modelos pedagógicos a desarrollar, con el apelativo de *en coordinación*, que debería ser respetando los modelos que éstos pueblos mismos determinen, sin consentimiento previo del nivel central.

La responsabilidad en la realización de los programas educativos, se señala, en el instrumento que será transferida paulatinamente a los pueblos cuando haya lugar, situación que no, ha acontecido en Colombia.

En cuanto al proceso de aprendizaje de la lectura y escritura, se dice que siempre que sea viable, se enseñará el de sus propias lenguas o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo y se insta a tomar medidas dirigidas a que esos pueblos dominen la lengua nacional oficial del Estado.

El objetivo básico trazado para la educación de los niños indígenas se ha fijado para impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar

en condiciones de igualdad con la comunidad nacional (Art. 29). Igualmente busca darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación, de salud y a los servicios sociales propios del modelo occidental.

6.5. Referente Normatividad Nacional²⁹

6.5.1. Constitución Política de Colombia

Sin lugar a equívocos la Constitución Política de 1991 se ha erigido como el avance más significativo en materia de constitucionalismo y derechos humanos; la nueva fórmula política “social”, ha comportado cambios que se han materializado en el derecho y el Estado Liberal; dentro de un proceso de reformulación del sistema, principalmente en lo normativo, donde el concepto de ley ha perdido su tradicional importancia frente a otros valores superiores tales como la justicia y la igualdad, propósitos encomendados al juez constitucional.

Es de destacar frente al tema que nos ocupa, el hecho de que en la Asamblea Nacional que redactó la nueva Constitución, participaron tres representantes indígenas FRANCISO ROJAS BIRRY, ALFONSO PEÑA y LORENZO MUELAS HURTADO, y además de esta circunstancia, el texto constitucional fue generoso en iniciativas a favor de los pueblos indígenas, como la igualdad a partir de la diferencia, el pluralismo y la tolerancia; no sólo para los grupos étnicos, sino también para otros sectores tradicionalmente excluidos de las oportunidades y el desarrollo social.

²⁹ Marco Legal para los Derechos de los Pueblos en Colombia, Vemund Olsen, octubre de 2008.

Los postulados como la democracia, la participación, el pluralismo, la dignidad humana, la solidaridad (artículo 1), el reconocimiento y deber de protección por parte del Estado de la diversidad étnica y cultural (artículo 7 y 8), el reconocimiento de diversos idiomas oficiales -en sus respectivos territorios indígenas- (artículo 10), la inembargabilidad e imprescriptibilidad de los territorios indígenas (artículo 63), el respeto para que las comunidades étnicas adopten sus propios modelos de formación educativa (artículo 68), el respeto a la cultura en todas sus manifestaciones, la igualdad y la dignidad de las culturas que conviven en el país (artículo 70), la participación en el Congreso de la República (artículo 171 y 176), la posibilidad de que los pueblos indígenas ejerzan su propia jurisdicción dentro de su territorio (artículo 246), el reconocimiento de los resguardos indígenas como entes territoriales, así como su naturaleza de propiedad colectiva y no enajenable (artículo 286 y 329), los gobiernos mediante consejos conforme a sus usos y costumbres (artículo 330): Se consolidan como las conquistas de los pueblos indígenas a partir de la Constitución Política de 1991.

Respecto de las implicaciones en los referentes constitucionales, podemos apreciar que son múltiples los avances axiológicos y normativos que irradian el nuevo andamiaje institucional, al evidenciarse un importante cúmulo de reconocimientos y prerrogativas establecidas para los grupos indígenas. En primer lugar, se puede advertir un amplio catálogo de valores y principios que hablan de igualdad material, de autonomía de los pueblos, de diversidad, de respeto a la diferencia cultural.

El artículo dos de la Constitución consagra los fines esenciales del Estado, esta norma es la piedra angular de la nueva constitución junto con el artículo primero y el preámbulo de la misma. Allí la Constitución Colombiana se pone a tono con las más avanzadas y modernas doctrinas del constitucionalismo social, al proclamarse como una República democrática, fundada en el respeto de la

dignidad de la persona humana y la solidaridad, además de edificarse en compromiso por parte del Estado, la garantía de los principios, valores y derechos de la Carta Nacional.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha definido el concepto de la expresión “*dignidad humana*” en los siguientes términos: *Como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras, uno a partir de su objeto concreto de protección y dos a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo³⁰.*”

En este orden, como objeto de protección, la dignidad humana está integrada por la potestad de todo ciudadano de adoptar su propio proyecto de vida, el cual es único e irrepetible, y como tal, el Estado debe respetar y garantizar que cada persona pueda desarrollar satisfactoriamente de forma libre, autónomamente y sin injerencia alguna ni de los particulares ni del propio estado. Cada quien debe tener

³⁰ Corte Constitucional. M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Sentencia T-881/02

garantizada la posibilidad de fijar y proyectar libremente su plan de vida, como el derecho de ser feliz.

Pero este derecho no se agota en el aspecto subjetivo de cada ciudadano, como prenda de garantía de que ese proyecto de vida sea satisfactorio, el Estado debe brindar las condiciones necesarias de existencia en condiciones de bienestar y de esa manera trascender efectiva y materialmente en la existencia de cada ser. Y de allí su raigambre institucional como valor, principio y derecho fundamental.

La dignidad humana de los pueblos indígenas debe medirse y valorarse desde su propio imaginario, desde su propia percepción de la vida, del orden, de los valores y de la propia naturaleza; para los grupos étnicos no existe dignidad individual, la dignidad es un concepto colectivo y se estructura bajo la esencia del misterio de la vida misma, de la común unión entre el hombre y la naturaleza, desde un concepto místico y espiritual, desde un orden armónico que sostiene el equilibrio universal. Por tanto respetar su dignidad humana implica aceptar su cosmovisión del mundo, respetar su identidad, comprender que su vínculo con la naturaleza y por tanto con su tierra, implica entender que no puede existir desplazamiento, aún con autorización de los mismos, que tal determinación es irreparable y constituye una afrenta, un despropósito que termina confinando y occidentalizando a nuestras comunidades, esto es, de continuar permitiendo su destierro el Estado lentamente marchita la diversidad cultural y la vida de los indígenas.

De nada sirve que se reconozca su identidad, que se declaren imprescriptibles e inembargables sus territorios, que se reconozca su lengua, sí se sigue aceptado que prima un interés general basado en la imposición de la voluntad representada por el Estado, legitimada para disponer conforme a la Ley, de sus territorios, de sus recursos naturales, y se asuma como válido imponerles el concepto de reparación propio de la teoría de la responsabilidad y de los daños de occidente, como si a cambio de desterrarlos de sus hogares se pudiera monedear su

padecimiento, o se pudiera retrotraer esta situación gravosa con una reubicación sin más ni más.

6.6. Referente Legislación Interna

6.6.1. Decreto 1320 de 1998

Ya desde lo eminentemente legal, en el ordenamiento jurídico colombiano, en el año de 1998, se expidió por parte del Ejecutivo el Decreto 1320 por medio del cual se regula la consulta previa para pueblos indígenas y afrodescendientes frente a la explotación de recursos en sus respectivos territorios; según expertos y doctrinantes en la materia, con este instrumento el gobierno permitía a las comunidades involucradas ejercer su derecho a ser escuchadas, pero en sí la finalidad de la regulación era hacer expedito el proceso de explotación de las tierras³¹.

Esta grave circunstancia llevó a que la Corte Constitucional mediante sentencia T-652 de 1998, ordenará la inaplicación del Decreto 1320 por resultar contrario a la Constitución Política. No obstante, por tratarse de un decreto (acto administrativo), la demanda de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado no prosperó³².

³¹ FERGUS MACKAY. Sesión Especial del Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 2002.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicación número 5091 del 20 de mayo de 1999.

Ante esta circunstancia, cabe señalar que la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) elevó el caso ante el Consejo General de la OIT, además por considerarlo contrario al Convenio 169 de 1989, para el efecto se dispuso de la conformación de un Comité de expertos quienes estudiaron el caso concreto, principalmente la circunstancia de que el Decreto en comento no fue previamente socializado con las comunidades. Las conclusiones del Comité fueron aprobadas en su totalidad por el Consejo de Administración de la OIT en sesión 282 de 2001³³.

El anterior documento es categórico en señalar que la norma objeto de estudio viola el artículo 6.1 del Convenio 169, como quiera que la obligación de Consulta incluye aspectos como medidas legislativas o administrativas, lo que incluye reformas constitucionales, leyes, decretos, y/o cualquier decisión administrativa³⁴.

En el informe igualmente se señala que el concepto de consulta debe entenderse como una consulta efectiva que prevea aspectos como los tiempos o términos necesarios para que las comunidades indígenas puedan realizar un proceso de toma de decisiones, consultando conforme a sus propios estándares de participación de acuerdo a su modelo cultural.

En este punto existe un aspecto que llama profundamente la atención de la presente investigación, el Consejo de Administración de la OIT, según el informe del Comité de expertos, mediante los documentos GB276-17-1 y GF282-14-3 del año 1999, recomendó al Estado Colombiano modificar el Decreto 1320 de 1998, con el fin de ajustarlo al Convenio 169, se ha hecho caso omiso y se ha insistido en su aplicación bajo el amparo de la decisión del Consejo de Estado, desconociendo tanto las competencias de la OIT, y el bloque de constitucionalidad, junto a la propia decisión de la Corte Constitucional.

³³ Documento GB.282-14-03 de la OIT.

³⁴ Mackay Fergus, 2002.

6.6.2. Ley 685 de 2001

Mediante la Ley 685 de 2001, se adoptó el Código de Minas en Colombia, dicho estatuto señala que los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos. (Artículo 5).

Como podemos observar de entrada la norma monopoliza en cabeza del estado la propiedad y la disposición de los recursos minerales, dentro de la potestad de imperio a favor de la institución.

Por su parte, el Artículo 13 señala que son de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases, según esta consagración el Estado está habilitado para decretarse a su favor las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo.

En el capítulo III, referente a Zonas reservadas, excluidas y restringidas, se establecen las limitantes en materia minera, señalando como tales las *Reservas especiales*, consistentes en aquellas áreas en donde existan explotaciones tradicionales de minería informal, que se podrán delimitar zonas en las cuales temporalmente no se admitirán nuevas propuestas, sobre todos o algunos minerales, cuyo objeto es adelantar estudios geológico-mineros y desarrollar proyectos mineros estratégicos.

Se establecen también las *áreas libres*, que son objeto de reservas especiales que no quedaron vinculadas a los programas y proyectos mineros comunitarios, y quedan libres para ser otorgadas a los terceros proponentes, bajo el régimen ordinario de concesión.

Se crean por el gobierno las *Zonas de Seguridad Nacional*; por razones de seguridad nacional dentro de las cuales no podrán presentarse propuestas ni celebrarse contratos de concesión sobre todos o determinados minerales.

Asimismo se fijan las *Zonas excluibles de la minería*, en donde no podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación en razón a representar zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras. Estas zonas de exclusión serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales.

Para que puedan excluirse o restringirse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, el acto que las declare deberá estar expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras.

Pero la misma norma establece que la autoridad minera, previo acto administrativo motivado de la autoridad ambiental que decrete la sustracción del área requerida, podrá autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, con excepción de los parques, puedan adelantarse actividades mineras en forma

restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión.

Respecto de las Zonas de minería restringida, en el artículo 35 la ley señala que podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación: -citamos las que nos competen- c) En las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente; f) En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código; y que una vez consultadas las entidades a que se refiere este artículo, los funcionarios a quienes se formule la correspondiente solicitud deberán resolverla en el término improrrogable de treinta (30) días, so pena de incurrir en falta disciplinaria. Pasado este término la autoridad competente resolverá lo pertinente.

El artículo 37 prohíbe a las autoridades regionales, seccionales o locales para establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial.

El Capítulo XIV denominado Grupos Étnicos, establece que todo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades sin afectar los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos. Se define lo que se entiende por *Zonas Mineras Indígenas*, establecidas como tales por la autoridad minera con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los propios territorios indígenas, en estas zonas la exploración y

explotación del suelo y subsuelo se realizarán con participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

En estas zonas se ha fijado un concepto denominado Derecho de prelación de grupos indígenas, entendido como un trato preferente con ocasión a las solicitudes de licencias mineras que se otorgue sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena.

Otro aspecto que ha causado una fuerte polémica, es el relativo al concepto de territorio indígena, según la ley, entendido como las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituya. La Ley 21 de 1991 es a través de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

Pero pierde de vista el Código que según el artículo 13 del Convenio aprobado por la ley en comento, señala que los Gobiernos deberán respetar la relación especial de los pueblos indígenas con los valores espirituales de sus territorios, prescribiendo expresamente que *"la utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"*. Sin distinguir si las mismas son ocupadas o poseídas de forma temporal o definitiva. Lo que devela a toda luz la inconsistencia entre la Ley 685 de 2001 y la Ley 21 de 1991, con el agregado que ésta última hace parte del bloque de constitucionalidad.

Lo que realmente puede considerarse un avance es el concepto de Áreas indígenas restringidas, instituto que es definido como tal directamente por la

autoridad indígena dentro de la zona minera indígena, con esto la comunidad indígena tendría la competencia para señalar los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

Es de destacar asimismo, la consagración de la participación económica a favor de estos pueblos indígenas, por parte de los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas.

6.7. *Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*

Como se señalara anteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de estudiar y definir el régimen jurídico aplicable a los derechos de las comunidades indígenas frente al nuevo cisma constitucional implementado a partir de 1991. A continuación iniciaremos el recorrido que ha surtido la jurisprudencia del alto Tribunal en la materia, señalando que mediante sentencia T- 428 de 1992, con ocasión a la revisión del proceso de tutela promovido por la comunidad indígena de la Cristianía; mediante la cual se solicitaba la suspensión de la obra pública de la Vía Troncal del Café, obra que atravesaba una falla geológica que comprendía al asentamiento del resguardo, señaló la corte que además de versen afectados por la intromisión en terrenos para ellos sagrado, aspecto que de por sí atenta gravemente su existencia, su derecho a la propiedad se estaba conculcando con ocasión a los continuos deslizamientos que se presentaban a causa de los movimientos de la tierra.

En la citada sentencia, llama la atención de manera muy especial el alcance e interpretación que se le asigna al interés general. La Constitución establece la

prevalencia del interés general en su artículo primero, pero la misma constitución también establece numerosos valores relacionados con intereses particulares propios de la coexistencia de diferentes entornos sociales, económicos y culturales, de donde eventualmente se pueden presentar choques de intereses, pero lo novedoso es que según la Corte, la solución a éstos no puede ser siempre la aplicación de la regla del interés general, al respecto señaló la corte:

“(...) 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.... El progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual, así se trate de una minoría o incluso de una persona (...).”

Este criterio de interpretación en perspectiva diferencial es bien recibido respecto a la indagación del régimen jurídico de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, a la luz de la doctrina, la Constitución Política y los tratados internacionales, de donde se puede advertir un gran avance en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales a favor de las minorías étnicas por parte de la Corte Constitucional, al acertar en cierto modo en la definición de los derechos a la propiedad, al trabajo y al mantenimiento de la integridad étnica y cultural, como valores expresados en la Carta de 1991.

En sentencia T-104 de 1995 con ponencia del Doctor HERNANDO HERRERA VERGARA se indicó en esta misma línea:

“(...) El derecho de propiedad colectiva ejercida sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y los valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados

por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser eso su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. (...)”

En otra oportunidad, la Corte Constitucional Colombiana ratificó que la propiedad que ejercen las comunidades indígenas sobre sus territorios es un derecho esencial, al efecto, en Sentencia T-188 de 1993 respecto al tema alusivo al derecho a la propiedad colectiva señaló:

“(...) Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas:

“Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat. (...)”
(Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Etnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67.Pág. 18.)

En esta jurisprudencia de manera categórica la Corte Constitucional establece la caracterización fundamental de del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, lo anterior es afirmar que cuando se ve afectada la propiedad colectiva de las minorías étnicas éstos pueden invocar su reivindicación a través de la acción de tutela, a la par que estaría reconociendo un derecho fundamental a través de su doctrina jurisprudencial, pero lo más importante, agregando el concepto de hábitat.

Posteriormente en la sentencia T-405 de 1993 con ocasión a la cual trató el tema de la instalación de un radar para el control de las aeronaves del narcotráfico en el territorio de una comunidad indígena, la Corte alejándose de su posición anterior, de cierta manera planteó que la ubicación del radar en un territorio indígena, pese a que éste sea catálogo como sagrado por los mismos pueblos, no se deducía que con su ubicación estratégica se vulneraran los derechos fundamentales de la comunidad.

En esta oportunidad la Corte manejó un discurso desde la prevalencia de la institucionalidad frente al reconocimiento de derechos, y superpuso la garantía del orden público, la integridad nacional y la seguridad de los colombianos sobre los intereses colectivos del grupo étnico, al respecto señaló:

“(...) Este sistema de articulación del poder en el ámbito territorial, comporta que la decisión política y el derecho sean monopolio del Estado central.... Por lo tanto medidas como las adoptadas por el gobierno nacional.... En el sentido de instalar un radar para controlar el espacio aéreo y concretamente para detectar las aeronaves que sobrevuelan las zonas con fines de netamente de narcotráfico, es una decisión de Estado. (...)”
Negrilla nuestro.

No compartimos el cambio de parecer de la Corte en este fallo; pese a lo anterior, la Corte encontró afectado el derecho al ambiente sano y caracterizó la relación que existe entre medio ambiente y la forma de vida, como un medio que rodea la comunidad étnica y en ese sentido accedió a la protección por vía de tutela:

“(...) En efecto, en el presente caso encuentra la Corte que el medio ambiente ha sido afectado (aunque no en forma grave e

irremediable) por la instalación del radar de la Fuerza Aérea en la cabecera del aeropuerto del Araracuara y las consecuencias que de las operaciones del mismo se derivan. A ese convencimiento llegó la Corte después de practicada la inspección ocular sobre el mencionado terreno, en la cual tuvo la oportunidad de conocer de manera cierta y real, las afectaciones que sobre los recursos naturales se producen. (...)”

Como se observa, la protección se erigió sobre un aspecto que podríamos catalogar como colateral.

Mediante sentencia T-380 de 1993, la Corte planteó el problema que se presenta frente a la explotación de recursos naturales en relación con la integridad étnica cultural, social y económica de las comunidades que sobre ellas se asientan, situación que se agudizó aún más en las zonas de reserva forestal, que en muchas oportunidades exponen a un estado de vulnerabilidad a las minorías étnicas por la intromisión en su espacio territorial.

La Corte señaló en esa sentencia que el Constituyente condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que ésta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica, de tal forma que no se destruya ni se desconozca el estrecho vínculo de los indígenas con la naturaleza y desde luego con su territorio, de tal forma que ratificó la Corte el carácter de fundamental del derecho a la propiedad indígena, al respecto señaló:

***“(...) La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales. (...)*”**

Señaló la Corte también que la inacción estatal frente a los daños que se causen al territorio y medio ambiente de los grupos étnicos, dada la interdependencia biológica con el ecosistema, puede constituir pasivamente la perpetración de un etnocidio.

En sede de Tutela T-001 de 1994, señaló la Corte que la jurisprudencia ha definido que en principio a la tutela no procede para defender los intereses colectivos, ya que su propósito esencial es la protección de los derechos fundamentales, no obstante lo anterior, ha señalado que puede invocarse excepcionalmente cuando pese a existir de un interés colectivo, la situación invocada advierta afectaciones que repercuten de manera directa en daños o amenaza a derechos fundamentales individuales, en el caso concreto, en esta decisión la Corte entendió el interés de la comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales.

En la sentencia T-342 de 1994, la Corte señaló que la propiedad de la tierra colectiva y no enajenable que detentan las comunidades indígenas a través del reconocimiento constitucional (Artículo 329 de la Constitución Política) y legal de los resguardos, son instituciones conformadas por una parcialidad indígena que con un título de propiedad comunitaria posee su territorio y se rige para el manejo de este y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas o tradiciones culturales, y cuyos objetivos, entre otros, apuntan hacia la protección de un ambiente sano de un grupo étnico y cultural y a ello obedece el incalculable valor de su territorio.

En sentencia SU-037 de 1997, la Sala Plena sentó como garantía de la protección a los derechos de las comunidades indígenas y en observancia del tratado internacional convenio 169 de la OIT de 1989, aprobado mediante la Ley 21 de 1991, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales de su propiedad

colectiva, a tal punto que la referida participación a través de mecanismos de consulta, adquiere la connotación de **derecho fundamental**; señaló la Corte que la participación no se reduce meramente a una intervención, información o notificación sobre el proyecto de tal forma que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten formulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste a través de sus representantes autorizados, su inconformidad o conformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su integridad social, cultural, étnica y económica.

De acuerdo a lo expuesto, la Corte reafirma lo ya establecido en el Artículo 330 de la Constitución Política, en el cual a su turno es una reproducción del Convenio 169 de la OIT de 1989, en materia de protección y participación de las comunidades indígenas en los asuntos que las afectan.

La anterior línea se fortaleció con la Sentencia T-652 de 1998 respecto a la supervivencia del pueblo Embera-Katío y el impacto de la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica de URRÁ.

Categorícamente la Corte señaló en esta sentencia el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, esto es, de la procedencia de la acción de tutela para amparar el derecho colectivo a la propiedad de estos grupos, como quiera que con su violación se verían afectados los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social, económica, participación y al debido proceso del pueblo Embera-katio, todo ello, en atención a que el proceso de perfeccionamiento de la licencia ambiental no contó con la participación de los pueblos étnicos afectados con el macroproyecto, línea ratificada por la sentencia SU-510 de 1998.

Ahora bien, a pesar del anterior adelanto jurisprudencial, en la sentencia T- 634 de 1999, se evidencia un resalto en la jurisprudencia a nuestro sentir, en esta ocasión

de cara a la creación de un nuevo municipio sin que se haya consultado previamente a las comunidades indígenas que habitan el sector, la Corte señaló que la acción popular era la indicada y el mecanismo de control idóneo para la reivindicación de los derechos colectivos en juego a la luz de la Ley 472 de 1998 al respecto señaló:

“(...) si se considera vulnerado dicho derecho, hoy es objeto de una acción popular luego, dado el carácter residual de la tutela no es la tutela la vía adecuada. (...)”

Razón jurídica por la cual en dicha oportunidad negó el amparo.

En el 2002 mediante sentencia C- 418, en la cual se infiere que la Corte asume su anterior línea jurisprudencial, proclamando el pluralismo como postulado de trascendental importancia en la concepción del Estado Social de Derecho. La sentencia se profirió con ocasión a la demanda de constitucionalidad contra el Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 por la cual se escribe el Código de Minas. Afortunadamente la Corte reasume la interpretación que le había dado el Artículo 330, y reasume la línea establecida en la sentencia SU- 039/97 sobre el derecho fundamental a la consulta de las comunidades indígenas como garantía de sus derechos fundamentales.

Esta interpretación garantista ha sido acogida de manera pacífica en la sentencia C- 620 de 2003, T-880/2006, C-030 de 2008, en relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales como garantía de los derechos fundamentales entre ellos la propiedad colectiva y desde luego protegida mediante Acción de Tutela.

Existen dos fallos en los cuales nos detendremos un poco, nos referimos a la Sentencia C-030 de 2008 y a la Sentencia C-175 de 2009; en la primera,

expediente D-6837 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, tiene una especial relevancia jurídica para efectos de nuestra investigación, como quiera que la misma declara la inexecutable de la Ley 1021 de 2006, por la cual se expedía la Ley General Forestal, tema de trascendental importancia para los intereses y derechos de los pueblos indígenas. Como prueba de lo anterior veamos lo que dijo la corte en uno de sus partes:

“(...) en primer lugar como se ha expresado, las observaciones, que el gobierno acogió en su escrito de objeciones y que el Congreso encontró fundadas, son un claro indicativo de que el proyecto contenía aspectos susceptibles de afectar, y de manera muy sensible, a las comunidades indígenas y tribales (...)”

Es importante tener presente la relevancia de los temas ambientales para los pueblos indígenas ya que es un campo que involucra directamente sus intereses y derechos; la ecología, la biodiversidad, la fauna y flora son intereses superiores de los pueblos indígenas ya que comprometen sus proyectos de vida y sus territorios, de tal forma que es se plantea un problema que involucra su integridad étnica, cultural, social y económica, al respecto veamos:

“(...) Resulta indudable, en el anterior contexto, que una ley que regule de manera integral el manejo forestal en el país, afecta de manera directa y específica a los pueblos indígenas y tribales que habitan en zonas de alta incidencia de bosques, no sólo por el interés que tales comunidades tienen en participar en la definición de los elementos de un régimen nacional forestal, sino también por los conflictos que las distintas aproximaciones al tema pueden suscitar, en particular cuando, como en este caso se hace explícito en la iniciativa legislativa

un énfasis en la necesidad de promover la explotación maderera como elemento estratégico para el desarrollo económico. Ese énfasis puede resultar contrapuesto con la concepción que las comunidades tienen sobre el bosque, lo cual claramente apunta hacia la necesidad de la consulta orientada a lograr una conciliación de intereses. (...)

Conforme a este criterio de interpretación expuesto, se señala que la explotación y exploración de los territorios indígenas, afecta su integridad cultural, sus formas de vida, el derecho de propiedad colectiva e incluso, la autonomía de su jurisdicción frente a las actuaciones de las autoridades.

Este fallo en materia de derechos indígenas, su reconocimiento y respeto, ratifica la línea o doctrina constitucional de los casos de Araracuara en Sentencia T-405/93 por la instalación del radar en el resguardo de Monochoa, la Sentencia SU-039/1997, referente al caso de los U'wa, la Sentencia T-652/1998 alusiva al caso Urra pueblo Embera-Katío del Alto Sinú en lo que respecta a la consolidación del derecho a la consulta como derecho fundamental. Como se puede evidenciar, todos los anteriores juicios de connotada trascendencia en materia de derechos de los pueblos indígenas.

Precisamente el carácter de su trascendencia y el avance en materia de derechos con perspectiva diferencial, llevaron al máximo Tribunal Constitucional a declarar la inexecutable de la Ley General Forestal, por la carencia de la consulta legislativa **previa** a los grupos étnicos, de tal forma que para la Corte la falta de conocimiento y participación en una norma de tan marcado interés para las comunidades étnicas son razón suficiente para declarar su inexecutable.

Esta sentencia confirma la reivindicación de los derechos étnicos, en donde la consulta se ha constituido en el instrumento por excelencia para garantizar los

derechos fundamentales de las minorías étnicas, en la aplicación directa de los principios y derechos constitucionales reconocidos por la carta a las comunidades indígenas o amerindias.

Ahora bien, en la sentencia C-175 de 2009, expediente 7308 con ponencia del Magistrado LUIS HERNESTO VARGAS SILVA, la Corte conoció de la demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1152 de 2007, *“por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”*.

En esta decisión, expresamente la Corte señaló que la Consulta Previa a Comunidades Indígenas constituye un derecho fundamental, motivando su decisión en el entendido de que la Carta Política de 1991 es culturalmente heterogénea, de lo que se desprende su inequívoca intensión e interés del Estado Colombiano por la preservación de este tipo de comunidades, lo que demanda e impone la implementación de herramientas dirigidas a garantizar la identidad como minoría étnica y cultural.

La Constitución consagra expresa previsiones de preservación y de garantía de espacios de participación en los asuntos que los afecten, que a la par de lo establecido por los instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT, han permitido edificar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la existencia del derecho fundamental a la consulta previa por parte de las comunidades indígenas en todo tipo de decisión legislativa o administrativa. Al respecto la Corte señaló:

“(...) La jurisprudencia constitucional ha destacado cómo las estipulaciones del Convenio 169 de la OIT, establecen dos modalidades de obligaciones a cargo de los Estados signatarios, las cuales se muestran útiles para delimitar sus responsabilidades en cuanto a la protección de los

derechos de las comunidades indígenas y tribales. El primer grupo de obligaciones, referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.(...)”

En este fallo la Corte destaca las reglas fijadas respecto del derecho fundamental a la Consulta Previa, *dentro de esta interpretación se distingue entre dos niveles, uno general y uno particular: según los cuales, los pueblos indígenas deben contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los niveles de adopción de políticas estatales que les conciernan, en condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población, y de acuerdo con el carácter diferenciado de las comunidades tradicionales y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa. El segundo, relativo a las condiciones y requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que la consulta previa sea un mecanismo adecuado y efectivo para la protección de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, al igual que las consecuencias que acarrea el incumplimiento, por parte del Gobierno, del deber de consulta previa. Así, en lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT*

dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas, siendo éste un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. (C-175 de 2009).

Sin embargo, pese a que sin lugar a equívocos la Corte Constitucional ha avanzado en materia de reconocimiento de derechos occidentales hacia los pueblos indígenas, esta población aún padece del abandono estatal, tal como el mismo Tribunal lo reconoció recientemente en atención al Auto 099 de 2013, conforme al seguimiento del cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 respecto a las medidas de protección que se deben prestar a los pueblos indígenas víctimas del conflicto armado.

En la sentencia T-025 del 2004 se señaló que:

*“(...) Dada la condición de extrema vulnerabilidad de la población desplazada, no sólo por el hecho mismo del desplazamiento, sino también porque en la mayor parte de los casos se trata de personas especialmente protegidas por la Constitución – tales como mujeres cabeza de familia, menores de edad, **minorías étnicas** y personas de la tercera edad -, (...) Con el fin de corregir esta situación, es necesario que las distintas entidades nacionales y territoriales encargadas de la atención de la población desplazada, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal.(...)”*

Es importante este fallo en razón a que la Corte reconoce que los grupos Indígenas además de ser un sector de la población tradicionalmente excluido de las oportunidades de desarrollo, padecen por su condición, son proclives a ser objeto de víctimas del conflicto armado interno. Esto hace que exista una especie de padecimiento reforzado en desmedro de los derechos de los pueblos indígenas, lo que compromete sus derechos como colectividad así como los derechos de cada uno de sus miembros individualmente considerado, como quiera que se encuentran en condiciones de indignidad; razones entre otras, por la cuales la Corte declaró el estado de cosas inconstitucional frente a la situación de desplazamiento de las comunidades:

“(...) Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.(...)”

Igualmente llama la atención que un Tribunal de Constitucionalidad en pleno Siglo XXI manifieste que determinados postulados de la Constitución y del mismo sistema normativo en general, constituyen letra muerta frente a la realidad social que afronta el país, señalando que existe una incoherencia entre lo que prescribe el Estado desde lo normativo, frente a los medios para cumplirlo. Pero la Corte insiste en recalcar a las autoridades en su obligación de intervenir para corregir las desigualdades sociales:

“(...) Las autoridades están obligadas -por los medios que estimen conducentes – a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad.(...)”

Como se puede observar, se suma a la situación de derechos de los indígenas, la grave crisis humanitaria propia del conflicto, en la que son objeto de violaciones sistemáticas, permanentes y generalizadas, por parte de los diferentes actores del conflicto que termina por comprometer su supervivencia.

7. ANÁLISIS INVESTIGATIVO E INTERPRETATIVO

Conforme la recolección de la información relacionada, se iba realizando en la presente una valoración inicial, pero una vez recogida toda la información referente al problema de investigación, corresponde realizar el siguiente análisis desde una perspectiva más amplia.

En primer lugar se pudo advertir que en realidad no es pacífico el tema de los derechos de las comunidades indígenas en Colombia, pese a ello, con relación a la normatividad anterior a la Constitución Política de 1991 (Decreto 1634 de 1960, Ley 135 de 1961), se ha logrado un avance en la garantía de estos derechos diferenciales. Podríamos afirmar que en una primera etapa de la historia de la lucha por los derechos de los pueblos indígenas, el péndulo se inclinaba hacia su inclusión en el sistema.

Desde esta arista, sin lugar a dudas la Constitución Política de 1991 se erigía como una propuesta seductora no sólo para estos pueblos, sino para los diversos sectores excluidos por la sociedad tradicional colombiana.

Se destaca dentro de la investigación el significativo avance respecto de derechos y garantías que ha comportado el ordenamiento constitucional, revestido por un avanzado catálogo axiológico que implica una nueva forma de ver el derecho y de abordar los desafíos sociales propios de cualquier organización compleja.

Pero lastimosamente, puede afirmarse que la gestión gubernamental y legislativa no ha estado a la altura de la Constitución de 1991, a manera de ejemplo, como

resultado de la presente indagación, no encontramos política pública alguna, por lo menos contenida en un instrumento jurídico, sistemática, integral e incluyente, que adaptara la Política Pública Nacional en materia de Derechos de las Comunidades Indígenas. Omisión política con implicaciones legales y constitucionales que no deja bien parado al Estado, principalmente frente a sus compromisos internacionales plasmados en el Convenio 169 de la OIT que expresamente lo obliga a adoptar políticas públicas diferenciales o especiales, exclusivas para estos pueblos.

En el artículo dos, se consagra el deber de los gobiernos y estados de diseñar acciones coordinadas, o mejor políticas públicas, con el objetivo de proteger los derechos de los pueblos indígenas, garantizando el respeto de su integridad, su igualdad ante la ley y la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, sin perder de vista su identidad social y cultural, con el propósito de eliminar las barreras discriminatorias y de desarrollo social. Postulado que en nuestro estado lastimosamente no se cumple a satisfacción.

Por otro lado, de lo indagado puede concluirse que el establecimiento de derechos a favor de los pueblos se enfoca desde la perspectiva occidental, nacidos en un modelo económico, con un desarrollo histórico, cultural y social bastante distante de la realidad amerindia.

La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas del 13 de septiembre de 2013 y el Convenio 169 de 1989, son instrumentos internacionales que han nacido en las entrañas de los sistemas internacionales de protección de la comunidad occidental con proyección globalizante. Circunstancia que pone en duda la legitimidad y valides de sus postulados frente a las verdaderas necesidades de los pueblos y comunidades indígenas.

Frente a la declaración, como se expuso, cuenta con avances a destacar en cuanto a la libre determinación de los pueblos, el autogobierno y el derecho a mantener y desarrollar sus propios sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, se le agrega los términos de no a la asimilación forzada, y comunidad o nación indígena.

La declaración consagra el concepto de traslados con aviso previo y con un acuerdo sobre su justa indemnización, ingredientes que identificamos absolutamente inconvenientes frente a los derechos de los pueblos, pues los mismos dejan una puerta abierta para que so pretexto de lograr una indemnización económica, la empresa disponga ampliamente de los territorios de las comunidades indígenas.

Este instrumento igualmente adopta el deber estatal de realizar las consultas y coadyuvar sobre la base de la buena fe, con los pueblos indígenas, a través de instituciones representativas, en las iniciativas legislativas que los pueda afectar, lo que no contempla el instrumento es la verdadera dimensión o definición de la consulta, esto es, que pasa en caso de que como resultado de la consulta se entrase un conflicto, a favor de quien se resuelve, o si debemos entender que la salida es el factor indemnizatorio relacionado anteriormente.

Con relación a reconocimientos, la declaración contempla o reconoce que estas comunidades deben sostener y fortalecer su particular relación espiritual con las tierras, los territorios, el agua, los mares, y demás recursos que tradicionalmente

han hecho arte de su cultura ancestral, y este cometido debe ser asumido decididamente por los Estados.

Con relación al Convenio de la OIT Número 169 de 1989, se destaca su carácter vinculante y su incorporación a la legislación interna colombiana mediante la Ley 21 de 1991 y a su pertenencia al bloque de constitucionalidad (Art. 93 Constitucional).

Al igual que la Declaración, el Convenio otorga un lugar de preponderancia a la consulta, catalogándola como derecho frente a las decisiones que puedan afectar a estas comunidades en los términos de la Convención, señalando que los medios para el efecto deben ser pertinentes y apropiados y con la palpación de representantes autorizados. Es de manifestar que expresamente detalla que la consulta es un requisito frente a todo tipo de medida, sea esta legislativa o administrativa. Por tanto, de no consultarse a los pueblos, en los términos enunciados, se vería conculcado este derecho.

En los dos instrumentos se habla del respeto por su la elección de sus prioridades de desarrollo, económico, social y cultural, y del derecho que les asiste de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo gubernamentales nacional y regional en los aspectos que los afecten, en relación con sus condiciones de vida, trabajo, salud y educación, en otros términos, el Convenio obliga a planear con enfoque diferencia, siendo objeto los indígenas de **planes de desarrollo especiales**. Pero como se señaló, no existe ni política pública ni programas diferenciales integrales.

Frente a la función de administrar justicia, el panorama no es el más alentador, estado, pues se entiende del instrumento que debe aplicarse el sistema jurídico institucional con respeto de las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, preservando las costumbres e instituciones propias de estos pueblos, pero limita tal situación a que las costumbres y los usos, sean compatibles, esto es, que no vayan en contra del sistema legal, así como de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos.

Por otro lado, existe igualmente una dicotomía frente al concepto del término territorio o "tierras", en atención a que según el Convenio, debe entenderse por tal *lo que cubre la **totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera***, y su protección se extiende a los recursos naturales existentes en ellos. Empero, con la Ley 685 de 2001, se adoptó el Código de Minas en Colombia: éste señala en su artículo 123, denominado *Territorio y Comunidad Indígenas*, que *para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las **áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad**, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituya*.

Como se evidencia, el término de la ley 685 es restrictivo y limita el concepto a los territorios ocupados permanentemente, desconociendo que el concepto comprende 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, e incluso espirituales. (Artículo 2. Decreto 2164 de 1995). Circunstancia que afecta gravemente los derechos de los pueblos.

En esa misma línea, se introducen otros términos como la reubicación, pese a que existe la regla de no trasladado, pero como se palpa, con la excepción, que de ser necesario, se realice una reubicación con su consentimiento y previa indemnización.

No deja de desencantar las implicaciones de la decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicación número 5091 del 20 de mayo de 1999, frente a la exequibilidad del decreto 1320 por medio del cual se regula la consulta previa para pueblos indígenas y afrodescendientes, a pesar de que la Corte Constitucional en sentencia T-652/98 ordenó su inaplicación.

Esta decisión del Consejo de Estado desconoce las conclusiones y recomendaciones del Consejo de Administración de la OIT en sesión 282 de 2001 (Documento GB.282-14-03 de la OIT), que señalaron que el Decreto era atentatorio del artículo 6.1 de la Convención por no haber sido consultado con las comunidades involucradas. “Vaya contrariedad, el Decreto que regula la consulta no fue consultado”.

Qué decir del Código de Minas en Colombia que introduce nuevos conceptos como las *Zonas minería indígena*, en donde dan vía libre para que los indígenas adelanten proyectos de explotación minera, también asigna la competencia a la autoridad minera de señalar y delimitar dentro de los territorios indígenas, cuales son las zonas mineras indígenas en las cuales se podría desarrollar la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros, estableciendo concesiones para el efecto.

El único aporte de esta ley es el concepto de Áreas indígenas restringidas, el cual puede ser definido directamente por la autoridad indígena dentro de la zona minera indígena, pero lo que no se comparte es, que es el estado el que le dice al grupo, cuál es la zona a explotar y restringe la capacidad de decisión a aquellos terrenos de ocupación permanente, dejando por fuera y a merced de la empresa lugares de especial significado cultural, social y económico de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres, pero que no son utilizados de forma permanente.

Ahora bien, desde otra óptica, podemos ver que temas como la educación, la cultura, la objeción de conciencia, su lengua, entre otros; no han sido tratados por la ley ni la jurisprudencia con la misma importancia que ha correspondido al territorio, la razón que parece asomarse, es sencillamente la displicencia estatal por garantizar estos derechos íntegra y sistemáticamente a través de una política pública, lo que desencadena una atención desordenada y direccionada eminentemente por intereses de tipo económico.

El avance sin duda alguna, se representa en lo jurisprudencial, pues el instrumento de protección de la tutela, ha sido un mecanismo fundamental en el avance de los derechos de los pueblos indígenas, que a pesar de ser un mecanismo de proyección de derechos fundamentales individuales, según la jurisprudencia de la Corte, también es procedente para la protección de los derechos de las comunidades indígenas como el de la propiedad colectiva, que por su trascendencia y particularidades concretas reviste el carácter de fundamental.

Como quedó sentado, en las sentencias T- 188 de 1993, T-380 de 1993, C- 891 de 2002, SU- 383 de 2003, el concepto ***de territorio rebasa la concepción***

económica y la esfera jurídica que actualmente se la ha asignado, para las comunidades indígenas, dado que es imposible dividir sus territorios en zonas sujetas o no, de intervención, como quiera que culturalmente es considerada como una entidad espiritual ligada íntimamente a los misterios de la vida.

Pero obsérvese que a pesar de este reconocimiento jurisprudencial, el avance ha sido tímido en los apartes resolutivos de los fallos, pues el logro ha tenido límites claros, refiriéndose exclusivamente al derecho a la consulta, que se edifica sobre el derecho fundamental a la propiedad. Por tanto ha procedido el amparo en aquellos casos de estas comunidades que no han sido consultadas principalmente frente a iniciativas normativas, así como proyectos con impactos directos en sus territorios.

Sí se protege la consulta, no puede dejar de causar curiosidad preguntarse: qué sucede en los eventos en los que se haga la consulta pero no se llegue a un acuerdo con las comunidades afectadas?. Varias pueden ser las respuestas; en primer lugar sí se realiza la consulta, no procedería ya el amparo mediante la acción de tutela, como quiera que toda la jurisprudencia en la materia a girado en torno a sí se realiza o no la consulta; lo que correspondería analizar es si dicha consulta, se cumplió conforme los estándares fijados en el Convenio 169 de 1989, esto es, que dentro del procedimiento se escuchen a los pueblos involucrados a través de sus representantes autorizados y que dentro de este se tengan en cuenta los usos y costumbres de los mismos.

En este orden, procedería la acción de tutela ya no por la falta de realización de la consulta, sino por aspectos formales de la misma, por vicios en su forma; pero ciertamente esta circunstancia es muy amplia y poco clara, pues no existen criterios objetivos que le impongan al Estado, unos protocolos que deba seguir frente a una consulta. Se plantea entonces que debe realizar una audiencia, que

incluso es un deber de carácter normativo expresado en la Ley 21 de 1991 y el Artículo 330 de la Carta Política, por tanto, se esperaría que en observancia del principio de legalidad de la administración, existiera una reglamentación del procedimiento de concertación, información y participación; pero ni la constitución ni la ley han tenido el desarrollo que amerita un asunto de tanta preeminencia dentro de un estado social de derecho, por ser un asunto propio de derechos fundamentales.

Esto ha generado que sea la Corte la que tenga que impartir directrices al respecto. Recuérdese que existe el Decreto 1320 de 1998, que no fue diseñado ni implementado con la participación de los grupos indígenas, lo que ciertamente no tiene presentación alguna.

Además de lo anterior, otro aspecto desfavorable contenido tanto en el Convenio 169 como de la Constitución Colombiana, es que se permiten la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, por tanto, el discurso axiológico del respeto por la diversidad cultural y la diferencia se queda corto, pues cómo entender el respeto a los mismos, sino concebimos la verdadera dimensión de su vínculo especial con sus territorios desde una visión ancestral, espiritual e histórica, como parte esencial de su existencia misma. Si es así, entonces como podemos hablar de explotación de recursos en sus territorios?.

Si en realidad se estableciera el respeto a la diversidad cultural y étnica, si el Estado estuviera comprometido tanto con los derechos de los pueblos y con su pervivencia; cómo es que está permitido constitucional y legalmente la explotación de recursos en estos territorios?, No se debería hablar entonces de reubicación ni de indemnización, simplemente se respetaría el estatus de los pueblos y su libre autodeterminación.

Se infiere que el sistema es ampliamente invasivo de los intereses de los pueblos indígenas, como quedó demostrado, el estado impone el procedimiento de consulta, determina las zonas de explotación indígena, redefine unilateralmente el concepto de territorio y edifica una teoría de derecho fundamental a la propiedad colectiva; pero solamente en lo que respecta al derecho de consulta previa.

En su jurisprudencia la corte señaló que **“La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica legal, para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales** y que la omisión estatal frente a la toma de medidas en procura de la protección de daños que se causen al territorio y medio ambiente; constituyen pasivamente la perpetración de un etnocidio.

Que decir de lo expresado constitucionalmente sobre temas ambientales para los pueblos indígenas, pues es un campo que involucra directamente sus intereses y derechos; la ecología, la biodiversidad, la fauna y flora, como logros superiores de los pueblos indígenas, al comprometer sus proyectos de vida y sus territorios, de tal forma que se plantea un problema que involucra su integridad étnica, cultural, social y económica. En el mismo sentido ha señalado la jurisprudencia que *existen dos clases de deberes para el Estado: El primero, es el deber de adoptar e implementar las políticas, programas y medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones como de oportunidades entre los asociados, que al hacerlo, da cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población, en lo que la Corte ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”*. Y segundo, *el deber de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir.*

De qué sirve, en términos prácticos, toda la retórica, las palabras de paso, de las elaboradas frases que reivindican igualdad y derechos; cuando con el paso de los años las comunidades indígenas son menos en nuestro país y cada vez el conflicto, el abandono estatal, las políticas públicas y el desarrollo, marchitan la diversidad cultural étnica y social, terminando por condenar a la desaparición, del hermoso legado de nuestra historia.

8. CONCLUSIONES

- En materia de Derechos de los pueblos indígenas en Colombia, sin lugar a dudas la Constitución Política de 1991 significó un avance en el reconocimiento de derechos de pueblos tradicionalmente excluidos de la sociedad, el reconocimiento y deber de protección por parte del Estado de la diversidad étnica y cultural (artículo 7 y 8), el reconocimiento de diversos idiomas oficiales -en sus respectivos territorios indígenas- (artículo 10), la inembargabilidad e imprescriptibilidad de los territorios indígenas (artículo 63), el respeto para que las comunidades étnicas adopten sus propios modelos de formación educativa (artículo 68), el respeto a la cultura en todas sus manifestaciones, la igualdad y dignidad de las culturas que conviven en el país (artículo 70), la participación en el Congreso de la República (artículo 171 y 176), la posibilidad de que los pueblos indígenas ejerzan su propia jurisdicción dentro de su territorio (artículo 246), el reconocimiento de los resguardos indígenas como entes territoriales, así como su naturaleza de propiedad colectiva y no enajenable (artículo 286 y 329) y los gobiernos mediante consejos conforme a sus usos y costumbres (artículo 330): Se consolidan como la conquista de los pueblos indígenas a partir de la Constitución Política de 1991.
- No obstante lo anterior, en la práctica, solamente es profusa en la consolidación del derecho a la consulta previa en la toma de decisiones y proyectos que los afecten, tales como exploración y explotación de los recursos naturales que yacen en sus territorios, desarrollado por la Corte Constitucional.

- La gestión gubernamental y legislativa no ha estado a la altura de la Constitución de 1991, no se ha cumplido con la adopción de política pública alguna o programas de desarrollo especial y diferencial, que sean sistemáticas, integrales e incluyentes, diseñadas exclusivamente para las comunidades indígenas.
- El tema de la formulación de los derechos de los pueblos indígenas se han enfocado desde la perspectiva occidental, careciendo de un enfoque antropológico que nazca desde sus propias necesidades y realidades.
- En los instrumentos internacionales y en la Constitución Política de Colombia se imponen conceptos como el de traslados con aviso previo, justa indemnización, deber estatal de realizar las consultas y coadyuvar sobre la base de la buena fe, con los pueblos indígenas, a través de instituciones representativas, pero se reconoce igualmente que estas comunidades deben sostener y fortalecer su particular relación espiritual con las tierras, los territorios, el agua, los mares, y demás recursos que tradicionalmente han hecho arte de su cultura ancestral, y este cometido debe ser asumido decididamente por los Estados. Esto comporta un contraste poco armónico, entre imposiciones y reconocimientos de derechos.
- La Consulta como derecho corresponde a cualquier tipo de iniciativas no solo legislativas, sino administrativas o de cualquier índole que los pueda afectar. Pero se queda corto al momento de plantearse un caso como por ejemplo el de que como resultado de la consulta se entrase un conflicto. Qué pasa en este caso, a favor de quién se resuelve el mismo?.

- Uno de los factores más desfavorables es el de la dicotomía frente al concepto de territorio o "tierras"; pues según el Convenio, debe entenderse como ***la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*** y su protección se extiende a los recursos naturales existentes en ellos. Empero, con la Ley 685 de 2001, se adoptó el Código de Minas en Colombia, éste señala en su artículo 123, denominado *Territorio y Comunidad Indígenas*, que ***para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituya.*** Este último restrictivo, desconoce el concepto de 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 culturales, e incluso espirituales.
- En esa misma línea, se introducen otros términos como la reubicación, pese a que existe la regla del no trasladado. Esta se palpa, cuando hablamos de la excepción, de que de ser necesario, se realice una reubicación con su consentimiento y previa indemnización.
- No existe un desarrollo frente a temas como la educación, la cultura, la objeción de conciencia, su lengua, entre otros; ya que no han sido tratados por la ley ni la jurisprudencia, con la misma importancia que si se le ha dado al tema del territorio.

- Desde lo jurisprudencial, el avance sin duda alguna es más notorios, gracias a los fallos de la Corte Constitucional, principalmente en la aplicación del medio de protección de la tutela, que a pesar de ser un mecanismo de proyección de derechos fundamentales individuales, es procedente para la protección de los derechos de las comunidades indígenas.
- El sistema olvida que el territorio como concepto para los pueblos indígenas, es una institución compleja que rebasa la concepción económica y la esfera jurídica que actualmente se la ha asignado. El pueblo y sus habitantes son imposibles de dividir en zonas sujetas o no de intervención, como quiera que culturalmente es considerada como una entidad espiritual ligada íntimamente a los misterios de la vida. Esta concepción ha servido de redacción en fallos de la Corte, pero no refleja lo que en la realidad ha sucedido con los territorios indígenas y sus derechos.
- Desde la perspectiva respetuosa de los pueblos, si en realidad se quiere proteger la diversidad cultural, étnica y velar por su pervivencia: no se debería contemplar ni constitucional ni legalmente, la exploración y explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

9. BIBLIOGRAFÍA

Normativa nacional:

- Constitución Política de 1991
- Ley 135 de 1961
- Ley 21 de 1991.
- Ley 685 de 2001
- Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, ratificado por la Ley 145 de 1994.
- Convenio sobre la diversidad biológica, firmado en la Cumbre de Río en 1992 y ratificado mediante la Ley 165 de 1994.
- Decisión 391 de 1996 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sobre acceso a recursos genéticos.
- Tratado de Cooperación Amazónica (TCA), ratificado por la Ley 17 de 1981, el cual se fundamenta en el reconocimiento de los derechos indígenas y en la conservación de los recursos naturales de la cuenca amazónica.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por la Ley 74 de 1968.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la Ley 74 de 1968.
- Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificada por la Ley 22 de 1981.
- Decreto 1634 de 1960
- Decreto reglamentario 2001 de 1988
- Decreto 1320 de 1998
- Decreto 2591 de 1991

Jurisprudencial:

Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana:

- T-428 de 1992
- T-567 de 1992
- T-188 de 1993
- T-257 de 1993
- T-405 de 1993
- T-380 de 1993
- T-001 de 1994
- T-342 de 1994
- T-007 de 1995
- SU-039 de 1997
- T-652 de 1998
- T-525 de 1998
- T-634 de 1999
- C-418 de 2002
- C-620 de 2003
- SU-383 de 2003
- T-025 de 2004
- T-737 de 2005
- T-880 de 2006
- T-382 de 2006
- Auto 223 de 2006
- C-030 de 2008
- T-013 de 2009
- C-175 de 2009
- Auto 099 de 2013
- Corte Constitucional, Autos 004 y 005 de 2009.

Consejo de Estado Colombiano:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicación número 5091 del 20 de mayo de 1999

Internacionales:

- Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas del 13 de septiembre de 2007.
- Convenio No. 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957.
- Convenio de la OIT Número 169 de 1989.

- Consejo de Administración de la OIT en sesión 282 de 2001. (Documento GB.282-14-03 de la OIT).
- Consejo de Administración de la OIT, informe Comité de expertos, mediante los documentos GB276-17-1 y GF282-14-3 del año 1999.
- CIDH, Informe número 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004.
- Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No 79. Corte IDH, Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No 125. Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez Vs Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de noviembre de 2004. Serie C No 116.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No 79, párrafo 149.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No 125, párrafo 124, 131.
- Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs Guatemala. Reparación Costas y Sentencias. Sentencia del 19 de noviembre de 2004. Serie C No 116, párrafo 85
- CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakey Axa Vs. Paraguay. Referidos en: Corte IDH caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No 125.
- Corte Interamericana. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Doctrina

- Marco Legal para los Derechos de los Pueblos en Colombia, Vemund Olsen, octubre de 2008.

- Sesión Especial del Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, FERGUS MACKAY año 2002.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES SOBRE SUS TIERRAS ANCESTRALES Y RECURSOS NATURALES. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Diciembre de 2009.
- UICN, Fundación Natura Colombia, ICANH. Las mujeres indígenas en los escenarios de la biodiversidad. Editoras Elsa Matilde Escobar, Pía Escobar, Aracely Pazmiño, Astrid Ulloa. Bogotá. 2005.
- DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES SOBRE SUS TIERRAS ANCESTRALES Y RECURSOS NATURALES. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. 2010.
- RODRÍGUEZ Gloria Amparo. LA CONSULTA PREVIA CON PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES EN COLOMBIA. Bogotá: Universidad del Rosario, octubre de 2010.
- RODRÍGUEZ Gloria Amparo. El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. Bogotá. <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr040/od40-gloria.pdf>
- Apaza Nimia Ana. Derechos de los Pueblos Originarios. Foro de Intelectuales e investigadores indígenas de la Comunidad Andina, Lima, 4, 5 y 6 de julio de 2007.
- LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA INTEGRACIÓN ANDINA, Primer Foro de Intelectuales e Investigadores Indígenas. Lima 4,5 y 6 de Julio de 2007.
- RODRIGUEZ, Gloria Amparo. Artículo “Breve reseña de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas colombianas”. En Teoría Constitucional Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo. Universidad del Rosario. 2006.
- LOPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, EL DERECHO DE LOS JUECES: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales, teoría del derecho judicial, Bogotá D.C, 2004; Ediciones Uniandes y Legis.

