

María Alejandra Durán Castellanos

**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO**

Tutor: David Bondia García

DERECHO INTERNACIONAL

2013



dret al Dret

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------	---

Capítulo 1

EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

1.1. Introducción : Los pueblos en el Ordenamiento Jurídico Internacional	3
1.2. El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007	5
1.3. Informes del Relator especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas	10
1.4. La interpretación evolutiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	13

Capítulo 2

LA CONSULTA PREVIA Y EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

2.1. Introducción	19
2.2. El derecho a la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico colombiano	19
A) <i>La Constitución de 1991</i>	19
B) <i>La carencia de una Ley Estatutaria</i>	24
2.3. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional	27
A) <i>El derecho a la libre determinación de los pueblos y su conexión con la Consulta Previa</i>	28
B) <i>El alcance de la Consulta previa: ¿Quién, qué y cómo?</i>	29

C) <i>El consentimiento libre, previo e informado. Distinción entre “Consulta” y “Consentimiento”</i>	38
---	----

Capítulo 3

LA EFECTIVIDAD DE LA CONSULTA PREVIA: APRENDER DE LAS LUCHAS DEL SUR

3.1. Introducción	42
3.2. Los pueblos indígenas del Norte del Cauca su lucha por la dignidad	43
3.3. El derecho a la consulta previa ¿Un verdadero instrumento emancipador?	47
A) <i>Lo que podemos aprender del Sur</i>	48
B) <i>¿Hacia la "Yasunización" del mundo?</i>	51

CONCLUSIONES	54
---------------------	----

INTRODUCCIÓN GENERAL DEL TRABAJO

Actualmente existen alrededor de 300 millones de personas pertenecientes a comunidades indígenas repartidas a lo largo y ancho del planeta; cerca de ocho mil pueblos las reúnen y sólo en América Latina se encuentran unos 400, los cuales a su vez engloban aproximadamente 30 millones de indígenas.¹ Las raíces históricas de estos pueblos se remontan a tiempos lejanos, así como también su intento de exterminio, – aproximadamente 500 años atrás – algo que aún no cesa.

Diversos motivos – personales y académicos – me han llevado a elegir el Derecho a la Consulta Previa como tema principal del Trabajo de Final de Grado de Derecho. Varios factores han guiado a que me centre en el análisis de ésta figura jurídica pero realmente, han sido 3 los acontecimientos por los que tomé tal decisión: haber nacido en Colombia, país del que emigré de niña, la inquietud e interés por conocerlo, entender su historia y problemática. Vivir y estudiar desde la primaria en Barcelona y luego, al inicio de mis estudios en derecho, donde tuve la oportunidad de conocer mejor el conflicto armado que vive Colombia, desde hace ya más de medio siglo. La sangre que ha sido derramada por tantas personas por querer alcanzar la justicia y cambiar algo que no les gustaba del país ha sido demasiada. Muchos fueron callados con la violencia y la muerte, algo que ya es el pan de cada día para muchos colombianos y que forma parte de los titulares de los informativos semanales. El segundo acontecimiento que me hizo investigar acerca de este instrumento fue, el estudio del derecho. Al empezar la carrera comprendí nuevas cosas, como por ejemplo que las declaraciones solemnes de las constituciones desgraciadamente rara vez se cumplen o que hay una gran diferencia entre la igualdad formal y la material. Aprendí de mis propios profesores que “hecha la ley, hecha la trampa”, por lo tanto que el derecho necesita, más que la creación de infinitas leyes, personas que sepan interpretarlas y aplicarlas para que sean eficaces en la convivencia social. Finalmente, y no por ello menos importante, hace ya casi un año tuve la oportunidad de hacer un intercambio de un mes y medio en el Centro de Estudios Interculturales (CEI) de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Colombia. Durante esas semanas pude hacer un acompañamiento en la negociaciones entre el gobierno y diversos actores sociales que tuvieron lugar en Popayán, una ciudad cercana a Cali. Allí debatieron una infinidad de problemas que existen en la zona: desde conflictos territoriales entre campesinos e indígenas, hasta asesinatos de miembros de comunidades cometidos por los actores armados, pasando por el problema de la entrega de predios indígenas que desde hace muchos años el gobierno se ha comprometido resolver y que aún sigue creando conflicto entre las partes. Fue ahí donde comprendí las dimensiones y los efectos del problema agrario en

1 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid : Editorial Trotta, S.A., 2009, pág. 388

Colombia. Ahora todos los actores sociales y armados confluyen en un mismo territorio, y todos quieren tener su parte del pastel sin perder nada a cambio, seguramente porque todos han perdido mucho, quizás demasiado, a lo largo de estos años.

Existe por lo tanto una gran cantidad de temas interesantes por conocer, sin embargo, tenía una inquietud especial por la consulta previa ya que parecía – y parece – uno de los caminos por los que se debe seguir para que haya un mayor entendimiento social, sin que sea necesario tomar decisiones unilaterales basadas en la fuerza o la violencia.

Así, el interés concreto que tengo respecto a este instrumento jurídico se basa en la idea de que puede ser un elemento útil para la configuración de un Estado en el que realmente todos formen parte de él y tengan voz para aceptar o negar medidas que un gobierno concreto quiera implantar en aras del interés general de la nación. Por tanto, este trabajo tiene como objeto conocer las dimensiones que tiene el derecho a la consulta previa y, en definitiva, descubrir cuál es su sentido último. Para ello, me planteo dos preguntas: ¿es la consulta previa un instrumento adecuado para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia? Y, en ese caso, ¿Cabe la posibilidad de otros instrumentos?

La metodología que utilizaré es básicamente analítica y comparativa pues recopilaré las diversas fuentes existentes en el ámbito del que voy a hablar e intentaré explicarlas, relacionando los diferentes niveles normativos en los que se encuentran. Además, el conocimiento empírico que en cierto modo adquirí durante las prácticas en Colombia estará presente de manera transversal en todo el trabajo.

Voy a estructurar el trabajo en tres partes. En primer lugar, considero imprescindible empezar por el análisis de las fuentes legales – nacionales e internacionales – que regulan el derecho a la consulta previa, ya que partiendo de una base jurídica se podrá analizar mejor cuáles son los límites que tiene este derecho. Una vez hecho esto, pretendo conocer cuál ha sido el análisis que tanto la Corte Interamericana como la Corte Constitucional, en especial ésta última, han llevado a cabo al respecto y en qué derechos y principios generales han basado sus interpretaciones. Por tanto, uno de los objetivos principales de este trabajo es, en base a la normativa legal antes vista, saber cuál ha sido la conclusión a la que la doctrina mayoritaria de la Corte Constitucional colombiana ha llegado respecto a los requisitos que debe tener el derecho a la consulta previa en el caso concreto de los pueblos indígenas de Colombia. Ahora bien, en la última parte del trabajo intentaré demostrar las implicaciones prácticas que ha tenido este derecho en las comunidades indígenas y en la sociedad en general, así como en otras experiencias para, de este modo, reflexionar más acerca del significado que, más allá de lo jurídico, ha tenido o que puede tener para otros movimientos sociales.

CAPÍTULO 1: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

1.1 Introducción

Si bien en sus inicios el Derecho Internacional Público (en adelante DIP) no tenía entre sus prioridades la situación en la que se encontraban los pueblos, a mediados del Siglo XX, sobre todo después de la II Guerra Mundial se produjo una transformación en esta concepción, en donde el rol de éstos y su desarrollo como tales cobra una importancia antes no presente. A partir de ahí los pueblos pasan a tener la titularidad de importantes derechos, entre ellos el derecho a la libre determinación, considerado como uno de los principales, o el principal derecho de los pueblos, aunque no el único. La Carta de las Naciones Unidas en su artículo 1.2 reconoce como uno de sus propósitos fomentar las relaciones de amistad entre las naciones, relaciones que deben basarse en el principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos. Ahondando más en su reconocimiento, el artículo 55 de la misma confiere a la Organización el deber de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin hacer distinciones de raza, sexo, idioma o religión basándose de nuevo en el respeto a la libre determinación de los pueblos.

En todo caso, es necesario recordar que el **vocablo de "pueblo" ha sido muy discutido por la doctrina internacionalista** en relación con otras figuras y es, por tanto, un tema de largo alcance que no llegaría a ser correctamente explicado a lo largo de estas páginas. Ahora bien, si vamos a hablar de "pueblos indígenas" es imprescindible delimitar previamente al menos qué ha entendido la doctrina mayoritaria por el concepto "pueblo". En este capítulo veremos la distinción entre pueblos y poblaciones que realiza el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo pero por ahora cabe señalar que esta acepción – pueblo – se considera similar al concepto de "nación", es decir, a una “comunidad humana sobre la que se asienta el Estado”, por tanto a un sujeto que puede ser titular de ciertos derechos². Es por ello que al hablar de pueblo debemos analizar si cumple con los elementos objetivos y subjetivos que definen a su vez una nación: por un lado, como elemento subjetivo, el deseo colectivo de conformarse como independiente y, por otro lado, como elemento objetivo, la existencia de una lengua, raza, tradición y, por tanto, una cultura común. Estos últimos elementos objetivos son imprescindibles para que se pueda hablar de la existencia de un pueblo.

2 PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*. Decimocuarta edición. Madrid: Tecnos, 2010, pág. 260.

En este sentido, podríamos decir que los pueblos indígenas se reconocen como sujetos de derecho y como “pueblos” a partir de 1989, con el Convenio 169 que acabamos de nombrar y que explicaremos en seguida.

Ahora bien, si los pueblos indígenas son "pueblos" y tienen reconocidos los elementos antes citados **¿Tendrán, por tanto, subjetividad internacional?**

Desde una perspectiva técnico jurídica un sector de la doctrina entiende que los sujetos de derecho internacional son aquellos que “además de ser destinatarios de las normas tienen legitimación para reclamar por su incumplimiento o pueden incurrir en responsabilidad si son ellos quienes las infringen.” Ajustándonos a esta definición los pueblos, pese a los derechos que les han sido reconocidos, no serían sujetos de DI puesto que ello se reserva únicamente a Estados (quienes tienen la titularidad para defender los derechos de los pueblos) y a los individuos (en casos muy concretos). Además, según esta postura, ello no afectaría a la efectividad de los derechos que les han sido reconocidos puesto que “la mayoría de ellos están constituidos hoy en Estados soberanos e independientes (...) que hacen valer los derechos de los pueblos”.³

Ahora bien, también se ha defendido otra postura, según la cual los pueblos tienen una “subjetividad internacional limitada”, algo que veremos, defiende James Anaya, Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Sin embargo se debe adelantar que esta afirmación está directamente relacionada al derecho a la libre determinación. Ello lo podemos ver en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) así como en el de Derechos Económicos Sociales y culturales (PIDESC) – en adelante Pactos de Nueva York – donde se reconoce a los pueblos el derecho a elegir libremente su condición política y el desarrollo económico social y cultural que deseen⁴ y se añade en los mismos que “en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”. Posteriormente, en términos parecidos con la Resolución 2.625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, se aprueba la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados según la cual

En virtud del principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos (...) todos los pueblos tienen el derecho a determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir se desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta.

3 PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*, op.cit., pág. 282.

4 Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 1, 1966; Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 1, 1966.

En esta importante declaración se reconoce, en primer lugar, el derecho universal a la libre determinación de los pueblos y, en segundo lugar, se protege en todo caso la integridad territorial de los Estados considerados soberanos e independientes.

Ahora bien, el derecho a la libre determinación de los pueblos no se debe confundir con el llamado "derecho de las minorías" consagrado en el art. 27 del PIDCP ya que la denominación de un colectivo como "minoría", "población" y "pueblo" tendrá una consecuencias jurídicas de diferente alcance. Así pues, el Comité de Derechos Humanos en 1994⁵ hizo hincapié en la distinción que hace el PIDCP entre estos dos derechos. Si bien los pueblos indígenas en la mayoría de casos constituyen una minoría en los Estados donde se encuentran, el derecho a la libre determinación es de titularidad y ejercicio inherente a los pueblos, como sujeto colectivo y, por tanto, está dirigido exclusivamente a ellos.

Como se ha dicho antes, años más tarde, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 reconoce la existencia de los pueblos indígenas. Sin embargo, aquel reconocimiento no abarca el derecho a la libre determinación según la interpretación que la mayor parte de la doctrina ha hecho del art. 1.3 en donde el propio Convenio declara que el término de "pueblo"

no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse dicho término en el derecho internacional.

En cambio, como veremos, en la Declaración de los Pueblos Indígenas 2007⁶ sí se establece claramente la relación y pertenencia entre el derecho a la libre determinación y los pueblos indígenas.

Los siguientes tres apartados tienen como objetivo central señalar la reciente y novedosa regulación internacional existente en lo que se refiere a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, teniendo como punto de partida el derecho a la libre determinación. Además, se tendrá en cuenta el proceso por el que han pasado muchas de las organizaciones y organismos que los reconocen para llegar al presente momento. Si bien el elemento central de este trabajo es el análisis del derecho a la consulta previa, inevitablemente se hablará de aquellos derechos que lo complementan y otros que, en ciertos casos, deben ser objeto de ponderación.

5 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. *Observación general No 23, "Derechos de las minorías"*. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

6 Naciones Unidas. *Declaración de las sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, art 3, 2007*: "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."

1.2 El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los pueblos indígenas de 2007

La Organización Internacional del Trabajo desde inicios del Siglo XX ha tenido un papel activo en la promoción de los derechos laborales a partir del diálogo entre los diferentes actores para así promover la justicia social entre los Estados que ratifiquen sus Convenios. Además, estos Estados son supervisados por la Organización y, entre otras cosas, tienen el deber de informar periódicamente sobre la implementación que tiene el instrumento jurídico a nivel interno y en la práctica, de manera que los preceptos aceptados por éstos tengan una efectividad real. Teniendo en cuenta estos objetivos, a lo largo del Siglo XX la OIT ha aprobado dos convenios relativos a la protección de los pueblos indígenas y tribales.

En primer lugar se encuentra el **Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957** (en adelante C 107) el cual centró su interés por primera vez y de manera general en las condiciones de vida en las que se encontraban las "poblaciones" indígenas y tribales. Con el paso de los años este Convenio comenzó a ser objeto de críticas ya que enfocaba su interés en la necesidad de la protección de las poblaciones (vistas aún como sujetos menores de edad) y de una integración de éstas en el conjunto del Estado moderno, por lo que defendía su carácter temporal, sin reconocerlas como identidades permanentes y capaces de aportar algo distinto a la sociedad. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo primero del Convenio, el cual afirma que éste se aplica a las poblaciones "cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional." Por otro lado, en el texto no se menciona en ningún momento el deber de consultar a las poblaciones en cuestión. Únicamente se refiere al derecho que éstas tienen de dar su libre consentimiento en caso de que vayan a ser trasladadas de un territorio a otro pero seguidamente se limita este derecho al desarrollo económico del país en el que las poblaciones debían integrarse⁷

Sin embargo, este texto fue un primer paso al reconocimiento de los derechos de los pueblos, reconocimiento e interés que fue aumentando progresivamente en la década de los setenta junto a la visibilización cada vez más intensa de los pueblos indígenas a nivel internacional.

En segundo lugar, encontramos el **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989**. Con él se llega a una

⁷ OIT, *Convenio No 107, art 12*, 1957: "No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones."

siguiente fase en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, empezando por el cambio de vocablo, el cual pasa de ser "poblaciones" a "pueblos". Ahora bien, pese a que su denominación cambia, en el Convenio no se define qué se entiende por pueblos indígenas y tribales sino que se limita a determinar cuándo estaremos ante un pueblo indígena y cuando estaremos ante un pueblo tribal. Se hablará de pueblo indígena cuando éste tenga una cultura y un modo de vida que lo distinga de otros colectivos de la población (como por ejemplo el método de subsistencia); cuando exista una organización social y unas instituciones políticas propias y, principalmente, cuando se encuentre ligado a un territorio donde habitaron sus ancestros. Sin entrar en más detalles, es interesante destacar que, pese a esta designación, el propio Convenio establece la cláusula de salvaguarda del art.1.3 ya mencionada.

Sin embargo, el C 169 OIT reconoce a los pueblos indígenas como pueblos autónomos y a partir de esta autonomía confiere a los gobiernos de los Estados ciertos deberes, entre los que se encuentra la obligación de consultar. Desde un principio establece de qué manera deberá realizarse la consulta:

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁸

El Convenio no se refiere directamente al consentimiento libre, previo informado sino que, en determinadas situaciones (véase el traslado excepcional y la reubicación de los pueblos ex art. 16.2) será necesario un consentimiento “dado libremente y con conocimiento de causa.” Sin embargo, añade en seguida que cuando este consentimiento no se pueda dar, el traslado y la reubicación podrán darse siempre que se sigan los “procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional.”

A partir de ahí vemos la relación entre libre determinación y el derecho a la consulta previa que se deriva directamente de éste. Pese a que el Convenio no abarcaría el derecho a la libre determinación como consecuencia de la cláusula de salvaguarda del artículo 1.3 , algunos autores defienden que ello no es un obstáculo para su reconocimiento ya que los Estados que han ratificado los Pactos de Nueva York se ven vinculados jurídicamente por dicha vía (y luego además por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales como sucede en Colombia), al derecho de la libre determinación. Seguidamente, el artículo 7 recuerda que el derecho a la participación de los pueblos sirve para “controlar su propio desarrollo económico, social y cultural y que por ello deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional

⁸OIT, *Convenio No 169, art. 6.2, 1989.*

susceptibles de afectarles directamente.” Dicho esto, el derecho a la libre determinación estaría ligado con la necesidad de que los pueblos participen en aquellas medidas que, dentro del Estado en el que se encuentren, afecten directamente sus estructuras sociales, económicas y culturales.

Por otro lado, en diferentes preceptos del Convenio se establecen los actos que deberán consultar los gobiernos con los pueblos indígenas. Entre el articulado destaca el art. 6.1 referente a la necesidad de consultar medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos; el art. 15 dirigido a proteger especialmente el derecho de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus territorios, por lo que, aunque el Estado sea propietario del subsuelo o bien tenga otra clase de derechos sobre la tierra, deberá consultar para determinar si puede haber perjuicio para las comunidades y en qué medida; por último, el art. 17.2 habla del deber de consulta en los casos de enajenación de tierras o transmisión de derechos que sobre éstas tiene la comunidad.

Pese al importante reconocimiento que el Convenio hace al derecho de consulta previa, no crea una lista definitiva y cerrada ya que veremos cómo otros instrumentos, ya sea la Declaración del 2007 o la importante jurisprudencia de la Corte Interamericana, han ido ampliando el objeto de consulta.

Por último, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (en adelante Declaración de 2007) ha sido el resultado de años de diálogo y debate en el seno de Naciones Unidas, en donde se recopilan la mayoría de las luchas históricas que han librado estos pueblos.

Pese a que la Declaración no tiene carácter vinculante, en palabras de Rodolfo Stavenhagen,

refleja el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas (...) y reafirma que las circunstancias especiales de su existencia como pueblos discriminados y despojados de sus recursos ancestrales durante largo tiempo, requieren una atención particular de los Estados y de la comunidad internacional.⁹

Así, la Declaración recoge, en primer lugar, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en su artículo 3 según el cual

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Como vemos, la libre determinación de los pueblos indígenas se define en términos muy similares a aquellas otras Declaraciones e instrumentos internacionales relativas a la libre determinación de los pueblos en general, que le han precedido en el tiempo. En relación a los debates que se generaron acerca de éste derecho y de cómo afectaba a la soberanía territorial de los Estados independientes, el relator James Anaya recuerda que el derecho a la libre determinación no implica necesariamente el

9 Boletín ONU. *La adopción de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, un momento histórico para los derechos humanos*. [en línea] Comunicado No. 07/107, 14 de septiembre de 2007 [Consulta: 14 marzo 2013] Disponible en: <<http://www.cinu.mx/comunicados/2007/09/la-adopcion-de-la-declaracion>>

derecho a la independencia y que, pese a que el Derecho Internacional sea un derecho que tiene como principales actores los Estados, también debe ocuparse de los derechos humanos en esencia, como es el caso del derecho a la libre determinación. Es por ello que la libre determinación no tiene entre sus atributos esenciales la estatalidad o soberanía sino los modos “en que las personas y los grupos forman sociedad y sus instituciones de gobierno.”¹⁰

Es decir, si bien uno de los orígenes de este derecho es el papel reparatorio que jugó en el periodo de descolonización en los años 60 con la configuración de nuevos Estados, la concepción sustantiva del derecho a la libre determinación puede ser un camino para su mejor comprensión a partir de la cual se le conciba como

el derecho de todos los pueblos a controlar sus propios destinos en condiciones de igualdad. Esto no significa que cada grupo que puede ser identificado como pueblo tiene un derecho libre y permanente de formar su propio estado (...) más bien significa que los pueblos tienen el derecho de participar con igualdad en la constitución y desarrollo del orden institucional gobernante para el que viven y, además, de que ese orden de gobierno sea uno en el que puedan vivir y desarrollarse libremente de manera continuada.¹¹

A pesar de esta nueva concepción, lo cierto es que la soberanía de los Estados en muchas ocasiones limita e incluso desconoce la aplicación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas hasta el punto, en ocasiones, de violar sus derechos en pro del interés nacional. En estos casos, el Relator señala que la comunidad internacional así como los mecanismos de protección derechos humanos pueden entrar en juego, algo que generaría tensión entre los propios Estados y, sin embargo, necesario.

En esta reciente declaración también encontramos reconocido el derecho a la consulta previa en el caso de la adopción de las medidas legislativas y administrativas los términos de la buena fe y la representatividad de sus instituciones como pueblos, para así obtener su consentimiento libre, previo e informado

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado¹²

10 ANAYA , James. *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración*, pág. 6. [en línea] [Consulta: 14 marzo 2013] Disponible en:

<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/1574/anaya-derecho-libredeterminacion-pueblosindigenas-2010.pdf> >

11 ANAYA , James. *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración*, pág. 7. [en línea] <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/1574/anaya-derecho-libredeterminacion-pueblos-indigenas-2010.pdf> >

12 Naciones Unidas. *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos indígenas*, 2007, art. 19.

Es importante tener en cuenta que en los más de veinte artículos que se refieren a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan, se reconoce paralelamente dos tipos de participación: en primer lugar aquella que se lleva a cabo en sus procesos internos

Los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en sus asuntos internos y locales (art. 4)

y, en segundo lugar, aquella en donde la comunidad puede,

expresarse externamente “en la vida política, económica, social y cultural del Estado”(art. 5) y “en las decisiones que los afecten o afecten a sus derechos” (art. 18 y 19).

En lo referente al segundo tipo de participación, para los casos de extracción o explotación de recursos naturales y, por tanto de la aprobación de proyectos en los territorios indígenas, el art. 32 señala prácticamente con las mismas palabras del art. 19 la necesidad de una consulta con la comunidades basada en la buena fe, mediante las instituciones representativas de éstas. Sin embargo, al referirse al consentimiento libre, previo e informado, requiere que, a diferencia del art. 19, éste se obtenga antes de la aprobación de cualquier proyecto de este ámbito. En este sentido cabe matizar que el consentimiento se plasma más claramente como un fin al que se debe llegar necesariamente antes de la aprobación de cualquier proyecto que tenga una repercusión directa en los pueblos.

Por último, el art. 30.2 establece que los Estados deberán consultar a los pueblos indígenas previamente a la realización de alguna actividad militar en sus territorios y enfatiza la necesidad de que dichas consultas se realicen mediante la instituciones que legítimamente les representen.

Como vemos, la consulta se muestra reforzada con el consentimiento libre, previo e informado, y se le da a éste una relevancia que no advertimos con el C 169 OIT, pese a que los 2 instrumentos tienen como fin la obtención del consentimiento por parte de las comunidades.

Cabe señalar que el Estado Colombiano se abstuvo en la votación de la Declaración y un año después planteó 3 salvedades para aceptarla. Todas estaban relacionadas con la consulta previa y su relación con el consentimiento previo libre e informado, a título de ejemplo la referida a la adopción de medidas legislativas y administrativas del nombrado art. 19. Es decir, el gobierno Colombiano se adhirió a la Declaración aunque sin reconocer todos los elementos que conforman el derecho a la consulta previa.

1.3 Informes del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

La importante figura del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas se enmarca dentro del trabajo que realiza en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en este ámbito y

desarrolla sus actividades colaborando con el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Esta figura, creada en el año 2001, tiene entre sus objetivos: examinar cómo superar los obstáculos que impidan una protección eficaz de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas; solicitar y recibir información de los gobiernos y de los pueblos indígenas sobre las posibles violaciones a sus derechos, todo ello a fin de redactar recomendaciones sobre las medidas necesarias que se deberían adoptar para evitar cualquier tipo de violación; y, finalmente llevar a cabo, si es necesario, realizar visitas a los países involucrados.

Pese a que los informes que presenta ante el Consejo de Derechos Humanos no tienen carácter vinculante para los Estados, contribuyen a mostrar la situación en la que se encuentran los pueblos en cada Estado, de manera individualizada, por tanto pueden convertirse en una herramienta útil para los propios pueblos en la defensa de sus derechos ante los tribunales.

Años antes del nombramiento de un relator especial, Naciones Unidas llevó a cabo una serie de investigaciones esporádicas sobre la situación de los pueblos indígenas en el mundo. Entre ellas destaca el **informe del relator especial Martínez Cobo del año 1971**, un antecedente importante para el derecho a la consulta previa que actualmente está tan presente en la lucha de los pueblos. Este informe se realizó a partir de una recomendación que hizo la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías para que se llevara a cabo un estudio sobre la problemática de la discriminación que sufrían las "poblaciones" indígenas y tuvo una gran influencia en el contenido del C 169 a partir de su perspectiva frente al concepto de pueblo indígena. Así, Martínez Cobo define a los pueblos indígenas como comunidades que se ubican en el territorio antes de la invasión colonial y que se consideran distintos a otros sectores de la sociedad que son los que predominan en el Estado. Es decir, se les caracteriza como minorías que tienen como objetivo transmitir a las generaciones futuras sus territorios y costumbres ancestrales y su identidad étnica "como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas jurídicos."¹³ Por otro lado, Martínez Cobo analiza ya desde un principio la importancia del derecho a la libre determinación de los pueblos como condición *sine qua non* para el reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, entre ellos la propia consulta previa.

Así, desde el año 2001 los encargados de llevar a cabo esta labor han sido Adolfo Stavenhagen y, desde el primero de mayo del 2008 James Anaya.

Durante el año 2009, el relator emitió un informe sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Chile en donde habló de los principios internacionales aplicables a la consulta previa,

13 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, op.cit., pág. 389.

añadiendo que “no existe una única fórmula para todos los países y para todas las circunstancias en relación con el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas.”¹⁴

El derecho a la consulta previa ha sido ya desde los primeros informes un tema crucial a tener en cuenta en la vulneración de los derechos fundamentales de muchos pueblos indígenas en el marco de un conflicto armado que, no se debe olvidar, existe en Colombia desde hace más de 40 años. En el informe de 2004 ¹⁵se denuncia la presencia militar en los resguardos sin haber previamente consultado con la comunidad y poniendo en situación de riesgo a todos los habitantes del territorio ya que también cuenta con presencia guerrillera y paramilitar. Pese a que la consulta previa está constitucionalmente reconocida, en palabras del relator este derecho es uno de los más reclamados por los pueblos y a la vez uno de los más incumplidos por el gobierno ya que, pese a la aprobación de diversas leyes y decretos que intentan desarrollar este instrumento, su implementación en las comunidades es deficiente.

El informe que realizó el Relator James Anaya del 2010¹⁶ sobre Colombia es un instrumento internacional crucial para entender cuál es la realidad política, jurídica y social que viven los pueblos indígenas en Colombia y la fuerte implicación que tiene el derecho a la consulta previa y su efectividad en el reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas. Aunque el informe inicia diciendo que el Estado colombiano ha prestado atención a las observaciones hechas años anteriores, el relator se refiere a una serie de "grandes desafíos", entre ellos la consulta previa. Se denuncia así, entre otras muchas problemáticas a las que luego se hará referencia en los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, la configuración deficiente de las consultas con las comunidades relativas a los mega proyectos que se quieren llevar a cabo en territorios indígenas así como la falta de observancia de los estándares internacionales que existen para que dichas consultas se realicen correctamente; además, la persistente presencia militar en zonas indígenas y el uso de niños como informantes de la fuerza pública lleva a la transformación de los habitantes de las comunidades en objetivos militares; el relator denuncia fuertemente la grave situación en la que se encuentra el pueblo Awá el cual, a partir de una masacre perpetrada justo días después de la visita del relator, tuvo que desplazarse masivamente, pese a las continuas denuncias que realizaron sus líderes y pese a que el gobierno había aprobado un plan de salvaguarda. Es decir, a pesar de la adopción de medidas jurídicas éstas no se aplicaron correctamente por el gobierno éste no pudo, y sigue sin

14 ANAYA, James. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. 5 de octubre de 2009. Doc. A/HRC/12/34/Add.6.

15 STAVENHAGEN, Rodolfo. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Misión a Colombia*. 10 de noviembre de 2004. Doc. E/CN.4/2005/88/Add.2.

16 ANAYA, James. *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior*. 8 de enero de 2010. Doc. A/HRC/15/34/

hacerlo, proteger a este pueblo, actualmente en grave peligro de extinción. El informe solicita que se consulten estos planes de salvaguarda que afectan directamente a las comunidades para que éstas puedan participar en la implementación y desarrollo de aquéllos.

Pese a que en páginas posteriores precisaremos el significado y la relación del consentimiento previo, libre e informado, por ahora es importante decir que, en lo relativo a esta figura, en el **informe de Rodolfo Stavenhagen de 2007**¹⁷ se nombraron los elementos que deben conformar este instrumento, sin perjuicio del desarrollo jurisprudencial que luego se ha hecho sobre cuestiones concretas. Así, el relator analiza la necesidad de que el consentimiento se realice con la suficiente antelación y respete la cronología de los procesos de consulta con los pueblos indígenas; que no haya ningún elemento de intimidación, coerción ni manipulación en el consentimiento. Para ello deberá facilitarse una información adecuada que abarque, entre otras cosas, la naturaleza, ritmo y embergadura de la actividad o proyecto propuesto, el objeto de la actividad y los posibles impactos económicos, sociales y ambientales; en tercer lugar y relacionado con lo anterior, la información debe ser precisa, accesible y comprensible para las comunidades; en cuarto lugar, los pueblos deben informar qué instituciones están autorizadas para representar su consentimiento y, finalmente, las consultas deben realizarse de buena fe. Es decir, se debe negociar en el marco de una participación plena y equitativa por lo que debe haber una adecuada comunicación entre las partes.

1.4 La interpretación evolutiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) son los principales órganos que creó el Sistema Interamericano para proteger y promocionar los Derechos Humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (CADH) define con bastante detalle la organización, competencia y funciones así como el procedimiento que se debe llevar a cabo para que la Corte vea del asunto.

Una de las funciones que tiene la Corte (art. 62.3 y 63.1 Convención) es la posibilidad de decidir respecto de las violaciones que la CADH que la CIDH o bien los Estados parte de la Convención aleguen. Es decir, lleva a cabo una tarea contenciosa en donde tramita casos individuales siempre y cuando hayan sido previamente conocidos por la Comisión. Además, las resoluciones que emita son vinculantes para los Estados que hayan ratificado la Convención y que a su vez hayan aceptado su competencia. Entre ellos se encuentra el Estado Colombiano.

17 STAVENHAGEN, Rodolfo. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. 15 de noviembre de 2007. Doc. A/HRC/6/15

Sin embargo, la Corte no empezó a referirse a los derechos de los pueblos indígenas hasta el año 2001 a partir de la sentencia *Awas Tingni* de la que hablaremos enseguida. Si observamos los artículos de la Convención Americana veremos que la palabra “indígena” no está presente en ningún momento, es decir, en los elementos normativos del sistema interamericano no hay una referencia directa a los derechos de los pueblos indígenas. La importante consecuencia de estas dos realidades es que aún quedan muchos aspectos en tema de derecho indígena que la jurisprudencia de la Corte puede desarrollar.

En este sentido, debemos referirnos a la llamada “**interpretación evolutiva**” de los derechos que ha realizado la Corte para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos humanos. A modo de ejemplo, en el caso *Awas Tingni* reconoce la importancia de relacionar y complementar entre sí diversos instrumentos internacionales, dejando atrás la interpretación restrictiva de los derechos y dándoles un nuevo sentido. Su concepción acerca de lo que debe ser una interpretación evolutiva favorable al fortalecimiento de los derechos humanos se puede ver cuando declara que

los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.¹⁸

De este modo, la Corte es favorable a la interpretación de la norma de acuerdo con la realidad del sistema en donde se aplique y no tanto con el momento histórico en donde se configuró. Ello lo veremos claramente a partir de la re interpretación que hace del derecho a la propiedad en la forma en que la reconoce en la Convención.

Destacaré 3 sentencias hito en lo referente a la consulta previa que, si bien las separa casi una década de diferencia, sus razonamientos son conocidos por haber concretado e interpretado progresivamente los derechos establecidos en el CADH, pese a haber creado a su vez un gran debate en el seno del Sistema Interamericano.

En primer lugar, el caso de la **Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua** del año 2001. En este caso la Corte le da una nueva dimensión al art. 21 relativo al derecho de propiedad privada aplicándolo a la realidad de los pueblos indígenas. En dicho artículo se establece que:

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.

18 Sentencia de la CorteIDH , caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, de 31 de agosto de 2001

Es decir, se establece el derecho de propiedad en su dimensión liberal clásica, reconociendo la propiedad privada de toda persona, individualmente. A partir de este reconocimiento, la Corte analiza el concepto de “bien” como aquello que incluye en su significado no sólo aquellos objetos materiales apropiables sino también objetos inmateriales “susceptibles de tener valor”. De ahí que, según la Corte, durante los trabajos preparatorios de la Convención se modificara la expresión “toda persona tiene derecho a la propiedad privada” por “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”, precisamente para otorgarle al precepto un sentido más amplio. Por eso la Corte considera que el art. 21 no sólo protege el derecho a la propiedad privada sino también “los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.”¹⁹

En definitiva, el territorio se determina como rasgo fundamental en la definición pueblos indígenas a partir del cual el derecho de propiedad no sólo debe abarcar la posesión material de esas tierras sino también el uso y goce pleno de éstas para preservarlas como legado espiritual y cultural a las generaciones venideras para así, poder conservar su identidad como pueblos. En suma, no se puede hablar de la existencia de pueblos indígenas sin referirnos a la tierra y al territorio que habitan y a cómo interactúan con todo lo que hay en él. Por tanto, al hablar de derecho de consulta previa también se hablará del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos , o propiedad comunal sobre ese territorio, el cual les confiere ese derecho a ser consultados.

Años más tarde, en el caso **Saramaka Vs Surinam en 2007**, siguiendo la línea del caso Awas Tingni, la Corte reflexiona acerca de diversos aspectos, entre ellos la definición del pueblo Saramaka como pueblo tribal, no indígena. La Corte considera que los saramakas son un pueblo tribal porque éste fue trasladado al Estado de Surinam durante la época de la colonización, por lo que “no es indígena a la región que habitan”²⁰. Sin embargo, debido la estructura social y a la relación espiritual que tiene con el territorio, el pueblo Saramaka comparte muchos elementos también presentes en la definición de pueblo indígena como por ejemplo identificar y regular los territorios que habitan a partir de sus propias tradiciones y costumbres, por lo que se diferencian del resto del sector nacional. A partir de este hecho y basándose en la interpretación que se hizo en el caso Awas Tingni del art. 21 y 29 de la Convención, la Corte llega a la conclusión de que, pese a que el Estado de Surinam no ratificó el CV 169 ni reconoció el derecho a la propiedad comunal en su derecho interno, sí ratificó en cambio el art 27 PIDCP, por lo que el derecho de propiedad,

19 Sentencia de la CorteIDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, de 31 de agosto de 2001.

20 Sentencia de la CorteIDH, caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007.

protegido a partir del art. 21 de la Convención e interpretado según el art. 27 PIDCP, otorga al pueblo de Saramaka el derecho a la propiedad conforme a su tradición comunitaria.

Una vez aceptado y reconocido este derecho de propiedad colectiva al pueblo Saramaka, se pregunta en qué medida dicho derecho puede llegar a ser restringido por parte del Estado ya que el derecho de propiedad no es un derecho de carácter absoluto. De este modo, la Corte configura un test a partir del cual se permitiría al Estado la limitación del uso y goce del derecho de propiedad, siempre y cuando dichas restricciones

a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.²¹

Ahora bien, la Corte añade como quinto requisito que dicha restricción no puede implicar la “denegación de su subsistencia como pueblo tribal”. Para ello se configuran 3 salvaguardas: se deberá garantizar al pueblo Saramaka la participación efectiva en el proceso de toma de decisiones “conforme a sus costumbres y tradiciones”; la economía tradicional del pueblo se debe beneficiar “razonablemente”; finalmente, se debe realizar, previamente al inicio de la obra, una serie de estudios de impacto ambiental por entidades ambientales independientes.

Estas restricciones nos recuerdan el principio de proporcionalidad que el Tribunal Constitucional español utilizó para proteger los derechos constitucionales de cara a los límites que el legislador pueda configurar previamente mediante ley. Doctrinalmente se ha defendido que la restricción: debe perseguir un fin “constitucionalmente legítimo”; sea adecuada para conseguir el fin que se pretende; no tenga una alternativa menos gravosa para obtener aquel fin; sea estrictamente proporcional al nombrado fin, de manera que exista un equilibrio razonable²²

Por otro lado, es de destacar la referencia que hace al art. 32 de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y la ampliación del alcance que en un principio tenía este precepto: en primer lugar, como ya sabemos, la consulta debe tener un carácter activo pero la Corte añade que dicho carácter se traduce en una comunicación constante y permanente entre las partes, no sólo antes de la configuración del proyecto sino también durante e incluso después de éste. En segundo lugar, la consulta debe realizarse de buena fe (algo ya nombrado en el artículo) pero ello requiere que se haga a través de procedimientos que sean culturalmente adecuados. Por último debe tener como fin llegar a un acuerdo, un aspecto que también está presente en el art. 32. O sea, en la interacción que debe

21 Sentencia de la Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007

22 APARICIO PÉREZ, Miguel A. *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Editorial Atelier, 2009, pág. 664.

existir entre las partes en un caso de consulta previa, la Corte insiste en la necesaria “comunicación activa”, es decir,

(...) en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso.²³

En relación al mencionado artículo, la Corte añade que cuando se trate de programas de desarrollo o de inversión de gran escala, es decir, que tengan un «fuerte impacto» en el territorio, el Estado no sólo se verá obligado a consultar en los términos antes expuestos sino que, además, deberá obtener – obligatoriamente – el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad. Para concretar mejor cuando se está ante un “mayor impacto” dentro del territorio, la Corte recoge y hace suyas las observaciones del relator especial de la ONU sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas, donde se entiende que esta situación se dará cuando hayan cambios profundos de carácter económico y social en la comunidad como

la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.²⁴

Esta sentencia ha servido a los pueblos indígenas como argumento para defender la obligatoriedad del consentimiento previo, libre e informado en determinados casos que la Corte nombra. Aún así, esta no ha sido la única interpretación que se ha hecho acerca de este pronunciamiento de la Corte ya que otro sector, principalmente ciertos Estados, considera que se intentó ir demasiado lejos, ampliando lo dicho en los artículos 29.2 y 32.2 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos indígenas. Según ellos, se ha dejado una puerta abierta sin resolver claramente la discusión que, a partir de ese razonamiento, existe frente a la obligatoriedad o no del consentimiento previo, libre e informado en determinados supuestos.

Finalmente, encontramos la reciente sentencia de 27 de junio de 2012 del **caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador**. Este es el último pronunciamiento de la Corte en relación al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. A continuación se explicarán algunas interesantes conclusiones a las que llegó el Tribunal:

En primer lugar, vuelve a reconocer el derecho a la propiedad comunal indígena del art. 21 de la

23 Sentencia de la CorteIDH, caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007.

24 Sentencia de la CorteIDH, caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007, pág. 43.

Convención Americana y a las salvaguardas que encontramos en el caso Saramaka, pero añade la “conexión intrínseca”²⁵ que existe entre conservación del territorio y la supervivencia del pueblo. Esta estrecha relación con el territorio hace que las comunidades se identifiquen como actores diferenciados en una sociedad que debe reconocerse como multicultural y en un Estado que debe constituirse como democrático. A partir de esta afirmación, podemos decir que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que tengan una repercusión directa en sus derechos es fundamental para garantizar ese Estado democrático basado en una sociedad multicultural. Dicha participación política es garantizada fundamentalmente por el derecho a la consulta previa y, para permitir esta participación efectiva, el Estado es quien tiene el deber de consultar sin posibilidad de delegarlo a terceros y menos a la empresa privada que está interesada en la explotación o extracción de los recursos, como ha sucedido en muchos casos.

En correlación con esta argumentación, la Corte interpreta que la consulta previa no sólo se ha constituido como un derecho de origen y carácter convencional sino también en un principio general de Derecho en el ámbito internacional, ya que no sólo lo están aplicando los tribunales de los Estados que ratificaron el Convenio 169 OIT sino que también en otros Estados, - Canadá, Estados Unidos o incluso Nueva Zelanda – los jueces se están pronunciando acerca de la necesidad de realizar consultas previas ya sea con los pueblos indígenas o tribales.

En tercer lugar, y en este sentido, la Corte Interamericana se dedica, por primera vez en su historia, a aplicar los estándares que deben regir una consulta previa (aquellos que se nombraron en el caso Saramaka) para el caso concreto de un pueblo indígena, el pueblo Sarayaku. Por un lado, a partir de la reflexión respecto de los estándares a aplicar, la Corte define a la consulta como un “verdadero instrumento de participación” y no como un simple trámite formal. El carácter sustantivo o procedimental de este derecho ha sido analizado también por la Corte Constitucional colombiana, como se verá en las páginas siguientes. Por otro lado, se señala que poner en peligro la cohesión social del pueblo indígena ya sea corrompiendo a sus líderes o bien creando “liderazgos paralelos” impide que se lleve a buen término el importante requisito de la buena fe en la consulta, la cual debe configurarse como un diálogo genuino, en palabras de la Corte. Finalmente, se recuerda que la expresión “procedimientos apropiados” utilizada en los arts 6.1 y 12 del C 169 OIT no implica que haya un único procedimiento de consulta aplicable a todos los pueblos indígenas por igual sino que se debe atender en cada caso a la forma de organización que tenga cada pueblo indígena en concreto, teniendo en cuenta y respetando principalmente los procesos internos que éste tenga.

25 Sentencia de la Corte IDH, caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, de 27 de junio de 2012, pág. 40.

Como se ha podido ver, la Corte IDH ha llevado a cabo desde el año 2001 una interpretación amplia y “evolutiva” de los instrumentos internacionales relativos a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, principalmente de los tratados en materia de derechos humanos, definiéndolos como “instrumentos vivos” cuya interpretación y aplicación debe ir de la mano con el momento histórico en el que se encuentren.

CAPITULO 2 : LA CONSULTA PREVIA Y EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

2.1 Introducción

Una vez vistos los instrumentos internacionales que han ido progresivamente construyendo la figura de la consulta previa y por tanto reconociendo jurídicamente el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, es necesario ver cómo la Constitución colombiana y la Corte Constitucional recogen este derecho y lo vinculan con otros principios, de manera que integran un marco político y jurídico novedoso.

En este capítulo es de gran relevancia los pronunciamientos de la Corte Constitucional, pues sin ellos el derecho a la consulta previa se quedaría prácticamente sin contenido. Ello es así porque, pese a la vinculación que tiene el Derecho Internacional en este aspecto, el gran abanico de supuestos que se dan en el territorio nacional hacen indispensable un análisis más detallado del derecho en cada caso.

2.2 El derecho a la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico colombiano

Al hablar del reconocimiento constitucional y legal de este derecho, se debe advertir que el abismo entre legislación y la efectiva aplicación de ésta es uno de los grandes problemas con los que se han encontrado los pueblos indígenas en Colombia. La continua vulneración de sus derechos pese a que existan importantes principios – como el de la diversidad étnica y cultural – con una antigüedad de ya más de 20 años y, por otro lado, la falta de una voluntad política suficiente para configurar una ley estatutaria que regule la consulta previa, muestra que aún queda mucho por hacer y por debatir sobre este tema.

En este apartado se pretende dar una noción general del marco jurídico nacional que tiene la consulta previa: empezando por su reconocimiento constitucional y algunas importantes especificaciones que hizo la Corte constitucional, pasando por la relación que tiene con otros derechos y, finalmente, señalando la precaria regulación legal que tiene, tanto en contenido como en calidad, este derecho.

A) La Constitución política de 1991

Si bien la lucha de los pueblos indígenas para sobrevivir se remonta a los inicios del proceso de colonización en el año 1492, la Constitución política de 1991 (CP) representó un antes y un después

en el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales. Por primera vez en la historia se reconoce formal y legalmente a las comunidades indígenas y por tanto la diversidad etnicocultural de la nación colombiana como base para el establecimiento de un marco jurídico acorde a esta realidad. Así, podemos destacar dos artículos como novedosos en la configuración jurídico – política del Estado colombiano:

El art. 1 donde vemos un cambio: Colombia pasa de ser un Estado de Derecho a un Estado Social y Democrático de Derecho, por lo que la igualdad formal pasa a concebirse como una igualdad que debe ser real.

El art. 7 reconoce el principio de diversidad étnica y cultural de la nación, por lo que se define al Estado colombiano como un Estado protector de esta diversidad. El reconocimiento de la interculturalidad del país ha sido desarrollado fundamentalmente gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como luego veremos. Cabe adelantar que la Corte, desde un principio, consideró que la diversidad étnica y cultural implicaba aceptar diversas formas de vida y de concepciones del mundo que no siempre coincidirían con las concepciones del resto de nacionales en el territorio colombiano²⁶. Además, este deber de protección por parte del Estado ha de concebirse como activo, es decir, como la promoción que a todos los órganos e instituciones del Estado les compete hacer de la cultura y las diferentes manifestaciones de ésta en el marco de una sociedad pluriétnica e intercultural como se declara la colombiana²⁷

Los pueblos indígenas entienden que el derecho a la identidad cultural es un derecho subjetivo que se erige como fundamento de los demás derechos como por ejemplo el derecho al territorio. En ese espacio es donde los pueblos indígenas pueden desarrollar su cultura, conservar su identidad y determinarse como “iguales en la diferencia”, una expresión que veremos se repite en algunos de los más célebres pronunciamientos de la Corte sobre este tema²⁸

A parte de esos dos preceptos en concreto, a lo largo del texto constitucional se hace un llamado al aspecto multiétnico del Estado: el art. 68 habla del derecho a la educación fundamentado en el respeto a la identidad cultural de los grupos étnicos; el art. 70.2 se refiere al principio de igualdad de culturas ya que como dice, “la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad”; seguidamente hablaremos de preceptos

26 Sentencia T-308/93, de la Corte Constitucional.

27 Colombia. Constitución Política, 4 julio 1991, art. 70.

28 Universidad del Rosario. RODRIGUEZ, Gloria A. *Breve reseña de los derechos y de la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia* [en línea]. [Consulta: 4 abril 2013]. Disponible en:

http://www.urosario.edu.co/urosario_files/3a/3a3ccef9-bcde-4c21-bfcf-35cae97d5c48.pdf >

que hacen referencia al derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones Estatales, ya sea mediante representación o bien mediante mecanismos de participación directa.

En lo referente a la integración del Derecho Internacional en ordenamiento jurídico colombiano, el art. 93 reconoce la prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno colombiano. El precepto añade algo más de suma importancia y es que todos aquellos convenios internacionales que el Estado colombiano haya ratificado y que reconozcan los derechos humanos serán considerados parámetros de interpretación para los derechos y deberes que determina la Constitución colombiana. En este sentido, el C 169 OIT²⁹ y los Pactos de Nueva York de los que hemos hablado formarían parte del llamado “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto. Esto último porque no todos los convenios forman parte de dicho bloque o, en palabras de la Corte,

(...)salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica.³⁰

A parte de ello, y en relación al C 169 OIT, el art. 53 en su penúltimo inciso reconoce que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna” y, finalmente, el art. 9 señala que los principios de Derecho Internacional que hayan sido ratificados así como el respeto a la libre determinación de los pueblos, serán la base sobre la que se fundamentarán las relaciones exteriores del Estado colombiano.

Así, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos representa un límite constitucional a los órganos del Estado en donde, por ejemplo, en el art. 214 de la Constitución se expresa que, en la supuesta declaración de un Estado de Excepción, el gobierno no podrá suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales y deberá respetar, “en todo caso” lo dicho en las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

El derecho a la participación y el derecho a la consulta previa : cómo se refleja el derecho a la Consulta previa en la Constitución colombiana ha sido objeto de estudio ya que la Carta Magna no lo reconoce expresamente en ninguno de sus preceptos. Sin embargo, se ha defendido el carácter de

29 A partir de la Ley 21 de 1991 el C 169 OIT se integró como parte del Ordenamiento Jurídico interno.

30 Sentencia C-582/99 de la Corte Constitucional.

“derecho constitucional innominado” de este derecho³¹ pues, aunque no haya un expreso y literal reconocimiento de la figura en la Constitución, la jurisprudencia y principalmente la Corte Constitucional, lo ha deducido a partir de otros artículos tales como aquellos donde se reconoce el derecho a la participación con carácter general como el art. 103 o el art. 11 el cual reconoce el derecho a la vida. De este modo, relacionando los artículos 103 y 330 de los que luego hablaremos y con el art. 93 ya nombrado, se ha concluido que el derecho a la consulta previa se sitúa dentro del bloque de constitucionalidad, pues en primer lugar se reconoce como derecho de los pueblos indígenas por el C 169 OIT el cual forma parte de dicho bloque, en segundo lugar ha sido configurado en los últimos años a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana la cual es vinculante para el Estado colombiano y, finalmente ha sido elevado su rango a constitucional como “derecho fundamental” gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Ello se traduce en una eficacia directa del derecho así como la posibilidad de protegerlo y reclamarlo en caso de vulneración a partir de la acción de tutela.

Así, el derecho a la participación se configuró como un derecho fundamental que luego ha servido como fundamento para el reconocimiento del derecho a la Consulta previa. Durante el proceso constituyente del año 1991 el Taita Lorenzo Muelas (representaba al movimiento de autoridades indígenas de Colombia - AICO -) fue una de las figuras que estuvieron presentes en ese momento – y que participó activamente en él - como símbolo de la lucha histórica que siguen librando estos pueblos por su reconocimiento. Es por ello que, pese a las presiones existentes en esa época, vemos el reflejo en ciertos artículos de la importancia para los pueblos indígenas concernientes al territorio que habitan y a la posibilidad de ejercer funciones jurisdicción en base a su cosmovisión, entre otros. La visión de la mayoría de pueblos indígenas de Colombia en ese momento se podría resumir en esta frase de Rojas Birry

La nación colombiana tiene derecho a que se le defina como ella es y no como una mera abstracción jurídica. Nos hemos propuesto, al venir aquí, dejar siglos enteros de negar lo que somos y avanzar unidos en el autodescubrimiento de nuestra identidad³²

Ciertamente, la CP hace reconocer explícitamente la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana pero, a partir de ahí, la Corte Constitucional ha añadido que, para que este reconocimiento sea efectivo en la realidad social del Estado, se debe otorgar una “personería sustantiva” a los pueblos indígenas, de modo que éstos puedan efectivamente ser titulares de derechos fundamentales. Si no, el reconocimiento del art. 7 se convertiría en una simple declaración

31 Universidad Externado de Colombia. *Foro sobre la Consulta previa*. [en línea] Bogotá, 14 de marzo de 2013. [Consulta: 4 abril 2013]. Disponible en: < http://www.youtube.com/watch?v=obTUZgXi_kc >

32 Sentencia T- 428/92 de la Corte Constitucional.

ciega ante el prejuicio y rechazo de lo propio que históricamente ha caracterizado a la nación colombiana. Es decir, la Corte entendió que el sucinto art. 14, al declarar que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, debe incluir también a la comunidad indígena, como sujeto colectivo y autónomo de derechos y no como un “simple agregado de sus miembros”³³. Es por ello que en la Sentencia T- 380 de 1993 precisa y advierte que los derechos fundamentales de los cuales son titulares los pueblos indígenas no se equiparan a los llamados “derechos colectivos” de los colectivos, considerados como una “sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses” como por ejemplo la acción popular del art. 88 en donde se habla de “un número plural de personas”.

Consecuencia directa del reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas como sujeto colectivo es la oportunidad que tienen de ejercer la acción de tutela conforme al artículo 86 CP. Este derecho se instruye para proteger preferente y sumariamente los derechos fundamentales que puedan verse vulnerados o amenazados por una acción u omisión de la autoridad pública. En esta acción rige fundamentalmente, como requisito de procedibilidad, el principio de inmediatez. El derecho a la consulta también se ha definido como un instrumento idóneo para llevar a cabo la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que afecten directamente su modo de vida y por tanto las modificaciones y cambios que se puedan dar en sus territorios a causa de un acto normativo o un acto de explotación. Sin embargo, como vimos en el capítulo I, en la Convención Americana no existía un artículo que reconociese directa y literalmente el derecho a la propiedad colectiva. En el caso colombiano, un precepto a destacar es el 329 de la CP donde se establece que los resguardos, como entidades territoriales indígenas, son de propiedad colectiva y no enajenable. Este reconocimiento constitucional se completa con el del art. 63 el cual dice que “los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo (...) son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”

Por lo tanto, constitucionalmente se otorga a los resguardos protecciones como la inalienabilidad, inembargabilidad y la imprescriptibilidad.

Si bien en el art. 103 se establecen diferentes formas generales de participación democráticas como el voto, el plebiscito, el referendo o la consulta popular, el art. 330 trata de la concreta participación de las comunidades indígenas en los casos de explotación de los recursos naturales situados en sus territorios, todo ello después de hablar acerca de las funciones que ejercerán los órganos de gobierno de los resguardos. Así, la parte final del precepto recita que “la explotación de los recursos

33 Sentencia T-380/93 de la Corte Constitucional.

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

Otros derechos declarados en la Constitución a favor de los pueblos indígenas en Colombia son aquellos relativos a la posibilidad de ejercer una jurisdicción propia (como jurisdicción especial) en las entidades territoriales indígenas o los derechos de participación de los arts. 171 y 176 según los cuales los representantes de los diferentes pueblos indígenas pueden optar a conformar el Senado de la República o la Cámara de Representantes

B) La carencia de una Ley Estatutaria

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una Ley estatutaria que configure e intente resolver algunas de las discusiones que rodean a esta figura por lo que una de las formas en que ha sido integrado este derecho ha sido mediante la regulación indirecta de leyes relativas al medio ambiente o a las comunidades afrodescendientes.

En el año 1993 se aprobó la **ley 99 de 22 de diciembre, “del Medio Ambiente”** a partir de la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente y se redacta un artículo exclusivo para el caso de las consultas previas en comunidades indígenas y afrodescendientes. De este modo el artículo 76 declara que “la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la identidad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.”

El precepto indica que las decisiones que tome el Gobierno en materia de explotación de recursos naturales deberá tener en cuenta, además del art. 330 CP, la identidad cultural, social y económica de las comunidades de manera que antes de aprobar cualquier licencia de explotación que pueda les puede afectar directamente, deberá consultar previamente a éstas al respecto. Dicho esto, en las páginas siguientes veremos cómo la Corte Constitucional colombiana ha matizado el tipo de afectación directa que se requiere, además de los casos en que, añadiendo a la necesidad de consulta previamente, se exigiría un consentimiento libre, previo e informado de las comunidades.

En cuanto a decretos presidenciales se refiere, podemos destacar:

En primer lugar, el **Decreto 1397 de 1996** por el cual el gobierno nacional crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la **Mesa Permanente de Concertación**. Este decreto regula aún en la actualidad algunas situaciones de interacción que se pueden dar entre el gobierno y los pueblos indígenas, mediante las figuras que el mismo decreto creó.

Es interesante destacar que este decreto, en su artículo séptimo establece los casos en los que no se podrá otorgar una licencia ambiental: debe realizarse un estudio de impacto ambiental con la participación de las comunidades y sus autoridades y, en caso de que éste indique que con la licencia ambiental se puede afectar o se está afectando a la realidad económica, social o cultural de los pueblos, ésta será denegada por la autoridad ambiental competente, siempre mediante una resolución debidamente motivada.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa se debe destacar la figura de la Mesa Permanente de Concertación la cual tiene como objeto precisamente acordar con el Estado todas aquellas decisiones de carácter administrativo y legislativo susceptibles de afectar a las comunidades y hacer un seguimiento de éstas así como también evaluar la política que en materia indígena aplique el Estado³⁴, todo ello “sin perjuicio de las funciones del Estado”.

Además, en el artículo 16 se habla de la necesidad informar a las comunidades acerca de los procesos de consulta de medidas legislativas y administrativas que les puedan afectar y de todos los procedimientos que se prevean realizar, todo ello “con la suficiente antelación”. Así, del mismo modo que en los textos internacionales, se da importancia al momento previo de la consulta y a la adecuada información que tengan las comunidades al respecto.

Recientemente el Plan Nacional de Desarrollo (en adelante PND) para el año 2010 – 2014 fue consultado previamente con los pueblos indígenas gracias a la Mesa Permanente de Concertación en donde se acordaron aproximadamente 90 compromisos diferentes³⁵. Para hacer un seguimiento de la aplicación del PND el Departamento Nacional de Planeación promovió la “Mesa de Coordinación Interinstitucional” integrada por representantes tanto del gobierno como de las comunidades étnicas. Entre los compromisos acordados en el marco del desarrollo rural, se encontraba la apertura de “una ficha de inversión para la legalización de tierras de comunidades indígenas para la vigencia de 2012”. Respecto a este punto, es necesario destacar que para ello se hizo necesario un diálogo con las comunidades en diferentes zonas de Colombia para saber cuáles predios de origen colonial estaban saneados y por tanto podían ser legalizados o cuáles predios se encontraban en medio de

34 Colombia. Decreto 1397 de 8 de agosto de 1996 por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones, art. 11.

35 Colombia. Departamento Nacional de Planeación. *Seguimiento a los acuerdos de consulta previa con los pueblos indígenas. Informe ejecutivo*. Bogotá, D.C., Septiembre de 2012

disputa entre comunidades afrodescendientes, campesinos e indígenas. Un ejemplo de este tipo de problemáticas, aún sin resolver, lo encontramos en el norte del Departamento del Cauca en donde durante meses el gobierno y los representantes de indígenas, campesinos y afrodescendientes, se reunieron para debatir y conocer realmente qué sucede en el territorio y cuáles son los inconvenientes que existen para la efectiva aplicación del PND.

Dos años después durante el gobierno del presidente Ernesto Samper, se aprobó el **Decreto 1320 de 1998 el cual intentó reglamentar el procedimiento de la consulta previa** – al menos establecer unos mínimos legales – con las comunidades indígenas y con los afrodescendientes para el caso de explotación de recursos naturales en el territorio de éstas. En ese momento, el gobierno consideró necesario reglamentar un procedimiento específico de consulta para que así las autoridades ambientales pudieran ejercer las “competencias que se les otorga en esta materia así como cumplir el mandado del art. 76 de la ley 99 de 1993”³⁶

Así, intentaré sistematizar el contenido del Decreto en 3 apartados que luego repetiré para explicar las reflexiones que hace la Corte Constitucional al respecto y, de este modo, comparar lo dicho en cada estado.

Ya en el primer artículo del Decreto se define cuál debe ser el objeto del derecho a la consulta previa, esto es: en primer lugar analizar los impactos (económicos y ambientales, por ejemplo) que la explotación de un recurso natural en el territorio indígena o afrodescendiente puede ocasionar y, en segundo lugar, analizar también las medidas que pueden proponerse para proteger la integridad de dichas comunidades frente a la explotación económica.

En segundo lugar, a la cuestión de “cuándo se consulta” responde el art. cuarto del mismo en donde se establece que el procedimiento de consulta se llevará a cabo en los términos de los preceptos que siguen cuando de los estudios ambientales se desprenda que las actividades que se proyectan sobre el territorio pueden tener impactos económicos, sociales o culturales. Pese a ello, no se llega a especificar con qué intensidad o qué característica debe tener ese impacto para que deba ser consultado.

En tercer lugar, los capítulos II, III y IV se dedican a establecer cómo será el procedimiento de consulta de diferentes documentos. De este modo el Decreto respondería a las cuestiones de “qué se consulta” y “cómo se consulta”. Así, los documentos que deben ser consultados en materia de explotación de recursos naturales son : licencias ambientales o establecimiento

36 RODRIGUEZ, Gloria A. *La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia*.

de planes de manejo ambiental; documento de evaluación y manejo ambiental; finalmente, los permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables que no vayan implícitos en una licencia ambiental también deben consultarse, algo directamente relacionado con el nombrado art. 330 CP.

En este capítulo no se entrará en los procedimientos específicos que deben llevarse en cada caso pues la Corte Constitucional, como veremos luego, ha ido delimitando algunos aspectos de este Decreto. Además, hoy en día se sigue discutiendo acerca de qué situaciones deben darse para que se deba, obligatoriamente, realizar una consulta previa.

Sin embargo debemos advertir la paradoja de esta norma jurídica, puesto que la misma no se consultó previamente ni con las comunidades ni con la Comisión Nacional o la Mesa Permanente de Concertación creadas por el Decreto de 1996. Pese a que aún no ha sido derogado por el gobierno, y por tanto sigue teniendo vigencia en el ordenamiento jurídico interno (puede protegerse mediante acción de tutela), la Corte Constitucional ha ordenado su inaplicación para la mayoría de casos que ha ido viendo. Un ejemplo es la Sentencia C 652 de 1998, en donde se ordena al Gobierno inaplicar dicho decreto para ese proceso de consulta ya que la norma resultaba “a todas luces contraria a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991”. En su lugar, la Corte delimitó el alcance del decreto estableciendo unas pautas a seguir para dicho proceso de consulta en concreto.

En conclusión, debemos entender que todas estas medidas estatales que regulan partes concretas de la consulta previa, son pautas que pueden facilitar o no el diálogo y acercamiento entre las comunidades indígenas y el Estado colombiano. Es por ello que, a juicio de la Corte Constitucional, es importante tener en cuenta que la compatibilidad o no de estas medidas gubernamentales adoptadas puede variar de un pueblo a otro, por lo tanto, la labor casuística en el ámbito de la consulta previa está asegurada, como veremos a continuación.

2.3 Desarrollo jurisprudencia de la Corte Constitucional

En este apartado se analizará la construcción jurisprudencial más importante que se ha hecho al rededor de la figura de la consulta previa la cual ha sido desarrollada a partir de las sentencias y autos de la Corte Constitucional colombiana. De este modo se pretende recoger la opinión mayoritaria que rige en base a ciertos aspectos de la figura, nombrando algunas de las muchas controversias que han surgido en el seno de la institución.

La Corte Constitucional está compuesta por 9 magistrados, los cuales son elegidos por el Senado de la República por un periodo de 8 años cada uno y sin posibilidad de reelección. En cuanto a los temas susceptibles de ser analizados por la Corte se encuentran, entre otros, las demandas de inconstitucionalidad promovidas por los ciudadanos contra: actos reformativos de la Constitución (sólo por vicios de procedimiento en su formación) , leyes (tanto por contenido material como por vicios de procedimiento), y decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno.

Los tres puntos a los que me referiré están muy relacionados entre si: en primer lugar hablaré brevemente del derecho a la libre determinación como fundamento de la consulta previa; seguidamente, teniendo en cuenta aquél fundamento (siempre presente en el análisis que hace la Corte) hablaré en particular de 3 elementos que se plantean en la aplicación del derecho a la consulta previa; finalmente se concluirá con el consentimiento libre, previo e informado, como uno de los aspectos que ha creado más divergencias en los pronunciamientos de la Corte.

A) El derecho a la libre determinación de los pueblos y su conexión con la Consulta Previa

Si bien ya vimos que el derecho a la libre determinación de los pueblos y el derecho al territorio de los pueblos indígenas son reconocidos por diferentes instrumentos internacionales y han sido matizados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la Corte Constitucional colombiana no se ha quedado atrás y se ha pronunciado en numerosas ocasiones al respecto.

Así, no se puede hablar de libre determinación de los pueblos en el Estado colombiano sin referirnos al principio de diversidad étnica y cultural el cual ha sido reconocido como principio configurador del Estado social y democrático de derecho, “orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias.”³⁷ Esta es una reflexión muy importante que hizo la Corte en sus primeros pronunciamientos acerca de los diferentes derechos reconocidos a las comunidades indígenas, en donde señala que la políticas de segregación frente a estas comunidades pueden derivarse del desconocimiento de la verdadera dimensión del derecho a la identidad cultural el cual no sólo se puede proyectar dentro del territorio de la comunidad, sino también se puede (y se debe) proyectar en el resto del territorio nacional. Ahora bien, si ya sabemos que un pueblo indígena entendido como sujeto de derecho colectivo es titular a su vez de derechos de carácter colectivo no podemos olvidar la dimensión y proyección individual de los mismos. La Corte ha advertido que la protección que se le otorga al individuo de

37 Sentencia T-778/05 de la Corte Constitucional.

esa comunidad en ocasiones “puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece”³⁸

Dicho esto, ¿Qué relación tiene el reconocimiento a la identidad cultural con el derecho a la consulta previa? la Corte ha señalado dos aspectos importantes: en primer lugar, del reconocimiento a la identidad cultural de los pueblos indígenas se derivan otros derechos entre los que se encuentra la conservación de su patrimonio cultural material e inmaterial; la preservación del modo de vida según la cosmovisión del pueblo; el desarrollo y protección de los modos de producción tradicionales en los cuales se basa su economía que, como hemos visto, para la protección de éste último el derecho a la consulta previa se erige como un instrumento sustancial. En segundo lugar, la Corte ha dicho en varias ocasiones que el derecho de participación que tienen las comunidades en la toma de decisiones que puedan implicarles comprende uno de los ámbitos de protección del derecho a la libre determinación³⁹ que es a su vez el fundamento de la identidad cultural de una comunidad. En cuanto a este segundo punto, se señala a la consulta previa como manifestación concreta de aquel derecho de participación. De este modo, el ejercicio del derecho general a la participación así como su concreción en la consulta previa

se convierte en un vehículo que les permite expresar valores e intereses culturales que las diferencian de la cultural mayoritariamente predominante, a fin de que sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar decisiones que les incumban, en desarrollo del objetivo constitucional de proteger su identidad cultural.⁴⁰

B) El alcance de la Consulta previa: ¿Quién, qué y cómo?

Hasta ahora se ha abordado el fundamento que tiene el derecho a la consulta previa tanto a nivel nacional – reconocimiento constitucional y la regulación parcial de algunas leyes – como internacional - C 169 OIT, Declaración 2007 de derechos de los pueblos indígenas y opinio iuris en diversos ámbitos. Este apartado tiene como objeto sistematizar la opinión mayoritaria de la Corte respecto de los requisitos de la consulta previa así como nombrar algunas de las controversias que se han suscitado en el seno de la misma, algunas de las cuales aún son objeto de discusión. Puesto que el presente trabajo difícilmente puede abarcar con exhaustividad todas las cuestiones que ha planteado la Corte en torno a este derecho, se intentará responder principalmente a 3 preguntas: quién puede reclamar dicho derecho, qué medidas se pueden consultar y, finalmente, cómo se debe llevar a cabo este proceso.

38 Sentencia T -772/05 de la Corte Constitucional.

39 Sentencia C-882/11 cfr Sentencia T- 973/09 de la Corte Constitucional.

40 Sentencia C-882/11 de la Corte Constitucional.

Respecto a la primera cuestión planteada, - **¿Quién puede reclamar su derecho a ser consultado?**- los titulares reconocidos constitucionalmente son las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales y ROM puesto que la Constitución colombiana reconoce este derecho a los grupos étnicos⁴¹. Paralelamente es el Estado el único que tiene el deber realizar la consulta previa, concretamente el Ministerio de Interior y de Justicia junto con la Dirección de Etnias.

Ahora bien, este derecho no es absoluto ni puede convertirse en un “derecho de veto” al Estado tal y como la opinión pública ha señalado repetidamente. Por ello, ya en los primeros pronunciamientos acerca del tema de la titularidad del derecho a la Consulta previa, la Corte apuntaba al necesario ejercicio de ponderación de derechos en cada caso concreto, puesto que ya se intuía que la casuística en este tema iba a ser basta y difícilmente se podrían concluir reglas concretas para todos los supuestos por igual. Una de las sentencias memorables y consideradas más progresistas es la T- 428 de 1992 en donde se analizaba el caso de la comunidad indígena de Cristianía y la ampliación de una carretera a los territorios necesarios para su subsistencia, en los cuales habitaban y sobre los que la comunidad era propietaria. Dicha ampliación representaba, según el gobierno, una solución de interés general para esa zona concreta del país. Sin embargo, la Corte entendió que el interés de la comunidad no era individual sino colectivo y, pese a que tenía un “grado diferente de generalidad”, lo que se debía plantear en cada caso era el análisis de dos tipos de derechos de carácter colectivo que se encuentran en conflicto: el interés de la comunidad indígena que habitaba ese territorio en donde realizaban actos de subsistencia y el interés de los beneficiarios de la ampliación de la carretera los cuales, según la propia Corte , incluía a los mismos indígenas. Dicho esto, se lleva a cabo un trabajo de ponderación de los dos derechos y finalmente se concluye que “el interés de la comunidad indígena posee una legitimación mayor” puesto que, pese a que el interés económico para la región abarca numéricamente a más personas, lo que está en juego es la integridad étnica y cultural y el derecho de propiedad sobre el territorio del pueblo indígena, mientras que el interés del resto de beneficiarios se fundamenta en un beneficio económico que puede ser postergado. Así, pese a que el interés general, reconocido en el art. 1 de la CP se erige como prevalente en el ordenamiento jurídico interno, el Estado Social y Democrático de Derecho “se ha ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad (...), ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia.”

41 Sentencia C- 461/08 de la Corte Constitucional.

Años más tarde la Corte se pronunció al respecto en términos similares pero añadiendo esta vez que “la protección de los valores culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas y tribales, que aún subsisten en el territorio nacional, es un asunto de interés general en cuanto comporta el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, la existencia misma del Estado social de derecho”⁴². Es decir, esta vez la Corte no sólo señala que los pueblos indígenas tienen un derecho de carácter colectivo que en ocasiones debe ponderarse con otro tipo de derechos, sino que la propia existencia de aquéllos en el Estado colombiano debe ser un asunto de interés general que no sólo concierne reclamar a la comunidad en concreto sino también a la sociedad en su conjunto, pues no es algo ajeno a ella sino que forma parte de su propia identidad.

Sigamos ahora con una de las cuestiones más debatidas en el seno de la Corte: **¿Qué se debe consultar?** Esta es una cuestión no poco controvertida que progresivamente ha sido resuelta por la jurisprudencia constitucional, de modo que se ha ampliado el alcance de los instrumentos jurídicos que se deben consultar. Antes de empezar a nombrar los diferentes actos que deben ser consultados es necesario hacer una advertencia: como ha insistido la Corte, el derecho de los pueblos indígenas ha ser consultados no puede convertirse en un derecho a vetar todas las medidas legislativas o administrativas que deban ser consultadas previamente pero sí debe ser una oportunidad de diálogo entre el Estado y las comunidades, en donde se valoren y tengan en cuenta la posición y los argumentos de éstas de manera que se lleve a cabo una verdadera comunicación.

Existen fundamentalmente dos actos que deben consultarse aunque con las matizaciones que veremos seguidamente: las medidas legislativas y los actos administrativos.

En primer lugar nos encontramos con las llamadas **“medidas legislativas”**. El bloque de constitucionalidad es claro por lo que en base al art. 6 C 169 OIT éstas serán susceptibles de ser consultadas cuando afecten directamente a los pueblos. Sin embargo, a partir del año 2001 se planteó si los proyectos de ley también debían ser consultados antes de su adopción como ley en el Congreso y si, por tanto, se incluían dentro del término “medidas legislativas” usado en el art. 6. En un primer momento la Corte declaró que las medidas legislativas que se adoptaran para situaciones distintas a las previstas en el art. 330 CP o al art. 76 de la ley 99 de 1993 no tenían por qué ser consultadas con los grupos étnicos puesto que si la Constitución y el legislador había guardado silencio al respecto y el propio art. 34 C 169 otorgaba un margen de discrecionalidad⁴³ a cada

42 Sentencia Unificadora SU- 383/03 de la Corte Constitucional.

43 Sentencia C-169/01 de la Corte Constitucional. Dicho margen de discrecionalidad se entenderá que existe siempre y cuando “se pueda asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos”.

Estado para dar efectividad al mismo Convenio, ello no estaba fuera de la constitucionalidad ni se estaba violando el derecho a la Consulta previa de las comunidades: en definitiva, la omisión de la consulta no era obstáculo para afirmar la constitucionalidad de la ley. Sin embargo, en pronunciamientos recientes la Corte se ha alejado de esta posición y ha concluido respecto de las medidas legislativas lo siguiente:

En primer lugar, existen medidas legislativas que, pese a no situarse dentro del ámbito del art. 330 CP o el 76, deben ser consultadas en casos concretos. Por ejemplo, en el año 2008 la Corte declaró inexecutable la ley forestal argumentando lo siguiente: si bien es cierto que no toda medida legislativa que afecte de alguna manera a los pueblos indígenas debe ser objeto de consulta, sí deberán consultarse en todo caso aquellas medidas legislativas que, aunque tengan carácter general, afecten directa y específicamente a las comunidades en su calidad de tales, en el “ámbito de aplicación del convenio 169”. ¿Qué quiere decir esto? Pues bien, dicha “afectación directa” se producirá “cuando la ley altere el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. La nombrada ley forestal, afectaba aspectos muy sensibles de las comunidades indígenas, como por ejemplo la definición de bosque natural la cual hacía hincapié únicamente en el beneficio económico que éste aportaba o la creación del llamado “vuelo forestal” a partir del cual se constituía un derecho real sobre el bosque natural, diferente, por tanto, del derecho de superficie. Estas regulaciones legales afectaban considerablemente a las comunidades indígenas quienes habitan aproximadamente la mitad de esos territorios. Pese a que el gobierno modificó varias disposiciones de la ley, el Tribunal no lo consideró suficiente puesto que dicha ley afectaba específicamente al modo de vida de dichas comunidades en su calidad de tales y aún así no había sido consultada en ningún momento con ellas.

En los mismos términos se refirió la Corte un año después, al declarar inexecutable la Ley 1152 de 2007 por la cual se dictaba el Estatuto de desarrollo rural. Concluyó que para que una medida legislativa fuera susceptible de ser consultada en los términos del art. 6 C 169 OIT debía analizarse su especificidad la cual podía originarse de la regulación de dicha ley de materias que según el C 169 OIT debían en todo caso consultarse o bien, como sucedió en este caso, de la regulación de una materia que tenga alcance general pero que incida directamente en el modo de vida de las comunidades. En este pronunciamiento también se hizo referencia a la consulta de los proyectos de ley, pues precisamente éste no se había consultado adecuadamente y se había limitado a una reunión entre el gobierno y las

comunidades, algo insuficiente para la Corte que, además, consideró que la consulta debía realizarse antes de la radicación de dicho proyecto para que la opinión de las comunidades incidiera efectivamente en el contenido de la norma y para que, finalmente, el procedimiento de consulta no se convirtiera en un mero “formalismo intrascendente”.⁴⁴

Más recientemente se empezó a analizar el alcance del término “medidas legislativas” que deben consultarse en caso, claro está, de que éstas que afectaran directamente a las comunidades. A juicio del Tribunal, el vocablo “ley” en el ordenamiento jurídico colombiano no tiene un único sentido: incluye las normas que emanan del Congreso como también toda aquella norma jurídica vigente, provenga o no de dicho órgano. Por otro lado, la Corte aplica el principio de interpretación a favor del ser humano “pro homine” (art. 5 PIDCP) arguyendo, además, que los derechos consagrados en los Tratados Internacionales (como lo es derecho a la consulta previa) deben invocarse para garantizar su efectividad en la mayor medida posible, por lo que es necesario ampliar la expresión “medidas legislativas” a todas aquellas normas jurídicas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. A partir de esta interpretación se extiende el término a los actos reformativos de la CP pues también constituyen una norma jurídica. Además, es importante destacar que la Corte reconoció en esta y otras sentencias anteriores (como la C-461 y la C-030 de 2008) la naturaleza procedimental del derecho a la consulta previa y los efectos que sobre el contenido material de la medida legislativa a consultar tenía aquella. Ello tiene una gran relevancia ya que si la Corte no hubiese argumentado dicha procedimentalidad del derecho: en primer lugar no hubiese podido llevar a cabo un control abstracto de constitucionalidad cuando se omitiera el procedimiento de consulta puesto que, dentro de las competencias que le otorga la CP, la inconstitucionalidad de los actos legislativos que pretendan reformar la Carta Magna sólo se puede declarar si éstos violan algunos de los requisitos establecidos en el Título XIII⁴⁵ dentro de los cuales no se encuentra la consulta previa; En segundo lugar, pese a que no estuviésemos hablando de actos reformativos de la Constitución, la Corte sólo tiene competencia para el control de un vicio de procedimiento y no material de un acto legislativo. Así, la Corte resuelve positivamente la discusión acerca de la posibilidad o no de llevar a cabo un control abstracto de constitucionalidad cuando se omita el procedimiento

44 Sentencia C-175/09 de la Corte Constitucional

45 Colombia. Constitución Política, 4 julio 1991, art. 379.

de consulta previa de una medida legislativa y reconoce la “naturaleza procedimental sustantiva” del derecho a la consulta previa.⁴⁶

Finalmente, una medida legislativa sobre la que recientemente se discutió en sede jurisdiccional su constitucionalidad es aquella que expidió el Plan Nacional de Desarrollo para el año 2006 – 2010. La Corte declaró su excequibilidad condicionada puesto que el proyecto de ley no había sido sometido a consulta con pueblos indígenas, de modo que se admitió por la Corte que aquellas medidas legislativas que tenían por objeto la elaboración de presupuestos y realización de proyectos de inversión que eran financiados con presupuesto nacional y que, por supuesto, afectaran directamente a los pueblos indígenas, debían ser consultadas previamente. Así, mediante esta sentencia la Corte ordenó la suspensión inmediata de todos los proyectos incluidos en dicha norma que tuvieran al menos la “potencialidad” de afectar directa y concretamente a las comunidades, hasta que no fueran consultados, uno por uno, con las comunidades.⁴⁷

En segundo lugar y con una jurisprudencia aún más extensa, se encuentran las **decisiones administrativas**. En este ámbito también ha habido una importante evolución y cambio jurisprudencial pero me limitaré a nombrar el abanico de decisiones que se pueden adoptar dentro del ámbito de una decisión administrativa, puesto que si analizara incluso los casos más importantes, ello excedería lo que abarca el presente trabajo. Así, estas decisiones se pueden clasificar en 2 tipos:

Aquellas ligadas a proyectos de desarrollo como las licencias ambientales, concesiones mineras o contratos de concesión en general los cuales normalmente, por no decir en la mayoría de casos, están relacionados a una empresa multinacional. La explotación de recursos naturales a partir de este tipo de decisiones puede llegar a tener efectos dramáticos en las comunidades, en su existencia como tales y por tanto en toda su cosmovisión y organización como sujeto colectivo. Así sucedió en dos de los casos más representativos, los del pueblo U'wa (SU-039 de 1997) y el pueblo Embera Katío (S-652 de 1998). Los primeros fueron víctimas del otorgamiento de una licencia ambiental para desarrollar un proyecto petrolero en su territorio y los segundos de una licencia para la construcción de una represa hidroeléctrica en sus territorios. Casos de construcción de represas sin consultar a las comunidades también se dieron con los pueblos Arhuaco, Kogui o Wiwa. Como declararon en una carta dirigida al gobierno colombiano: *el petróleo es ruiría y ruiría es la sangre de la*

46 Sentencia C-702/10 de la Corte Constitucional

47 Sentencia C-461/08 de la Corte Constitucional

*Madre Tierra. Tomar el petróleo es para nosotros como matar a nuestra propia madre*⁴⁸. En la actualidad, estos 2 pueblos siguen defendiendo el territorio en las mismas circunstancias: pese a que hayan ganado los pleitos, se les haya reconocido su derecho a ser consultados y se les haya indemnizado económicamente, el territorio sigue ante la amenaza de la realización de nuevos proyectos y, no sólo eso, la sangre de la que hablan los U'wa también está siendo derramada por los propios indígenas. Se han denunciado asesinatos selectivos, desplazamiento forzado y reclutamiento forzado, lesiones por pisar minas antipersonales y restricciones alimentarias, todo ello cometido presuntamente no sólo por guerrilla y paramilitares sino, en algunos casos, por las propias fuerzas armadas colombianas.⁴⁹

Otro tipo de licencias que se dan muy frecuentemente son aquellas que acuerdan una explotación y exploración minera. Un caso conocido es el del llamado proyecto “Mandé del Norte” en donde los indígenas (igual que en los 2 casos anteriores) llevaron a cabo una acción de tutela alegando la vulneración de su derecho a la existencia y a la consulta previa, entre otros, ya que el proyecto se realizó sin consultarlos previamente. Como en la mayoría de demandas existentes de este tipo, el gobierno no realizó correctamente el proceso de consulta previa y se contentó con meras sesiones informativas o reuniones informales con personas de la comunidad que no tenían capacidad decisoria. Todo esto, además de generar un conflicto en el seno de la propia comunidad y un impacto medioambiental de grandes dimensiones, implicó también una continua lucha jurídica antes los tribunales, en donde el gobierno defendía que la consulta se había realizado según los parámetros constitucionales, mientras que las comunidades alegaban que sus derechos como sujeto colectivo habían sido vulnerados. En este caso la Corte recoge de nuevo la importancia de la propiedad colectiva que tienen los pueblos sobre su territorio, no sólo porque es su principal medio de subsistencia sino también porque a partir de él se basa la cosmovisión y religiosidad. En suma, el deber constitucional e internacional que tiene el Estado de proteger la integridad étnica y cultural de la comunidad está ligado directamente a este elemento de territorialidad. Ahora bien, ¿Qué se debe buscar con la consulta previa en los casos de explotación de recursos naturales?⁵⁰

48 Oilwatch Mesoamérica. *Carta de los U'wa a los Riowa*. [en línea] 3 de Marzo de 2009 [Consulta: 5 mayo de 2013]

Disponible

http://www.oilwatchmesoamerica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=2436&Itemid=7

8 >

49 Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional.

50 Sentencia T-769/09 de la Corte Constitucional

El conocimiento pleno por parte de la comunidad de los proyectos que se vayan a desarrollar: los mecanismos y actividades que se requerirán para ejecutarlos. Ilustrar a la comunidad de cómo la ejecución del proyecto podría menoscabar los elementos básicos para su cohesión social, cultural, económica y política. Para ello, la Corte ha exigido la necesidad de que, antes de la realización de la consulta, el Ministerio de Medio Ambiente deberá llevar a cabo un estudio detallado, de la explotación o exploración que se vaya a hacer sobre el territorio y así verificar: Si existe una vulneración de los derechos de los pueblos indígenas en su territorio.

En qué medida se genera un impacto ambiental en dichas zonas

Dar a la comunidad la oportunidad de: valorar consciente y libremente - sin interferencias extrañas – los pros y los contras del proyecto; ser oída en relación con las inquietudes que puedan surgir a partir de esta valoración; pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto. En definitiva, permitir que el pueblo participe activa y efectivamente en la toma de decisión a través de sus representantes autorizados, la cual debería ser fruto de un acuerdo entre la comunidad y la autoridad gubernamental.

Ahondando un poco más en el tema de la consulta de dichos actos administrativos, se especifica que éstos deberán ser consultados previamente a su aprobación no sólo cuando afecten propiamente al territorio en el que habitan los pueblos, sino también cuando impacten en aquellas zonas donde las comunidades lleven a cabo actividades tradicionales (como por ejemplo la recolección, rituales..) y que, por tanto, no se encuentren necesariamente en el territorio de las mismas.⁵¹

Como se ha visto, la casuística en materia de consulta previa abarca diversas y variadas situaciones en las que el Estado ejerce aquella potestad que la Constitución le encomienda. Ya sea mediante leyes estatutarias, reformas constitucionales, reglamentos o actos administrativos, las instituciones públicas deben estar atentas ante el “peligro” de regular aspectos que afecten directamente a un pueblos indígena como sujeto colectivo. La cuestión de **cómo se debe llevar a cabo la consulta** tampoco ha sido una cuestión sencilla a dilucidar y, si bien en el C 169 OIT se establecen unos parámetros básicos en este aspecto, no se concretan las reglas específicas que se deben seguir. Ahora bien, tampoco sería deseable y conveniente que un convenio regulase aspectos tan concretos

51 Sentencia T- 547/10 de la Corte Constitucional.

de derecho que, si ya presenta suficiente complejidad a nivel nacional, aún más a nivel internacional, donde la cultura jurídica varía de un Estado a otro.

En la actualidad, organizaciones indígenas como la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) están pidiendo la creación de una ley estatutaria en materia exclusiva de consulta previa aunque existen otras voces, no necesariamente afines al gobierno, que advierten y alertan que la creación de una ley estatutaria en esta materia podría ser un arma de doble filo.

En todo caso, haya o no una ley estatutaria sobre la materia, a lo largo de estos años se podría decir que la Corte, en diferentes sentencias, ha ido definiendo las características y fases que debe tener todo proceso de consulta previa, ya sea en el caso de medidas legislativas como en el actos administrativos. Así, he considerado interesante ilustrar la delimitación negativa como positiva que la Corte ha hecho de este derecho, es decir, lo que no puede ser considerado como consulta y, finalmente aquello que debería existir en toda.

En primer lugar se ha ido estableciendo que **no puede considerarse consulta previa:**

la mera información o notificación a la comunidad sobre el proyecto de exploración o explotación.⁵² las actuaciones posteriores a la adopción de la decisión por parte de la autoridad gubernamental. Como vimos en páginas anteriores, la omisión del procedimiento de consulta antes de iniciar el trámite legislativo constituye un vicio insubsanable que puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la medida legislativa que se quiera adoptar.⁵³

aquellos trámites administrativos materializados ya sea en reuniones informativas en audiencias públicas dentro de un trámite legislativo.

En segundo lugar, a juicio de la Corte **toda consulta debería tener los siguientes elementos:** Un proceso de pre consulta en donde las autoridades de la comunidad y el gobierno definan y acuerden con carácter preliminar cómo se va a llevar a cabo la consulta: quiénes van a estar como representantes, qué plazos habrá, cuáles aspectos estarán presentes en la mesa de concertación, etc. En definitiva, se debe concretar los aspectos básicos del proceso que se va a seguir en esa consulta concreta, de manera que se respete y se tenga en cuenta las “especificidades culturales de cada comunidad”⁵⁴.

52 Sentencia Unificadora SU 039/97 de la Corte Constitucional.

53 Sentencia 702/10 de la Corte Constitucional.

54 Sentencias C- 461/08 y T-769/09 de la Corte Constitucional.

En referencia a los plazos que debe haber en una consulta, se ha señalado que es preferible no fijar un sólo término para realizarla, ya que éste se debe enfocar en la situación concreta de la comunidad , por tanto en sus costumbres y tiempos.

Se exige que haya un verdadero diálogo y comunicación entre las partes ya desde la etapa de planificación del proyecto e incluso antes del inicio de actividades de prospección en donde recordemos que, al menos en el ámbito de la explotación de recursos naturales, era necesario un estudio del impacto medioambiental en donde se analizaban todas las posibles consecuencias que tendría el proyecto sobre el territorio.

Como aspecto fundamental, debe regir el respeto mutuo entre las partes y el principio de buena fe. Lo primero conlleva por ejemplo la no manipulación del proceso mediante información falsa o el no abordar la consulta

como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite sino como un proceso de raigambre constitucional, en un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados⁵⁵

Lo segundo implica, a la luz del C 169, principalmente 2 cosas: en primer lugar, son los Estados quienes deberían definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta previa (por ello las voces a favor de una ley estatutaria) y, en segundo lugar, que el proceso siga aquellos parámetros constitucionales lo que implica la no existencia de términos perentorios ni de condiciones ineludibles⁵⁶

Dicho esto, en definitiva la consulta debe tener una repercusión en la decisión que se vaya a adoptar por parte del gobierno, es decir, debe tener efectos sobre ésta. Precisamente es por eso que es necesaria la creación de verdaderos espacios de negociación entre las partes en donde ponderar las alternativas no signifique un derecho de veto de las comunidades ni tampoco una imposición por parte del Estado. Aquí es donde subyace la importancia de buscar un consentimiento libre, previo e informado de las comunidades, algo de lo que hablaremos en seguida.

Finalmente, algunas de las sentencias más en pro de del derecho a la consulta previa, han apuntado que éste no debe limitarse precisamente a eso, a la consulta en una etapa previa, sino que también debería seguir existiendo en una etapa posterior, de manera que se revise

55 Sentencia C- 461/08 de la Corte Constitucional.

56 Sentencia C-882/11 de la Corte Constitucional.

que lo acordado en dicha consulta se ha implementado conforme a esta. Así, se tendría que establecer, en cada caso, unos tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo.⁵⁷

Vistas las diferentes circunstancias en las que nos podemos encontrar con la figura de la consulta previa así como la manera en que es necesario consultar, es importante concretar, a fin de cuentas **¿Cuál es la finalidad de este derecho?**. En mi opinión, la finalidad que tuvo y tiene el reconocimiento de este derecho y la defensa que en algunos casos ha hecho la Corte Constitucional colombiana sobre éste, está ligada principalmente no sólo a proteger el derecho a la libre determinación de los pueblos sino también a fortalecerlo mediante mecanismos de participación directa en asuntos que les conciernen como lo es el derecho a la consulta previa. A parte de ello y con carácter fundamental, creo que además, el derecho a la consulta previa, tiene como fin último la subsistencia física y cultural de los pueblos. Ello no obsta a que, como se ha visto en páginas anteriores, en la práctica no siempre se llega a garantizar la existencia de dichas comunidades ya que en el territorio existen otros factores - principalmente la violencia generada por el conflicto armado - que desequilibran el objeto que el derecho quiere salvaguardar.

C) El consentimiento libre, previo e informado. Distinción entre “Consulta” y “Consentimiento”

Como ya se ha visto en la sentencia del caso *Saramaka vs Surinam* o en el artículo 19 de la **Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas**, se establece que la consulta tiene como fin la obtención del consentimiento libre, previo e informado de éstos. En artículos de dicha Declaración como por ejemplo el 4, 10 o 29 se establece el deber de los Estados de obtener dicho consentimiento cuando:

El proyecto obligue al traslado de la comunidad a un lugar distinto de su territorio: un ejemplo sería la construcción de represas como ocurrió con el pueblo Embera Katío.

Se quiera almacenar productos o desechos tóxicos en el territorio de la comunidad como sucede por ejemplo en el caso de la minería extractiva.

Se adopten medidas de salvaguarda de personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura o medio ambiente.

57 Sentencia T-129/11 de la Corte Constitucional.

Por otro lado también se defiende la necesidad del consentimiento de la comunidad en los casos de extracción de recursos naturales, de creación de reservas forestales o de reservas de casa en los territorios de los pueblos indígenas.

Además, recientemente en otro ámbito como es la protección de los conocimientos ancestrales de los pueblos indígenas, se ha acordado el **Convenio sobre la Diversidad Biológica** que tiene entre sus objetivos la protección de los ecosistemas, especies y diversidad genética de manera que se tomen “medidas efectivas y urgentes para detener la pérdida de diversidad biológica a fin de asegurar que, para 2020, los ecosistemas tengan capacidad de recuperación.” Colombia ratificó este Convenio en el año 1994 pero aún no lo ha hecho respecto al protocolo de Nagoya, un acuerdo que complementa al Convenio y que obliga a los Estados contratantes a obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades en este ámbito.

Ahora bien ¿Cómo se presenta el consentimiento libre, previo e informado en el ordenamiento jurídico colombiano? Si bien a partir de la obtención de acuerdos con las comunidades se origina el consentimiento de éstas en todos o algunos de los aspectos a negociar, se podrían destacar principalmente 2 posiciones que, pese al reconocimiento y protección que hacen sobre el derecho a la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado, presentan algunos matices. Así, el Tribunal se ha preguntado qué sucede cuando, en el marco de una consulta previa, no se llega a un acuerdo entre las partes y por lo tanto a un consentimiento de la comunidad.

En primer lugar, encontramos la **SU-039 de 1997** que fue reiterada en otros pronunciamientos como en la T-769 de 2009 , la cual estableció que

cuando no sea posible el acuerdo o 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 las comunidades indígenas⁵⁸

Esta misma sentencia recuerda el caso del pueblo Saramaka y reconoce que, pese a lo dicho respecto a la decisión final de la autoridad gubernamental, ésta se verá obligada a llevar a cabo, previamente a la consulta, un estudio detallado de los posibles impactos que tenga el proyecto sobre la comunidad. Además, añade la Corte, que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio (...) el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar sino también debe obtener el consentimiento libre, previo e informado de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”

58 Sentencia T-769/09 de la Corte Constitucional.

Es decir, este posicionamiento defiende que si bien el Estado tiene el deber de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades en algunos casos, cuando éste no se pueda obtener, el propio gobierno podrá tomar una decisión que no se derive de un acuerdo con las comunidades pero que las proteja.

Sin embargo, en otra sentencia de la que ya hemos hablado, como es la **T-129 de 2011**, también se defiende la obligatoriedad de obtener el consentimiento de las comunidades en los casos concretos de los proyectos y planes de desarrollo pero indica que pese a ello se debe reflexionar sobre las siguientes premisas:

Es válida la discusión respecto a si el consentimiento libre previo e informado puede llegar a constituir un derecho de veto de las comunidades. En opinión del Tribunal las situaciones en las que se lleva a cabo una consulta previa y no se obtiene un consentimiento de la comunidad no se debe plantear como un veto o limitación de éstas sino más bien como un espacio de diálogo y comunicación entre “iguales en medio de la diferencia”, para concretar cuál es la alternativa más viable para las dos partes. Aquí vuelve a surgir el principio *pro homine* como protector de los derechos de las comunidades (contenido en artículos 1 y 2 CP). James Anaya señala que en algunos casos el consentimiento debe ser exigible no sólo por ser el objetivo deseable de una consulta previa sino principalmente porque lo que está en juego en muchos casos es la propia existencia física y cultural del pueblo.

El consentimiento sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo a gran escala : la Corte opina que no tiene por qué limitarse a estos casos necesariamente sino que todas aquellas medidas administrativas y proyectos que tengan la potencialidad de afectar los territorios indígenas (sean o no sean de gran escala) deberían agotar no sólo el trámite de consulta (orientado bajo el principio de participación) sino también el del consentimiento, el cual se basaría en un diálogo entre iguales.

La consulta previa y el consentimiento libre previo e informado son las únicas garantías que debe prestar el Estado a las comunidades étnicas. La Corte también responde negativamente a este respecto ya que, además, el Estado tiene el deber de compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o la comunidad étnica directamente afectada (algo que por cierto también prevé el artículo 15 C 169). Es más, la participación de la comunidad en los beneficios se puede entender “como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo”

Dicho esto, la Corte señala casos en que las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva, algo que recuerda los artículos 10 y 29 de la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas cuando, como consecuencia del proyecto u obra, se puedan dar los siguientes casos:

un desplazamiento de las comunidades a otro territorio

almacenaje o el vertido de sustancias tóxicas en el territorio.

alto impacto negativo a nivel social , cultural y ambiental en la comunidad que conlleve el riesgo de extinción de la misma.

La Corte llega incluso a decir que aún así, si se prueba que todas las alternativas propuestas como “menos lesivas” por la comunidad conllevan a su extinción, el derecho a la integridad étnica y cultural y el derecho a la subsistencia prevalecerá, en virtud del principio *pro homine*.

Así pues, este segundo posicionamiento llega más lejos en cuanto protección de la integridad étnica y cultural de los pueblos, advirtiendo de nuevo que cuando del derecho a la consulta previa y al consentimiento dependa la supervivencia de los pueblos indígenas, el “interés social” al cual se refiere el Estado, no primará en todo caso.

CAPITULO 3: ¿HACIA LA EFECTIVIDAD DE LA CONSULTA PREVIA? APRENDER DE LAS LUCHAS DEL SUR

3.1 Introducción

Hemos visto hasta dónde la Corte constitucional ha llegado y es aquí donde ha sido más criticada por una parte de la opinión pública, la cual argumenta que dichas interpretaciones dar carta libre a las comunidades para que veten mega proyectos o proyectos de desarrollo económico que se quieran realizar en el país. Así, se ha tachado a los indígenas de enemigos del desarrollo y, por tanto, del interés general.

Ahora bien, de un lado, la dialéctica utilizada por algunos portavoces del gobierno podría caracterizarse de ambigua pues, en primer lugar, como ya vimos en páginas anteriores, el interés general en ocasiones incluye a los propios pueblos indígenas, pues éstos también son nacionales colombianos y los territorios y recursos naturales que defienden también son de interés de toda la sociedad colombiana. Independientemente del color político que tenga la declaración, es necesario matizar las palabras e interpretar su significado, pues declaraciones de este tipo pueden derivar en discursos poco respetuosos y sin fondo alguno. En segundo lugar, es claro que el desarrollo económico al que se refiere el Estado se guía por una ideología liberal en donde "los derechos colectivos son vistos como amenazas al principio de soberanía y como combustible de las tensiones domésticas"⁵⁹. Y no sólo eso. Además, el modelo económico en el que se basa tiene un fuerte componente extractivista, en donde el beneficio monetario que se obtenga es lo primordial, dejando al descubierto, en muchas ocasiones, la protección de los recursos naturales.

Pese a todo ello, jurídicamente, lo cierto es que las principales conclusiones a las que llega la doctrina mayoritaria de la Corte Constitucional es que la consulta previa no puede constituir un derecho de veto en todo caso, matizando aquellos donde todas las alternativas propuestas conlleven la extinción de la propia comunidad. Dicho esto, en mi opinión nos encontramos ante una encrucijada jurídica, política y económica pues: si el derecho a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado no puede ser un derecho de las comunidades a oponerse frente a proyectos o mega proyectos que se quieran implantar en el territorio que habitan, ¿cuál acabaría siendo la **utilidad última de la consulta** para aquellos casos en que, pese a no implicar la extinción inmediata o próxima de la comunidad, sí conllevaran la destrucción paulatina de la biodiversidad del territorio, así como las costumbres ancestrales de las comunidades que lo habitan?

59 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, op.cit., pág. 392.

Quizás, pese a que este instrumento haya servido para proteger los derechos de algunas comunidades así como para vulnerarlos, pueden (y deben) plantearse otras alternativas en el plano jurídico y político que vayan más allá de lo que plantea el instrumento de la consulta previa.

Una vez explicado y analizado el derecho a la consulta previa a nivel jurídico, este último capítulo tiene como objetivo dos cosas: primero, hacer una breve aunque necesaria referencia a algunos **problemas reales** con los que nos podemos encontrar en los mismos territorios, donde habitan no sólo pueblos indígenas sino también campesinos y afrodescendientes. En segundo lugar, proponer una serie de **alternativas fruto de la reflexión que se ha hecho**, en este trabajo, del sentido de la consulta previa tanto para los indígenas como para el Estado.

3.2 LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL NORTE DEL CAUCA SU LUCHA POR LA DIGNIDAD.

El panorama existente en Colombia, reflejado en el **Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional** deja mucho que desear. La Corte, antes de adoptar una serie de medidas que tienen como fin la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, describe algunas de las problemáticas que, en concreto, sufren los pueblos indígenas del Departamento del Cauca y del Norte del Cauca: incremento del desplazamiento forzado, principalmente hacia los cordones de pobreza de las ciudades, cosa que conlleva al exterminio cultural de los pueblos; desapariciones forzadas y asesinatos selectivos de miembros de la comunidad algo que determina, también, la desaparición no sólo cultural sino también física de la propia comunidad; introducción de armamento bélico en los territorios ancestrales lo cual incrementa la amenaza de la existencia misma de los pueblos y, finalmente, muertes por fuego cruzado entre las fuerzas armadas y la guerrilla, entre otros. Además, las rutas del narcotráfico existentes en el territorio el cual conecta al centro del país con la zona del pacífico es una de las causas que aumentan la tensión y el conflicto entre la fuerza pública, guerrilla, paramilitares y finalmente, la población civil que se encuentra en medio ya que se ha probado que incluso el ejército instala trincheras y carpas en las escuelas de los pueblos. Esto último tiene como consecuencia que, en muchas ocasiones las amenazas y asesinatos selectivos provengan de señalamientos a los indígenas, a quienes se acusa de infiltrar información y ayudar a un bando u otro.

Por otro lado, no cabe duda que las luchas jurídicas que están llevando a cabo los pueblos indígenas de Colombia vistas en el capítulo anterior se están repitiendo en la mayoría Estados de América Latina: Bolivia, Ecuador, Brasil, Chile y Argentina, son un ejemplo de ello a partir de las reformas

constitucionales que han realizado algunos de ellos y los escándalos que se han conocido de otros. Acontecimientos que van siempre acompañados de una gran movilización social y de un debate político dirigido a todos los ciudadanos, todo ello gracias en parte a organizaciones indígenas de carácter representativo como por ejemplo, en el caso colombiano, la ONIC o el CRIC, a nivel estatal y departamental, respectivamente.

He considerado de interés explicar brevemente una situación que pude conocer al asistir a las mesas de concertación entre el gobierno y los indígenas del norte del Cauca en Popayán, pues ahí tuve la oportunidad de aprehender una dimensión más real de la complejidad y el reto que implica ese Estado multicultural al que se refiere la Constitución colombiana. El caso de los pueblos indígenas del Norte del Cauca puede servir para ejemplificar los dramas, retos y avances que vive la nación colombiana y a partir de los cuales considero que nosotros, occidente, podemos aprender como sociedad y como ciudadanos.

Así, concretamente me referiré al **pueblo indígena Nasa** (también llamado Paéz), uno de los pueblos indígenas que se encuentran actualmente en el Departamento del Cauca. En esta zona también podemos encontrar al pueblo indígena Totoró, Yanacona, Guambiano, Inga y Kokonuco. El pueblo Nasa es mayoritario en cuanto a población se refiere y se sitúa principalmente al norte del departamento. Sin embargo, comparte con el resto de pueblos nombrados ciertos rasgos culturales que los identifican como indígenas y que son los más conocidos por quienes se han dedicado a estudiar su cosmovisión como por ejemplo el Sumak Kawsay o "buen vivir" que implica vivir en plenitud y en comunidad, donde cada persona sea un complemento necesario y en donde se recupere "la Cultura de la Vida, la vida en completa armonía y respeto mutuo con la madre naturaleza, con la Pachamama"⁶⁰

Me centraré en una problemática que se presenta en este territorio, que se discutió en la Universidad Autónoma Indígena Intercultural (UAIIN) el pasado mes de septiembre en Popayán y cuya relación con el derecho a la consulta previa puede aportar discusiones interesantes: **la militarización del territorio por parte del ejército colombiano.**

El tema de la militarización de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas ha sido muy polémico y discutido, principalmente meses atrás con el sonado caso del "cerro Berlin". Así, en la comisión de "derechos humanos, conflicto armado y paz" que se instauró, los representantes de los

⁶⁰ Agencia Latinoamericana de Información. CHOQUEHUANCA CÉSPEDES, David. Hacia la reconstrucción del Vivir Bien. *América Latina en movimiento*, Publicación internacional, Ed 452, 2010, pág. 8.

pueblos indígenas, entre ellos el Consejero Mayor Jesús Chávez, pidieron respeto del ejercicio del control territorial que llevaban a cabo las autoridades territoriales y denunciaron ante los observadores internacionales presentes que la vida comunitaria se había militarizado a partir de la instalación de batallones de alta montaña en los páramos y zonas de importancia espiritual para las comunidades, así como en los propios pueblos y territorios donde habitaba población civil. Se denunció por tanto que el plan de consolidación territorial que estaba instaurando el gobierno a través del Ministerio de defensa estaba incrementando el conflicto armado en el territorio. Sólo durante el mes de agosto de 2012 se habían registrado 16 asesinatos selectivos de indígenas, principalmente en zonas cercanas a los retenes militares (en zonas como Caloto, el Palo, Corinto). Así pues, se pidió al viceministro de defensa, Jorge Enrique Bedoya, la desmilitarización del territorio y el reconocimiento de la guardia indígena como sujeto de paz. Frente a ello, el viceministro de defensa argumentó que el territorio no se iba a desmilitarizar porque lo que estaba sucediendo en el Cauca no era una situación tal sino que, por el contrario, lo que existía era la legítima presencia de la fuerza pública que tenía como objetivo llevar la presencia del Estado a otras zonas. Sin embargo, días más tarde el presidente del gobierno Juan Manuel Santos hizo una serie de declaraciones ante la prensa en las que decía que no se iba a “desmilitarizar” ninguna parte del territorio y, por otro lado, afirmaba que ninguna parte del territorio nacional estaba vedada a la fuerza pública.

Así las cosas, el gobierno no acepta de ningún modo que el ejército se vaya de las zonas indígenas y, pese a que admite que la política de consolidación territorial puede tener "algunas falencias" que se deben mejorar, se niega a dejar en manos de la guardia indígena la protección de un territorio considerado como corredor de narcotráfico pues ello es "responsabilidad del gobierno nacional". Dicho esto, podemos ver cómo implantar en la práctica un Estado verdaderamente plurinacional así como reconocer una verdadera autonomía territorial a los pueblos indígenas en Colombia presenta muchas dificultades ya que el Estado se niega, en ciertos aspectos de interés nacional, a reconocer y confiar en la autoridad de la guardia indígena. Ahora bien ¿Qué ha dicho la Corte constitucional respecto a la militarización del territorio? ¿Deberían ser consultados los pueblos indígenas antes de que las fuerzas armadas entren en su territorio? Hasta ahora no hemos hecho referencia al problema de la militarización del territorio y su relación con la consulta previa pero lo cierto es que este es un tema conflictivo de gran importancia tanto para las comunidades como para el Estado.

A nivel internacional el **artículo 30 de la Declaración de 2007** expresa claramente que “no se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que

lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.”

En cuanto al ordenamiento jurídico colombiano se refiere, los indígenas alegan como base jurídica la **Sentencia T-303 de 1997** de la Corte Constitucional en donde se resuelve el caso de la presunta vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio a un particular por parte de la fuerza pública a partir de la ocupación de un predio. En primer lugar se matizó que no todo conflicto armado constituye guerra y, en segundo lugar, declaró la obligación, por parte del ejército de solicitar el consentimiento previo del propietario o poseedor. Este análisis también se traslada al caso de los resguardos de las comunidades indígenas que son, como vimos antes, propiedad privada colectiva. Todo ello en caso de “paz”, entendida como ausencia de “guerra”, que no de conflicto armado. Por otro lado, recordemos la ya citada **Sentencia T-769 de 2009** recuerda, haciendo referencia a la presencia de bases militares en los resguardos, que “independientemente de que el impacto directo sobre las comunidades se considere positivo o negativo, cualquier acción que pueda afectarles directamente, debe ser consultada”. De ahí que los pueblos indígenas concluyan que el Estado tiene el deber de solicitar previamente su consentimiento expreso en caso de que quiera instalar bases militares en los territorios comunitarios, pues, en definitiva

El Estado no puede disponer libremente de los inmuebles particulares, en este caso los resguardos, que son propiedad privada colectiva; si necesitara establecer una base militar, debe adquirir o expropiar; como los indígenas nos oponemos a prestar nuestros predios para ese propósito, sólo podría acudir a la expropiación; pero ésta está prohibida expresamente por la Constitución. Luego el gobierno no puede establecer bases militares en nuestro territorio⁶¹

Es pertinente finalizar este apartado con un pequeño párrafo de la **carta que enviaron las autoridades indígenas del norte del Cauca** Cxhab Wala Kiwe – Territorio del Gran Pueblo Nasa en el Cauca- por un lado al presidente Juan Manuel Santos y, por otro, al comandante de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) Timoleón Jiménez, conocida como “Carta a Timochenko”. En ellas, los pueblos indígenas expresan ante la opinión pública nacional e internacional su visión del conflicto y las alternativas que proponen.

Al dirigirse al gobierno declaran y afirman lo siguiente:

Nosotros no le hemos declarado la guerra al Estado ni a la guerrilla. Lo que nosotros queremos es autonomía territorial, gobiernos propios y comunitarios, aplicar la justicia para la armonía de la gente y con la naturaleza, un modo de vida sustentable que enfrente el consumismo, una alianza popular para hacer una Colombia más justa. Lo que se resume en "derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas", una expresión que nosotros entendemos exactamente como "libre determinación", que las Naciones Unidas aprobaron en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (...) Pero a pesar de que nuestro proyecto de autonomía territorial está

61 Cxhab Wala Kiwe. *Carta al Defensor del Pueblo, al Procurador General de la Nación y al Delegado en Colombia del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos* [en línea]. 18 de julio de 2012 [Consulta: 5 mayo de 2013]. Disponible en: < <http://www.conlospiesporlatierra.net/?p=1457> >

protegido por normas internacionales, molesta al Estado y a la insurgencia, pues la autonomía es contraria a cualquier modelo territorial o político que pretenda uniformar desde afuera o desde arriba a las comunidades, o que no cuente con nosotros. Aunque no seamos un actor militar, nos hemos convertido en contradictores de los propósitos del Estado y de la guerrilla; nos hemos convertido en enemigos de la guerra; reconocemos ese carácter. Por eso, le hablamos como actores y constructores de paz.⁶²

Por otro lado, también le dejan claro a las FARC que:

No estamos en orillas diferentes de un mismo río. En realidad estamos en dos ríos distintos; puede que ambos desemboquen en el mismo mar, pero pensamos que el de ustedes difícilmente llegará al de un país más justo. Hemos escogido la lucha civil, masiva, directa, comunitaria, en montonera, no por simple diferencia con la lucha armada, sino porque nos parece que nuestro modo de hacer las cosas es más efectivo y eficaz para consolidar un poder popular alternativo y construir un modo de vida más inteligente, porque permite que sea siempre la comunidad la que decida sobre las formas de lucha, y porque entendemos que una guerra como la colombiana, más que en un posible remedio, se ha convertido en una "enfermedad crónica" que produce mucho dolor y muerte injustificados.⁶³

El mensaje que los pueblos indígenas envían al Estado, a la sociedad civil y a los actores armados es claro: proponen que a partir del respeto de sus derechos se construya un nuevo modelo político y, en definitiva, económico de país. No niegan en ningún momento su identidad como colombianos sino que demuestran su preocupación frente a la situación que afronta Colombia desde hace ya más de 40 años y, como defiende Boaventura de Sousa Santos, luchan claramente por la construcción de una "neocomunidad", en donde el pasado que la sustenta "es una no contemporaneidad contemporánea, una construcción social destinada a transformar un pasado de opresión en un futuro de dignidad."⁶⁴

3.3 LA CONSULTA PREVIA ¿UN VERDADERO INSTRUMENTO DE EMANCIPACIÓN?

Hasta ahora se puede decir que hemos llegado a las siguientes conclusiones: en primer lugar, los derechos colectivos, como lo es el derecho a la consulta previa, derivan y son instrumentales para garantizar el derecho a la libre determinación de los pueblos. Pese a ello, en Estados como Colombia se presentan conflictos cada vez más agudos y sangrientos en razón y por la defensa este derecho. En segundo lugar, el derecho a la consulta y, sobre todo el derecho a otorgar un

62 Observatorio por la Autonomía y los Derechos de los Pueblos Indígenas en Colombia . *Pronunciamento de las autoridades del Norte del Cauca al presidente Santos* [en línea]. Toribío, 11 de julio de 2011 [Consulta: 5 mayo 2013]. Disponible en: <<http://observatorioadpi.org/pronunciamento-de-las-autoridades-del-norte-del-cauca-al-presidente-santos> >

63 Cxhab Wala Kiwe. *Carta abierta de la ACIN a Timochenko* [en línea]. 20 de abril de 2012 [Consulta: 5 de mayo 2013]. Disponible en: <<http://www.pazdesdelabase.org/documentos/CARTA%20A%20TIMOCHENKO.pdf> >

64 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, op.cit., pág. 408.

consentimiento libre, previo e informado en estas circunstancias está adquiriendo relevancia a nivel nacional como internacional, tanto para los Estados como para los propios pueblos, por lo que encontramos cada vez más textos legales y pronunciamientos jurisdiccionales en diferentes instancias que intentan reconocer y regular este derecho.

Ahora bien, una vez vistos todos estos aspectos, es necesario preguntarse **¿Qué es lo que realmente puede aportar la lucha de los pueblos indígenas a nuestras sociedades?** O más bien, ¿De qué elementos y cuestionamientos hechos en el seno de sus comunidades y de cara al resto de la sociedad podemos adquirir como propios nosotros en la nuestra? En concreto ¿Es la consulta previa un derecho que ayude a los pueblos indígenas a “emanciparse”?

Tomaré el concepto de emancipación según la Real Academia Española la cual entiende que significa “Liberarse de cualquier clase de subordinación o dependencia”.

A) Lo que podemos aprender del Sur

A lo largo de este trabajo he intentado demostrar cómo la defensa de los derechos de los pueblos indígenas tiene fuertes implicaciones en la mayoría de esferas sociales, políticas, económicas y culturales. A nivel jurídico, la posibilidad de autogobierno, las jurisdicciones especiales y, en definitiva, la autonomía territorial que la CP reconoce a los pueblos indígenas de Colombia plantea bastantes retos al modelo de Estado en el que encuentran. Durante mucho tiempo las instancias oficiales han ignorado conscientemente esta realidad pero ahora encontrar una solución conjunta a este problema se ha convertido en un imperativo que reclaman pueblos indígenas – ahora mucho más organizados que décadas atrás – organismos defensores de derechos humanos, organizaciones ecologistas y una gran parte de la sociedad civil.

Boaventura de Sousa destaca **tres consecuencias⁶⁵ que se derivan de las luchas de los pueblos indígenas** por el reconocimiento a su derecho de libre determinación y que me gustaría traer a colación en lo que respecta a la consulta previa:

En primer lugar, según el autor estas luchas “traen a la superficie el lado más oscuro de la modernidad, como es el terror, la opresión o la destrucción infligida a los pueblos no europeos con el fin de pavimentar la vía hacia la modernidad occidental”. Pues bien, como hemos visto, algunos ejemplos de consultas previas como el caso de los Embera Katío con la represa Urrá I, el proceso de concertación con el gobierno no suele estar, generalmente, rodeado de un ambiente pacífico. Antes,

65 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, op.cit., pág. 405.

durante o después de la consulta los líderes de la comunidad o ella misma suelen ser objetivos de grupos armados, del poder fáctico, en donde, a partir de amenazas o asesinatos selectivos se les intenta amedrentar en su decisión.

En segundo lugar, con estos conflictos “se muestra que las equivalencias falsas entre etnicidad y las nociones de nación o Estado dan lugar a Estados etnocráticos, o falsos Estados nacionales.” Recordemos que cuando la Corte Constitucional, en la sentencia SU- 383 de 2003 se refería al interés general incluía a la propia existencia de los pueblos indígenas, como una riqueza colectiva que debía ser protegida por el conjunto estatal. Por contra, pese a que la CP predique una diversidad étnica y cultural como fundamento que rige las relaciones entre los organismos estatales y el resto de población, lo cierto es que cuando estas formas de vida y cosmovisiones no coinciden con el modelo político o económico que el gobierno ha escogido seguir, la solución a la que llegan los representantes gubernamentales, en muchas ocasiones, es la imposición de medidas que consideren necesarias en aras del ya más que repetido "interés general" de la nación.

Finalmente, la lucha que han librado los pueblos indígenas en todo el mundo por la autonomía jurídica ha sido propiciada por la actitud que han tenido los Estados, quienes han ignorado casi siempre los derechos propios o las culturas jurídicas que no formaran parte de aquellas que han predominado a lo largo de la historia. Pues bien, un diálogo entre iguales en la diferencia se hace necesario pues “tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro nuestra identidad”⁶⁶. No se puede dejar de lado, como se ha hecho históricamente, a grupos sociales, étnicos o culturales que representan también a la nación colombiana y que, por lo tanto, son ciudadanos.

Reflexionar acerca del aporte que ha hecho el derecho a la consulta previa en estos Estados podría representar, en mi opinión, un cambio de perspectiva en las políticas públicas o incluso una transformación del modelo económico del Estado. Defendiendo su derecho a ser consultados previamente así como a otorgar su consentimiento, el pueblo U'wa llevó a cabo acciones de carácter político y jurídico en todas las escalas, desde la local hasta la internacional, generando una gran movilización y debate en la sociedad. Este, precisamente sería un ejemplo de lo que Sousa Santos llama “**cosmopolitismo subalterno e insurgente**” el cual es un proceso que forma parte de aquellas globalizaciones de desde abajo o lo que es lo mismo, “contrahegemónicas” que dicho autor defiende. Este tipo de globalizaciones se caracterizan por cuestionar precisamente la definición que la modalidad hegemónica de globalización (es decir, la neoliberal) da de lo que se considera "interés

66 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, op.cit., pág. 533.

general". Ahora bien, el cosmopolitismo subalterno e insurgente englobaría no sólo una alianza internacional entre grupos sociales y organizaciones de base tanto del Norte como del Sur sino también a aquellos Estados – principalmente del hemisferio sur - que han sido subordinados por la globalización hegemónica durante mucho tiempo. Así, el autor señala que este cosmopolitismo tiene como fin crear redes de solidaridad transnacionales que incluyen actividades de todo tipo: desde servicios jurídicos alternativos hasta organizaciones laborales de carácter mundial pasando por organizaciones en la defensa de derechos humanos y redes de solidaridad Norte – Sur. Es, en fin, un “cosmopolitismo de los oprimidos”⁶⁷.

Así, los pueblos indígenas formarían parte de ese cosmopolitismo subalterno e insurgente y , pese a tener algunas diferencias con éste (puesto que los pueblos indígenas defienden unos “derechos colectivos especiales” y una “regulación local autónoma dentro de áreas territoriales definidas”)⁶⁸ tienen en común algo de suma importancia: **cuestionan el carácter del Estado – nación**, fruto de la concepción moderna de Estado que predominó durante muchos años y que parece estar en una crisis irremediable.

De este modo, el nombrado cosmopolitismo subalterno e insurgente y, consecuentemente las luchas de los pueblos indígenas tienen en común⁶⁹:

La lucha en contra todo tipo opresión generada por el poder neoliberal

La defensa de la igualdad en la diferencia por entender como equivalentes y complementarios los estos dos principios. “La igualdad, entendida como equivalencia entre lo mismo, acaba excluyendo lo que es diferente”, por eso se reclama una nueva concepción de igualdad que no suprima la diferencia que, inevitablemente, cada grupo social representa y la cual puede enriquecer el cambio que se está dando.

El nuevo papel que se le otorga a la democracia participativa en todos los niveles: internamente en las comunidades, con el Estado y globalmente. Es cierto que ello es un reto, pues siempre ha predominado la democracia representativa, una democracia que en la actualidad también se encuentra en declive y que debe combinarse con otros tipos de democracia para poder sobrevivir.

67 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, op.cit., pág.567.

68 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, op.cit., pág.388.

69 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, op.cit., pág. 568.

Considero que las luchas indígenas y lo que plantean en muchos casos se asimilan a las aspiraciones de movimientos como el 15 M que con el lema de “queremos una democracia real ya” lo que están pidiendo a gritos eso, una democracia participativa, incluyente y no excluyente, en donde el derecho a decidir por parte de una mayoría multicultural y no de una minoría sea la base de una nueva forma de Estado.

A grandes rasgos he intentado mostrar cuál es el fundamento que comparten muchos movimientos sociales actuales con los pueblos indígenas y que, a juicio de Sousa Santos, es el punto sobre el cual de debería construir una alianza internacional.

El paradigma del cosmopolitismo subalterno que incluye a todos estos colectivos, a juicio de Sousa Santos se basaría en una creatividad política que debe ser continuamente meditada por todos los que comparten dichos objetivos, todo para no correr el riesgo de convertirse a su vez en un movimiento hegemónico y totalitario.

B) ¿Hacia la “Yasunización” del mundo?

En este último apartado del trabajo pretendo demostrar cómo la **creatividad política del paradigma del cosmopolitismo subalterno** al que se refería Sousa Santos en el apartado anterior, ha sido posible, en mi opinión, gracias al compromiso del Estado, al trabajo de presión y movilización de organizaciones de base y, en definitiva a su trabajo conjunto.

Un ejemplo de la huella que ha ido dejando la cosmovisión de los pueblos indígenas en otras luchas no necesariamente de dicha raíz es la propuesta de la Reserva Natural Yasuní- ITT que hace más de una década se está planteando en Ecuador y que finalmente, en el año 2007, el presidente Rafael Correa defendió ante la Asamblea General de Naciones Unidas como alternativa para mermar los niveles y la velocidad a la que se extraían combustibles fósiles como el carbón y el petróleo.

Todo empezó el año 1997 cuando una organización ecológica ecuatoriana (Acción Ecológica) solicitó una moratoria de extracción de petróleo para que su ritmo de extracción en zonas amazónicas y de gran diversidad biológica disminuyera y no se extendiera a otros territorios del país. Así, años después el gobierno ecuatoriano de Rafael Correa adoptó esta propuesta y la incluyó como política nacional. Las siglas ITT se refieren a los 3 pozos petroleros que se encuentran en ese Reserva Natural (Ishpingo Tambococha Tiputini) y que aún no han sido explotados. Alberto Acosta fue ex ministro de Energía y Minas de ese país durante esos años y es considerado uno de los principales impulsores de esta iniciativa a nivel gubernamental. Acosta explicó, en una

entrevista⁷⁰ , **en qué consiste Yasuní – ITT** así como los elementos más significativos que existieron en el proceso de su defensa:

La iniciativa fue fruto del trabajo y la resistencia conjunta de organizaciones sociales de carácter ecológico pero, sobre todo, de comunidades indígenas.

Cuando el proyecto se formalizó por el Gobierno, la propuesta primordial consistía – y consiste – en no explotar los 850 millones de barriles de petróleo ubicados en la Reserva Natural del Yasuní, lo que significaba una disminución de los beneficios económicos que Ecuador podía percibir (entre 5.000 y 6.000 millones de dólares).

El aspecto financiero fue el principal punto del debate político: de un lado los detractores argüían la importancia de la explotación de este recurso para el desarrollo económico del país mientras que sus defensores cuestionaban esa premisa recordando que desde la década de los setenta se habían recibido aproximadamente 90.000 millones de dólares de esta actividad y aún no se había producido cambio alguno a nivel económico. Además, Ecuador sigue teniendo altos niveles de pobreza y, casualmente, en las provincias situadas en zonas petroleras se aprecia un índice mucho más alto de miseria y precariedad.

La propuesta finalmente es aceptada por el presidente Correa, pero con la condición de que la comunidad internacional “compensara” al Estado económicamente por no extraer el petróleo de la tierra. El dinero que ingresen los Estados irá a parar a un fideicomiso controlado por una instancia de Naciones Unidas y dicho dinero se utilizará en proyectos sostenibles con vistas a mejorar la agricultura local de las comunidades, reforestar zonas afectadas a nivel medioambiental y mejorar las condiciones en las que viven las poblaciones amazónicas. La idea de que el fideicomiso lo controle un organismo de la ONU es principalmente para que el proyecto se pueda reproducir en otros países si así lo desean.

Nombrados algunos de los aspectos que, a rasgos generales, definen y describen este proyecto, es necesario hacer hincapié en una característica de la que aún no se ha hablado y que, en mi opinión, se relaciona directamente con el derecho a la consulta previa. La propuesta de Yasuní- ITT no se presenta como un “proyecto de desarrollo aislado” de un Estado en concreto sino más bien como un proyecto común el cual es controlado tanto por la sociedad ecuatoriana como por la sociedad civil internacional. Alberto Acosta defiende que, más que una compensación, se debe hablar de una

70 Matthieu le Quang, *El proyecto ITT en Ecuador: dejar el crudo en tierra o el camino hacia otro modelo de desarrollo. Entrevista a Alberto Acosta* [en línea]. 5 de octubre de 2009 [Consulta: 10 de mayo de 2013].

Disponibile

[<http://www.ecoportale.net/Temas_Especiales/Desarrollo_Sustentable/el_proyecto_itt_en_ecuador_dejar_el_crudo_en_tierra_o_el_camino_hacia_otro_modelo_de_desarrollo_entrevista_a_alberto_acosta_>](http://www.ecoportale.net/Temas_Especiales/Desarrollo_Sustentable/el_proyecto_itt_en_ecuador_dejar_el_crudo_en_tierra_o_el_camino_hacia_otro_modelo_de_desarrollo_entrevista_a_alberto_acosta_>)

en:

corresponsabilidad de todos los Estados – los más ricos en especial - puesto que se trata de una contribución que éstos hacen debido a que han sido los principales responsables de la crisis ecológica en la que nos encontramos. Así, Yasuní-ITT iría más allá de lo que ha planteado el protocolo de Kioto puesto que, por un lado lo que se busca en este caso es evitar que sigan habiendo esas cantidades de emisiones de efecto invernadero y, por otro lado, se plantea cambiar elementos muy importantes del modelo de desarrollo económico actual, buscando uno verdaderamente respetuoso con la naturaleza a partir de una concienciación global, no sólo de las organizaciones ecologistas o de los pueblos indígenas, sino también de los propios Estados. Como dice Acosta, “el mundo requiere acciones concretas” pero yo añadiría que es necesario que dichas acciones estén conectadas a un conciencia y un fin común. La experiencia del Yasuní tiene vocación de extenderse a otras partes del mundo en contextos culturales distintos y complejos. Un ejemplo de ello sería el caso de Nigeria, el cual también está adoptando propuestas similares.

En conclusión, como indiqué al inicio de este último apartado, podemos encontrar ciertos **vínculos entre la lucha de los pueblos indígenas** por conservar su territorio y la necesidad, por parte del Estado, de proteger los recursos naturales y todas las riquezas humanas que pueden aportar las comunidades. Para mí, el derecho a la consulta previa ha sido y es un paso importante hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y hacia mecanismos democráticos de carácter participativo, pero no creo que sea suficiente. Es necesario que un nuevo modelo de desarrollo se convierta en una alternativa real no sólo a escala local sino también Estatal o incluso global y que no sólo sea defendido por ecologistas o indígenas sino también por los organismos públicos. Propuestas como la del Yasuní demuestran dos cosas: en primer lugar, el fuerte impacto social y político que tienen las movilizaciones indígenas y sus cosmovisiones, algunas de ellas adoptadas recientemente en Constituciones como las de Bolivia o Ecuador y, en segundo lugar, el hecho de que los Estados aún pueden tomar partido en este cambio y que, si bien es un camino complejo, porque implica romper con muchos esquemas que la Modernidad ha establecido como absolutos y únicos, no es imposible. Como dice muy acertadamente Sousa Santos “Sea como fuere, lo importante es no reducir el realismo a lo que existe”.⁷¹

71 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, op.cit., pág. 541.

CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas se ha intentado proporcionar un conocimiento más concreto y preciso de lo que consiste el derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano y de lo que puede llegar a significar para los pueblos indígenas a nivel global.

No en vano la primera parte de la investigación tuvo como eje la regulación internacional que se ha hecho al respecto puesto que, como vimos posteriormente, el reconocimiento inicial de este derecho a nivel nacional radica en el Derecho Internacional ratificado por el Estado, por lo que aquél acaba formando parte del Bloque de Constitucionalidad. Gracias a ello, los pueblos indígenas en Colombia han podido, poco a poco, solicitar su tutela a través de los órganos judiciales, algo que ha llevado a que la Corte Constitucional acumule ya un gran número de pronunciamientos, algunos de los cuales se han analizado en el presente trabajo. Así, se ha hecho un recorrido de la jurisprudencia más relevante en casos de consulta previa de leyes y de actos administrativos para, finalmente, intentar determinar los elementos primordiales que definen un correcto proceso de consulta de este tipo.

En el primer capítulo del trabajo se vio el amalgama que conforma la regulación internacional: desde los Convenios Internacionales de la OIT que vinculan a los Estados hasta los informes de los relatores especiales sobre los derechos de los pueblos indígenas, pasando por la reciente Declaración de 2007 la cual, pese a no ser vinculante jurídicamente, es una clara manifestación de intenciones por parte de los pueblos indígenas y de algunos Estados sobre el camino deseable para un amplio y verdadero reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Todos estos instrumentos jurídicos han tenido un largo y lento recorrido necesario para la construcción de un marco jurídico internacional dirigido exclusivamente a los derechos de este particular sujeto. Se puede añadir que, incluso en aquellos casos en que estas normas no han llegado a obligar a los Estados en relación a la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas – entre ellos, claro está, el derecho a la consulta previa – la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha jugado un papel admirable en la interpretación y aplicación aquéllas, haciendo que, de igual forma, deban tenerlas en cuenta.

En el segundo capítulo, al analizar el ámbito nacional de regulación de los derechos de los pueblos indígenas, se pudo ver el contraste existente entre la precaria regulación constitucional y legal frente la rica, compleja y en ocasiones contradictoria jurisprudencia de la Corte Constitucional. Gracias a ella pude concluir que, efectivamente, el derecho a la consulta previa tiene múltiples dimensiones y que su espectro se amplía cada vez más, abarcando todos aquellos instrumentos que afecten directamente a las comunidades que cumplan con los requisitos generales para ser consultados. De

este modo, el derecho de los pueblos a ser consultados previamente y, sobre todo, el derecho a dar su consentimiento para aquellos actos que les afecten, se ha configurado jurídicamente como un instrumento de participación directa que recuerda a otros mecanismos democráticos, como por ejemplo el plebiscito, y que tiene como objeto generar un consenso entre las partes, en este caso entre el Estado y los pueblos indígenas.

Es claro que ha habido un progreso en el reconocimiento jurídico de la consulta previa. Pese a que aún existan discrepancias al respecto, la jurisprudencia constitucional ha concluido que es un mecanismo destinado a proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y que se ha configurado, por tanto, para garantizar el derecho a la libre determinación de éstos pero, esencialmente, su derecho a la existencia misma como pueblos.

A estas alturas cabe cuestionar, entonces ¿En qué condiciones se garantiza dicha existencia ? Esta es, en mi opinión, la otra cara de la moneda. La aplicación efectiva de este derecho ha presentado muchas carencias, incluso cuando la consulta se hizo dentro de los parámetros legales. Los modos de vida de estos pueblos son en la mayoría de casos deteriorados debido a la acción de los grupos armados o bien de las propias empresas multinacionales que ejecutan los proyectos en el territorio. Tristemente, las indemnizaciones se quedan muy cortas en relación a todo el daño que provocan los proyectos de explotación de recursos, carreteras, represas, etc. Es más, se ha probado que en la mayoría de casos la reparación económica a la comunidad acaba por destruir la estructura social de la misma. Por ello, la tercera etapa del trabajo tuvo como fin principal evaluar dicha efectividad y plantear ideas y proyectos interesantes que se están generando en todo el mundo. Vincular las luchas de los pueblos indígenas – las luchas del sur – con aquellas otras que reclaman un cambio de modelo de desarrollo, un cambio de las instituciones supuestamente democráticas y, en definitiva, un cambio en la manera de vivir, es necesario en estos momentos. Unir todas estos proyectos es una compleja, que requiere tiempo y paciencia pero que, si se recuerda que los pueblos indígenas llevan más de 500 años luchando y resistiendo en contra del exterminio, probablemente parezca menos pesada de emprender.

Así pues, este trabajo me ha ayudado a comprender que el derecho a la consulta previa ha sido y es un instrumento muy importante, fruto de una larga reflexión que durante años hicieron operadores jurídicos en distintos niveles. Es, por tanto, un instrumento que debe seguir siendo promovido pero no por ello paralizado. Aún queda mucho por hacer y en la medida en que este derecho vaya evolucionando de la mano de otros proyectos políticos, sociales, económicos y ecológicos como las iniciativas de energías renovables o la propuesta de Yasuni-ITT, ese cosmopolitismo subalterno que defiende Sousa Santos podrá ser una realidad cada vez más patente.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

a) Manuales

APARICIO PÉREZ, Miguel A. *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Atelier, 2009.

PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*. Decimocuarta edición. Madrid: Tecnos, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid : Trotta, S.A., 2009.

SOUSA SANTOS, Boaventura: *Para desconolizar occidente: más allá del pensamiento abismal*.
Disponible en: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/coedicion/perspectivas/boaventura.pdf>>

b) Informes y artículos del Relator Especial

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Misión a Colombia*. 10 de noviembre de 2004. Doc. E/CN.4/2005/88/Add.2.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. 15 de noviembre de 2007. Doc. A/HRC/6/15.

ANAYA, James. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. 5 de octubre de 2009. Doc. A/HRC/12/34/Add.6, pág. 25.

ANAYA, James. *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior*. 8 de enero de 2010. Doc. A/HRC/15/34/.

ANAYA , James. *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración*, pág. 6. [en línea] [Consulta: 14 marzo 2013] Disponible en:

<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/1574/anaya-derecholibredeterminacion-pueblos-indigenas-2010.pdf> >

c) Otros estudios

FIGUERA VARGAS, Sorily Carolina. *Los Pueblos Indígenas: libre determinación y subjetividad internacional* [en línea] . Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2010 [Consulta: 2 de marzo

2013]. Disponible en: http://digitool-uam.greendata.es//exlibris/dtl/d3_1/apache_media/L2V4bGlicmlzL2R0bC9kM18xL2FwYWNoZV9tZWRpYS81ODEyNA==.pdf >

VELA PERDOMO, Claudia J. *Consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los pastos que habitan en el departamento de Nariño* [en línea]. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011 [Consulta: 4 marzo 2013]. [Maestría en Derecho]. Disponible en : < <http://www.bdigital.unal.edu.co/4451/1/06657159.2011.pdf> >

RODRIGUEZ, Gloria A. *La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia* [en línea]. 23 de septiembre de 2008 [Consulta: 25 marzo 2013] Disponible en: <<http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=I1----&x=20156105>>

Universidad del Rosario. RODRIGUEZ, Gloria A. *Breve reseña de los derechos y de la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia* [en línea]. [Consulta: 4 abril 2013]. Disponible en: <http://www.urosario.edu.co/urosario_files/3a/3a3ccef9-bcde-4c21-bfcf-35cae97d5c48.pdf >

Fergus MacKay, forest People programme. Comité de DDHH. *Guía sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* [en línea] .Diciembre 2001[Consulta: 5 mayo 2013]. Disponible en: <<http://odhpi.org/wpcontent/uploads/2012/08/COMITE-DDHH-Y-PUEBLOS-INDIGENAS.pdf>>

GARAVITO Rodríguez y Natalia Orduz Salinas. *La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del en el derecho internacional*. Universidad de los Andes. Bogotá. 2010.

RODRIGUEZ GARAVITO, César. ORDUZ SALINAS, Natalia. *Adios Río: la disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012.

RODIGUEZ GARAVITO, César. ORDUZ SALINAS, Natalia. *La Consulta Previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*.

ORDUZ SALINAS, Natalia. Tejiendo derechos. *La consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia ; Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC. Primer edición, septiembre de 2011.

2. Documentos

a) Legales

Naciones Unidas. *Declaración de las sobre los Derechos de los Pueblos indígenas*, 2007.

Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 19 de diciembre de 1966.

Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nueva York, 19 de diciembre de 1966.

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio No 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1957*.

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio No 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, de 1989*.

Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969*.

Colombia. Constitución Política, 4 julio de 1991.

Colombia. Decreto 1397 de 8 de agosto de 1996 por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Decreto 1320 de 1998 de 13 de julio de 1998 por el cual se reglamenta la Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

Colombia. Ley 99 de 22 de diciembre de 1993 por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental -SINA- y se dictan otras disposiciones.

b) Informes y documentos de organismos especializados

Boletín ONU. La adopción de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, un momento histórico para los derechos humanos [en línea]. Comunicado No. 07/107, 14 de septiembre de 2007 [Consulta: 14 marzo 2013] Disponible en: [≤ http://www.cinu.mx/comunicados/2007/09/la-adopcion-de-la-declaracion >](http://www.cinu.mx/comunicados/2007/09/la-adopcion-de-la-declaracion)

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. *Observación general No 23, “Derechos de las minorías”*. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta libre, previa e informada* [en línea]. Disponible en: [< http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7602.pdf?view=1 >](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7602.pdf?view=1)

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Pueblos indígenas. Diálogo entre culturas*. Cuaderno del Informe de Desarrollo humano, Colombia 2011. Colección cuadernos INDH 2011.

Foro Permanente para las cuestiones indígenas. 12 periodo de sesiones. *Informe consolidado sobre las industrias extractivas y sus efectos sobre los pueblos indígenas*. Doc:E/C.19/2013/16.

Departamento Nacional de Planeación (DPN), República de Colombia . *Aspectos básicos grupo étnico indígenas* [en línea]. Bogotá: febrero de 2010. Disponible en: <<https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=CpCS1dVTQf4%3D&tabid=273>>

Departamento Nacional de Planeación (DPN), República de Colombia. *Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos (documento de trabajo interno)* [en línea]. Marzo de 2011. Disponible en: <<https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Grq2aX7b9gU%3D&tabid=273>>

Mesa de coordinación interinstitucional Departamento Nacional de Planeación. Ministerio del Interior. Programa presidencial para pueblos indígenas. *Seguimiento a los acuerdos de consulta previa con pueblos indígenas*. Informe ejecutivo. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Bogotá, D.C., septiembre de 2012.

Consentimiento y consulta previa libre e informada en Colombia, Ecuador y Perú [en línea]. INDEPAZ, international alert. Bogotá, D.C., Colombia. Octubre 2012. Disponible en: <<http://ediciones.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/03/libro-Consentimiento.pdf>> .

Marco Romero (Director). Documentos CODHES 24. *El derecho fundamental a la consulta previa : linea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia* [en línea]. Bogotá, Junio de 2012. Disponible en: <<http://www.convergenciagnoa.org/files/Derfunda.pdf>>.

Comisión Colombiana de Juristas. *Derecho fundamental a la Consulta previa* [en línea] . Boletín No 2: serie sobre el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes. Bogotá, Colombia. Disponible en: <www.coljuristas.org>

3. Jurisprudencia nacional e internacional

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, de 31 de agosto de 2001.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, de 27 de junio de 2012.

Sentencia T- 428/92 de la Corte Constitucional.

Sentencia T-308/93, de la Corte Constitucional.

Sentencia T-380/93 de la Corte Constitucional.

Sentencia Unificadora SU-039/97 de la Corte Constitucional.

Sentencia C- 652/98 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-582/99 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-169/01 de la Corte Constitucional.

Sentencia Unificadora SU-383/03 de la Corte Constitucional.

Sentencia T -772/05 de la Corte Constitucional.

Sentencia T-778/05 de la Corte Constitucional.

Sentencia C- 461/08 de la Corte Constitucional.

Sentencia T-769/09 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-461/08 de la Corte Constitucional.

Sentencia C- 030/08 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-175/09 de la Corte Constitucional.

Sentencia T-154/09 de la Corte Constitucional.

Sentencia T- 973/09 de la Corte Constitucional.

Sentencia T- 547/10 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-702/10 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-882/11 de la Corte Constitucional.

Sentencia T- 973/09 de la Corte Constitucional.

Sentencia T-129/11 de la Corte Constitucional.

Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional.

4. Páginas web

Universidad Externado de Colombia. *Foro sobre la Consulta previa* . [en línea]. Bogotá, 14 de marzo de 2013 [Consulta: 4 abril 2013]. Disponible en: < http://www.youtube.com/watch?v=obTUZgXi_kc > .

Martinez Alier, Joan. Llegamos a 400 ppm: es preciso yasunizar el mundo. *Sinpermiso* [en línea]. 26 de Mayo de 2013 [Consulta: 5 junio 2013]. Disponible en: < <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=6017> >

Matthieu le Quang. El proyecto ITT en Ecuador: dejar el crudo en tierra o el camino hacia otro modelo de desarrollo. Entrevista a Alberto Acosta [en línea]. 5 de octubre de 2009 [Consulta: 10 de mayo de

2013]. Disponible en: <http://www.ecoportal.net/Temas_Especiales/Desarrollo_Sustentable/el_proyecto_itt_en_ecuador_dejar_el_crudo_en_tierra_o_el_camino_hacia_otro_modelo_de_desarrollo_entre_vista_a_alberto_acosta>

Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC. Disponible en: <<http://cms.onic.org.co/pueblos-indigenas/>>

Rodriguez, César; Jimeno, Gladis; Rodriguez, Gloria A. La hora de la consulta previa. *El espectador* [en línea]. [Consulta: 6 marzo 2013]. Disponible en : <<http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/vivir/articulo-404488-hora-de-consulta-previa>>

Cxhab Wala Kiwe. *Carta al Defensor del Pueblo, al Procurador General de la Nación y al Delegado en Colombia del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos* [en línea]. 18 de julio de 2012 [Consulta: 5 mayo de 2013]. Disponible en: <<http://www.conlospiesporlatierra.net/?p=1457>>

Cxhab Wala Kiwe. *Carta abierta de la ACIN a Timochenko* [en línea]. 20 de abril de 2012 [Consulta: 5 de mayo 2013]. Disponible en: <<http://www.pazdesdelabase.org/documentos/CARTA%20A%20TIMOCHENKO.pdf>>

Observatorio por la Autonomía y los Derechos de los Pueblos Indígenas en Colombia . *Pronunciamiento de las autoridades del Norte del Cauca al presidente Santos* [en línea]. Toribío, 11 de julio de 2011 [Consulta: 5 mayo 2013]. Disponible en: <<http://observatorioadpi.org/pronunciamiento-de-las-autoridades-del-norte-del-cauca-al-presidentesantos>>