

**Materialización Jurídica de la Consulta previa como Mecanismo Internacional Protector
de Derechos Humanos de las Comunidades Indígenas en Colombia**

María Alejandra Castro Plata

Carlos Andrés Hincapié Rueda



Universidad Pontificia Bolivariana

Seccional Bucaramanga

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

2016

**Materialización Jurídica de la Consulta previa como Mecanismo Internacional Protector
de Derechos Humanos de las Comunidades Indígenas en Colombia**

María Alejandra Castro Plata

Carlos Andrés Hincapié Rueda

Monografía de grado presentada como requisito parcial para optar el título de

Abogado

Docente Director(a):

Dra. María del Rosario Santos de Aguirre



Universidad Pontificia Bolivariana

Seccional Bucaramanga

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

2016

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Dedicatoria

Dedicamos este Trabajo de grado a todas aquellas personas que han estado a nuestro lado a lo largo del arduo proceso de formación que hemos atravesado con el objetivo de convertirnos en abogados, y que gracias a ellas hoy somos las personas que somos.

A nuestras familias, amigos y docentes, de quienes recibimos siempre un apoyo sincero y enseñanzas valiosas para nuestras vidas; este trabajo de grado es para ustedes que nos han enseñado que nuestra voz merece ser escuchada y que no importa que tan negra sea la noche siempre habrá un nuevo día esperándonos.

A la **Doctora María del Rosario**, por haber sido nuestra guía en el arduo proceso de investigación y redacción, por compartir sus amplios conocimientos con nosotros y permitirnos enriquecer nuestro intelecto. Porque no olvidamos que éste trabajo no es solo nuestro, es en gran parte también suyo.

A la Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga, y a todos sus funcionarios, quienes con su carisma y conocimientos nos permitieron formarnos como profesionales íntegros y explorar los campos del Derecho Internacional y el Derecho Ambiental que tanto nos apasionan.

Pero sobre todo dedicamos este trabajo de grado a **Dios**, por habernos otorgado el regalo de la vida y guiar nuestros destinos, sin su bendición ningún paso en nuestras vidas tendría sentido.

Agradecimientos

A mis padres, **Margarita** y **Christian**, por ser un apoyo constante a lo largo de mi vida, por ser las primeras personas en darme la fuerza para cumplir mis metas.

A mi hermana **Tatiana** por ser mi apoyo, por creer en mi fuerza y mis capacidades. Por creer en mí y en mis sueños sin importar cuan locos o bizarros sean... por creer en París.

A **José, Ximena, Mayra** y a **María Andrea** por escuchar cada una de mis quejas y mis extenuantes jornadas de estudio. Por resistir el tiempo, encontrar divertidas cada una de las cosas que fui aprendiendo y soportar cada paso en mi camino. Por enseñarme el significado de una amistad sincera, permitirme soñar despierta e impulsarme a buscar lo que me inspira, viajar.

A **Mario**, simplemente por ser tú, por tus consejos, tu apoyo y tu valiosa amistad. Por permitir crecer en mí la pasión por la literatura, la música, las artes y el derecho. Por ser mi gran maestro en el arte de la vida y por ser la gran persona que eres. Hiciste de mi proceso de formación una experiencia única.

A **Daniela** por recordarme el valor de la música y la amistad, por permitirme enseñarte las pocas cosas que he aprendido y más que nada por ser mi gran amiga y compañía invariable durante mi proceso de formación jurídica.

A mi **familia** por su apoyo constante y especialmente al recuerdo de mi **Abuelo Rubén**, mi ángel, mi gran maestro, gracias por enseñarme lo que significa trabajar por lo que quiero, por permitirme ser quien quise ser y por despertar en mí la pasión por descubrir el mundo.

Por supuesto, a **Dios**, por ser mi guía, mostrarme el camino, darme la fé en los momentos difíciles y fuerza para lograr lo que me parecía imposible de terminar.

María Alejandra

A toda mi querida familia, en especial a mi madre, **Elizabeth**, quien con gestos de tierno amor, quiso que yo fuera un profesional; y hoy lo soy. Y a mi señor Padre **Carlos Alberto** por su constante ánimo y apoyo

Admiración y respeto a **mis educadores** de todos los tiempos, ellos que desde mi infancia velaron por una formación integral y sólida. Eterno agradecimiento por su entrega en la laudable profesión de ser maestro.

A las instituciones de educación: **Instituto Niña María, Instituto Técnico Superior “Dámaso Zapata” y Universidad Pontificia Bolivariana**, que me formaron en la verdad, el respeto, la justicia y la búsqueda del bien común

Carlos Andrés

Tabla de Contenido

	Pág.
1. Introducción	15
1.1. Marco Metodológico	17
1.2. Hipótesis.....	18
1.2.1 Hipótesis Nula.....	18
1.2.2 Hipótesis Alterna.....	18
1.3. Planteamiento Del Problema.....	18
1.3.1 Pregunta de investigación	21
1.4. Objetivos	21
1.4.1 Objetivo General	21
1.4.2 Objetivos Específicos.....	21
2. Justificación	22
3. Consulta Previa, Mecanismo Protector de Derechos Humanos.....	23
3.1 Concepto de Consulta Previa	23
3.1.1 El Concepto de “Derechos Humanos Étnicos.....	23
3.2 Marco constitucional de los derechos y la protección de las comunidades indígenas en Colombia	23

3.3	Jurisprudencia en la definición de la consulta previa.....	24
3.4.	Procedimiento Administrativo	25
3.4.1	Certificación sobre la Presencia de Comunidades Étnicas	26
3.4.2	Coordinación y Preparación.....	27
3.4.3	Pre Consulta	28
3.4.4	Consulta Previa	29
3.4.4.1	<i>Reuniones de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo</i>	30
3.4.4.2	<i>Reuniones para la formulación de acuerdos</i>	31
3.4.4.3	<i>Protocolización</i>	32
3.4.5	Seguimiento de Acuerdos	33
3.4.5.1	<i>Requerimientos periódicos a los responsables, en los plazos acordados a las comunidades</i>	33
3.4.5.2	<i>Cierre de la consulta</i>	34
3.5.	Criterios Mínimos de la Consulta Previa	34
3.5.1	Principio de Buena Fe	34
3.5.2	Derecho a la Información en la Consulta Previa.....	36
3.5.3	La Consulta previa como Mecanismo Oportuno	37
3.6.	Participantes de la Consulta Previa	38

3.6.1 Pueblos Indígenas	38
3.6.2 Instituciones Estatales	41
3.6.3 Responsables del Proyecto.....	42
3.7. Limitaciones a la Consulta Previa.....	43
3.7.1 Certificación de Existencia de Pueblos Indígenas	43
3.7.2 Proyectos Inconsultos en Áreas de Influencia Indígena	44
3.7.3 Garantía del Debido Proceso.....	45
3.7.4 Orden Público	45
3.7.5 Información Ambiental	46
3.8. Casos de Obligatoria Aplicación de la Consulta Previa.....	47
4. Interculturalismo, Reto del Siglo XXI.....	50
4.1 Conceptos teóricos relacionados con el Multiculturalismo	50
4.2 Interculturalismo y democracia participativa.....	52
4.3 Interculturalidad y Multiculturalidad	54
4.4 Interculturalismo Político.....	56
4.5 Conceptos de organismos internacionales, Universales y Hemisféricos sobre la Consulta Previa	59
4.5.1 Conceptos sobre Consulta previa expedidos para el sistema de las Naciones Unidas	59

4.5.2 Conceptos sobre Consulta previa expedidos por la Organización de los Estados Americanos y Sistema Interamericano de Derechos Humanos	63
4.5.3 Conceptos sobre Consulta previa expedidos por Organismos Financieros Multilaterales.....	67
4.5.4 El convenio 169 de la OIT y el bloque de constitucionalidad colombiano	70
5. Consulta previa como Mecanismo Protector de Derechos Humanos de Comunidades Indígenas: Análisis Jurisprudencial	76
5.1 Análisis Jurisprudencial Nacional.....	76
5.1.1 El Conflicto de Chidimia: Corte Constitucional Sentencia T-129 de 2011	76
5.1.2 Oleoducto de los llanos: Corte Constitucional Sentencia T-693 de 2011.....	78
5.1.3 Proyecto Quifa y la sentencia T-764 de 2015	82
5.2 Interés general Vs. Interés particular en los conflictos ambientales y la consulta previa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	87
5.2.1 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.....	87
5.2.2 Caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay	94
5.2.3 Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador	102
Conclusiones.....	109
Referencias Bibliográficas	112

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. <i>Etapas para la aplicación de la consulta previa.</i>	25
Tabla 2. <i>Ruta para la verificación de la presencia de comunidades étnicas.</i>	26
Tabla 3. <i>Pasos clave para la realización de la pre consulta.</i>	29

Lista de Figuras

	Pág.
<i>Figura 1.</i> Elementos esenciales de la convocatoria a la reunión para la finalización de la consulta previa	30
<i>Figura 2.</i> Pasos específicos para la verificación de los acuerdos	33

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TITULO: Materialización Jurídica de la Consulta previa como Mecanismo Internacional Protector de Derechos Humanos de las Comunidades Indígenas en Colombia

AUTOR(ES): María Alejandra Castro Plata Carlos Andrés Hincapié Rueda

FACULTAD: Facultad de Derecho

DIRECTOR(A): María del Rosario Santos Aguirre

RESUMEN

El presente trabajo determina la forma en que se materializa la protección de los derechos humanos de las comunidades indígenas en Colombia, a través del mecanismo de la consulta previa. Siendo las comunidades indígenas la población objeto de estudio, y la protección a su derecho de disponer sobre sus tierras según sus tradiciones cosmogónicas, el tema principal de análisis. En este sentido, describe los componentes de la consulta previa en cumplimiento con los requisitos mínimos de ser previa, libre e informada, al igual que su procedimiento administrativo especial en el marco del derecho colombiano. De igual manera, se establece la necesidad de los Estados de proteger la Inter-culturalidad en el Siglo XXI como mecanismo para asegurar la supervivencia colectiva y la integridad cultural. Los aportes finales del texto explican, mediante algunos criterios jurisprudencias nacionales y hemisféricas, como a través de la consulta previa se protegen efectivamente los derechos humanos de las comunidades indígenas nacionales.

PALABRAS CLAVES:

Consulta Previa, Interculturalismo, Multiculturalismo, Indígenas, Comunidades, Pueblos Tribales, Diversidad étnica.

V° B° DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO

GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE

TITLE: Legal Materialization of prior Consultation as International Mechanism Protector of Human Rights of Indigenous Communities in Colombia

AUTHOR(S): María Alejandra Castro Plata Carlos Andres Hincapié Rueda

FACULTY: Facultad de Derecho

DIRECTOR: María del Rosario Santos Aguirre

ABSTRACT

This work determines how the protection of human rights of indigenous communities in Colombia materializes through the mechanism of aboriginal consultation. The Indigenous communities are the population under study, and the protection of their right to dispose of their land according to their cosmological traditions are the focus of analysis. In this respect, it describes the components of aboriginal consultation with the minimum requirements of being prior, free and informed, as well as the special administrative procedure under Colombian law. Likewise, the state's necessity to protect the Inter-cultureless in the XXI century as the wherewithal to ensure the collective survival and the cultural integrity. The final contribution of this paper, explained by some national jurisprudence and hemispheric criteria, how through aboriginal consultation the human rights of national indigenous communities are effectively protected.

KEYWORDS:

Aboriginal Consultation, Interculturalism, Multiculturalism, Indigenous, Communities, Tribal groups, Ethnic diversity.

V° B° DIRECTOR OF GRADUATE WORK

1. Introducción

No quiero que mi casa tenga murallas por los cuatro costados, y que mis venas estén tapiadas. Quiero que las culturas de todas las tierras circulen por mi casa tan libremente como sea posible. Pero me niego a ser derribado por ninguna de ellas. (Gandhi, 1940)

La consulta previa a pueblos indígenas y tribales representa en la actualidad uno de los mayores retos planteados en materia de derecho nacional e internacional, además de uno ser una de las temáticas más difíciles y controversiales a los que se enfrenta la comunidad mundial por su profunda trascendencia en materia de derechos humanos y desarrollo económico regional, nacional, hemisférico e incluso mundial. En éste sentido, trata conflictos jurídicos, políticos y sociales, donde se encuentran en pugna intereses económicos y el derecho ancestral de las comunidades a disponer de sus territorios en concordancia con sus tradiciones.

El presente trabajo de grado es de corte DESCRIPTIVO y CUALITATIVO, utilizando un método TEÓRICO DE ANÁLISIS-SÍNTESIS, utilizando la técnica de REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA y haciendo uso de INFORMACIÓN PRIMARIA, tal como tratados y convenios internacionales bilaterales y/o multilaterales, la Constitución Política de Colombia, así como documentos legales y jurisprudenciales que sobre la mencionada temática sean pertinentes; de igual manera usará como fuente de INFORMACIÓN SECUNDARIA documentos doctrinales e investigativos que traten sobre la Consulta Previa, sus alcances, sus sujetos activos y pasivos, su implicación a nivel cultural, ambiental, administrativo y económico en el país y su marco jurídico nacional e internacional.

Se manejará una hipótesis nula según la cual se afirma que en Colombia, la consulta previa como mecanismo internacional protector de derechos humanos de comunidades indígenas se materializa jurídicamente de manera efectiva. Por otro lado, se tratará una hipótesis alterna según la cual la consulta previa no es un mecanismo internacional efectivo de protección de derechos humanos de las comunidades indígenas, por cuanto no se materializa en el plano jurídico. En caso de no lograr ser comprobada la primera hipótesis se entenderá comprobada la segunda.

A continuación se abordarán temáticas relacionadas con la consulta previa, entendida como un mecanismo de participación ciudadana, así como un derecho fundamental; creando así el espacio perfecto que se requiere para que el Estado vele por los intereses de antaño que acompaña la población étnica del territorio de manera integradora con los principios del consentimiento autónomo, la información debida y el reconocimiento de existencia de los pueblos. Teniendo en cuenta que desde las primeras formas asociativas del individuo, han buscado la justicia como un mecanismo social para la participación activa dentro de la comunidad, siendo ésta el cumulo de medios humanos y culturales que la activan y la componen.

De igual manera, el concepto de multiculturalismo y la implicación que tiene éste en el desarrollo de políticas estatales ha tomado un impulso sustancial, especialmente en lo relacionado con la protección de derechos humanos de minorías étnicas. Así las cosas, aparecen conceptos que sin ser opuesto al mencionado anteriormente son insuficientes para lograr una explicación certera de los fines estatales colombianos, como lo es el interculturalismo. Es por esto que la consulta previa se presenta como un mecanismo jurídico protector de los derechos humanos de las comunidades indígenas históricamente marginadas, de sus culturas y sus territorios ancestrales, así como mecanismo de conservación cultural frente a la “dialéctica de la negación del otro” al que se enfrenta a sociedad actual.

Finalmente, mediante un análisis de algunas sentencias proferidas por la Corte Constitucional y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se busca explicar cómo la consulta previa se materializa en casos reales y cumple así efectivamente con su protección a los derechos humanos de las comunidades indígenas. Es por esto que, cuando las barreras de la comunicación no existen, las comunidades indígenas reclaman que su voz y sus derechos sean preservados, para así proteger el orden interno de las etnias y su aporte a la cultura del país, siendo en este punto donde el mecanismo de la consulta previa se presenta como un eje transversal al mencionado objetivo.

1.1. Marco Metodológico

El método que orienta ésta investigación es TEÓRICO DE ANÁLISIS-SÍNTESIS, partiendo de la segregación del contenido del derecho de las comunidades indígenas en Colombia a la consulta previa, el análisis de la inter-culturalidad en el siglo XXI y la importancia que ésta ha cobrado para los Estados, para finalmente analizar éstos como parte del mecanismo internacional protector de derechos humanos de la consulta previa.

Esta investigación es de corte DESCRIPTIVO, en tanto busca principalmente, y tal como se indicó en el objetivo general, describir el alcance de la protección jurídico política de la consulta previa como mecanismo internacional protector de derechos fundamentales de las comunidades indígenas en Colombia.

La presente investigación es de corte CUALITATIVO, por lo que utilizará como fuente de INFORMACIÓN PRIMARIA tratados y convenios internacionales bilaterales y/o multilaterales, la Constitución política de Colombia, así como normas y jurisprudenciales que sobre la

mencionada temática sean pertinentes; de igual manera usará como fuente de INFORMACIÓN SECUNDARIA documentos doctrinales e investigativos que traten sobre la Consulta previa, sus alcances, sus sujetos activos y pasivos, su implicación a nivel cultural, ambiental, administrativo y económico en el país y su marco jurídico nacional e internacional.

Por tanto, la técnica aplicable en la presente investigación es la REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA, donde partiremos de la legislación internacional, tal como el Convenio 169 de la OIT, ratificado a nivel nacional mediante la ley 21 de 1991, múltiples investigaciones que sobre la consulta previa se han realizado a nivel nacional, de igual manera se tendrá en cuenta artículos investigativos sobre el bloque de constitucionalidad y la importancia del multiculturalismo como base misma de la consulta previa y su carácter legalmente establecido.

1.2. Hipótesis

1.2.1. Hipótesis Nula. En Colombia, la consulta previa como mecanismo internacional protector de derechos humanos de comunidades indígenas se materializa jurídicamente de manera efectiva.

1.2.2. Hipótesis Alterna. La consulta previa no es un mecanismo internacional efectivo de protección de derechos humanos de las comunidades indígenas, por cuanto no se materializa en el plano jurídico.

1.3. Planteamiento Del Problema

En la actualidad, y gracias al desarrollo jurídico que se ha venido presentando en Colombia desde la Constitución Política de 1991, se contempla como parte integra del texto constitucional diferentes tratados internacionales ratificados por el Congreso de la República y especialmente aquellos que traten sobre derechos humanos, por medio del bloque de constitucionalidad, entre

los que se puede resaltar el derecho fundamental de las comunidades indígenas y étnicas a ser consultadas previamente sobre un proyecto, obra o actividad que se lleve a cabo en sus territorios o aledaño a estos.

El Estado colombiano reconoce y protege la pluralidad de etnias asentadas en el territorio nacional, contemplada en el artículo 7 de Constitución Política, siendo consciente de la necesidad de salvaguardar el valor intrínseco de sus culturas como parte de la identidad nacional, razón por la que en su sistema jurídico ella existen normas dirigidas no solo a garantizar su defensa sino que también promotoras del respeto y prevalencia de los valores culturales, ancestrales, lingüísticos, sociales, entre otros de éstas comunidades.

Es en éste escenario en el que se desarrolla la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, buscando ante todo una compatibilidad entre la protección que el Estado debe dispensar a la integridad de las comunidades indígenas, ahora considerada como un derecho fundamental, debido a que está ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura, materializando esta protección con la participación a través de la consulta previa de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales, haciéndose necesario examinar si este proceso de la consulta previa se consolida como un mecanismo transparente y efectivo para la protección de los derechos de los pueblos indígenas (Murgas, Rueda, Román, Pinilla, Carreño & Santos, 2014).

La consulta previa entró al sistema jurídico colombiano en el año 1991 por medio de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, mediante ley 21 del mencionado año expedida por el Congreso de la República, buscando solucionar una serie de problemas relacionados al Derecho ancestral de las comunidades indígenas a decidir sobre su territorio, el cual se veía gravemente

comprometido por motivos de desarrollo económico nacional, crecimiento estatal y múltiples factores financieros referentes al lucro particular .

En Colombia, el crecimiento de los sectores como el de hidrocarburos, infraestructura, marítimo y portuario, eléctrico, nuclear y minero, entre otros, ha hecho visibles una serie de dificultades y pugnas, donde ambos extremos buscan siempre proteger en mayor medida sus intereses, donde la comunidades buscaran ante todo ceñirse a sus tradiciones cosmogónicas en lo referente al uso y tratamiento de la tierra, mientras que en lo relacionado a las industrias será la búsqueda el mayor lucro económico posible para su entidad del proyecto, obra o actividad en cuestión.

La consulta previa es sin duda un requisito *sine qua non* de otorgamientos de licencias ambientales, tal y como está establecido legalmente, llegando a tener un papel fundamental en lo referente crecimiento o menoscabo del PIB y en consecuencia de la economía del país, al punto de considerarse un factor decisivo en dichas áreas; por lo tanto, son estos desafíos los que ponen a prueba la efectividad material de la consulta previa, según los alcances normativos que la legislación nacional e internacional ya le han dado.

A nivel internacional, la consulta previa representa un reto tanto para los Estados como para organismos internacionales como la Organización de Estados Americanos e incluso la Organización de Naciones Unidas, quien propone una lucha contra la degradación de sus tierras y territorios ancestrales en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

De aquí se parte de las diferencias entre los actores, las comunidades étnicas y las grandes industrias, para establecer si la consulta previa protege los derechos humanos de las minorías

raciales colombianas sin descuidar los derechos de las empresas de los sectores mencionados; siendo la consulta previa un punto de equilibrio entre ambos segmentos.

1.3.1 Pregunta de investigación

¿Cómo se materializa la protección de los derechos humanos de las comunidades indígenas, a través del mecanismo internacional de la consulta previa en Colombia?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Determinar la forma en que se materializa la protección de los derechos humanos de las comunidades indígenas en Colombia, a través del mecanismo de la consulta previa.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Describir los componentes la consulta previa y su procedimiento administrativo especial colombiano.
- Establecer la necesidad de los Estados de proteger la Inter-culturalidad en el Siglo XXI.
- Explicar cómo a través de la consulta previa se protegen efectivamente los derechos humanos de las comunidades indígenas nacionales.

2. Justificación

En el territorio del Estado colombiano, las comunidades indígenas han sido grupos culturales que históricamente han visto vulnerada su dignidad; llegada la segunda mitad del siglo XX se ha comenzado a revisar esta política histórica etnocentrista y discriminatoria, proceso que ha resultado en la consagración de la consulta previa en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el mayor hito de protección de los derechos de estas comunidades a poder vivir bajo sus normas cosmogónicas en su territorio ancestral sin la intervención de las entidades gubernamentales. Comprender esta herramienta es de vital importancia para las instituciones debido a que el compromiso internacional está revestido de un alto grado de protección constitucional, lo que lleva a que la misma carta fundamental exija al poder público en todas sus ramas adaptarse para cumplir con dicho compromiso.

Es por esto que en Colombia, con el uso de los medios para acceder a la participación democrática, se busca lograr que dichos instrumentos se apliquen de manera correcta, logrando así que la pervivencia étnica de las comunidades que habitan en la nación sea una garantía real, que no quede en papeles donde se plasma un derecho fundamental que ciertamente se pisa y se ignora cada día más con lo que llamamos desarrollo, economía y productividad.

3. Consulta Previa, Mecanismo Protector de Derechos Humanos

3.1. Concepto de Consulta Previa

3.1.1. El Concepto de “Derechos Humanos Étnicos”. La definición de derechos humanos que clásicamente se ha desprendido de la declaración universal de los derechos humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, se enfocan especialmente a los derechos individuales, es decir a los derechos propios de cada persona humana, elevando todos estos derechos al plano de la universalidad, igualdad entre todas las personas y a la no discriminación por cualquier motivo; como el género, lengua, religión, la vinculación a una nación o la raza.

El fundamento de los derechos humanos de las comunidades étnicas, nace del referente imperioso de enunciar los derechos humanos de tales individuos que en se encuentran en situación de vulnerabilidad, debido y no siendo más otra razón por las violaciones y quebrantos que sufren por tener características étnicas diferentes a la sociedad dominante. El concepto de los derechos en las comunidades étnicas no son una ampliación de los derechos humanos universales, sino una instancia de la aplicación de los derechos universales a un caso específico.

3.2. Marco constitucional de los derechos y la protección de las comunidades indígenas en Colombia

Constitucionalmente este mecanismo de participación no está definido ni integrado constitucionalmente; sin embargo la base supra legal de su existencia y de su espíritu se ve reflejado en el artículo séptimo de la Constitución, donde el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación Colombiana. Es esa la protección que también se busca con la obligación bipartita *-Estado y particulares-* de custodiar las riquezas culturales y

naturales; no solo con el fin de que existan, sino que perduren en el tiempo, haciendo parte de la identidad de la nación y del pueblo colombiano.

Definimos que la consulta previa, es un mecanismo participativo de las comunidades indígenas y étnicas, que a la vez es un derecho fundamental para ellas. Este derecho fundamental busca la participación de las comunidades étnicas en la toma de decisiones, legales y administrativas, proyectos de explotación ambiental, o proyectos y obras dentro de su territorio. El fin de la consulta previa es la protección de sus derechos, su integridad cultural, su territorio, el derecho que tienen a participar y su participación en la toma de decisiones que les puede afectar.

3.3. Jurisprudencia en la definición de la consulta previa.

La Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha indicado, a las instituciones estatales y particulares, la importancia y la definición de la consulta previa, en la Sentencia C 915 de 2010, hace énfasis en que la consulta previa es un mecanismo que se debe llevar a cabo con respecto de cualquier tema que toque y afecte de una manera directa a una comunidad étnica, extendiendo el campo de aplicación, ya que se tenía la visión sesgada que este derecho fundamental solo era aplicable en los casos de explotación recursos naturales.

La Corte Constitucional recoge los enunciados dados por el Convenio 169 de la OIT para reforzar que los pueblos indígenas tienen la libre determinación y toma de decisiones en lo que los afecte es así la jurisprudencia constitucional desde sus comienzos ha reconocido que la consulta previa es un derecho fundamental de titularidad grupal en cabeza de las comunidades étnicas, lo que significa una ruptura con la teoría tradicional de los derechos individuales de marcado corte individualista. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 693 de 2011).

3.4. Procedimiento Administrativo

El mecanismo consultivo a comunidades indígenas siempre buscará un punto de equilibrio entre las partes sobre el manejo y las características del proyecto. Para el desarrollo del mecanismo se deberá tener en cuenta los pasos y directrices que a lo largo del tiempo se han establecido por la Corte Constitucional, Ministerio del interior y la Dirección Nacional de la Consulta Previa para la que la aplicación del mecanismo sea efectiva en la participación. Criterios de imperiosa necesidad y aplicación como la pre-consulta que fue definida e introducida por la sentencia C 461 de 2008, la apertura formal del proceso, los talleres de identificación de impactos, la protocolización y el seguimiento de los acuerdos.

Con el procedimiento administrativo se busca regular la coordinación de las entidades públicas que se involucran con el fin de garantizar la información, la transparencia y el cumplimiento de los deberes propios a la aplicación del mecanismo. Las etapas que se deben tener en cuenta para la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa son las siguientes:

Tabla 1. *Etapas para la aplicación de la consulta previa.*

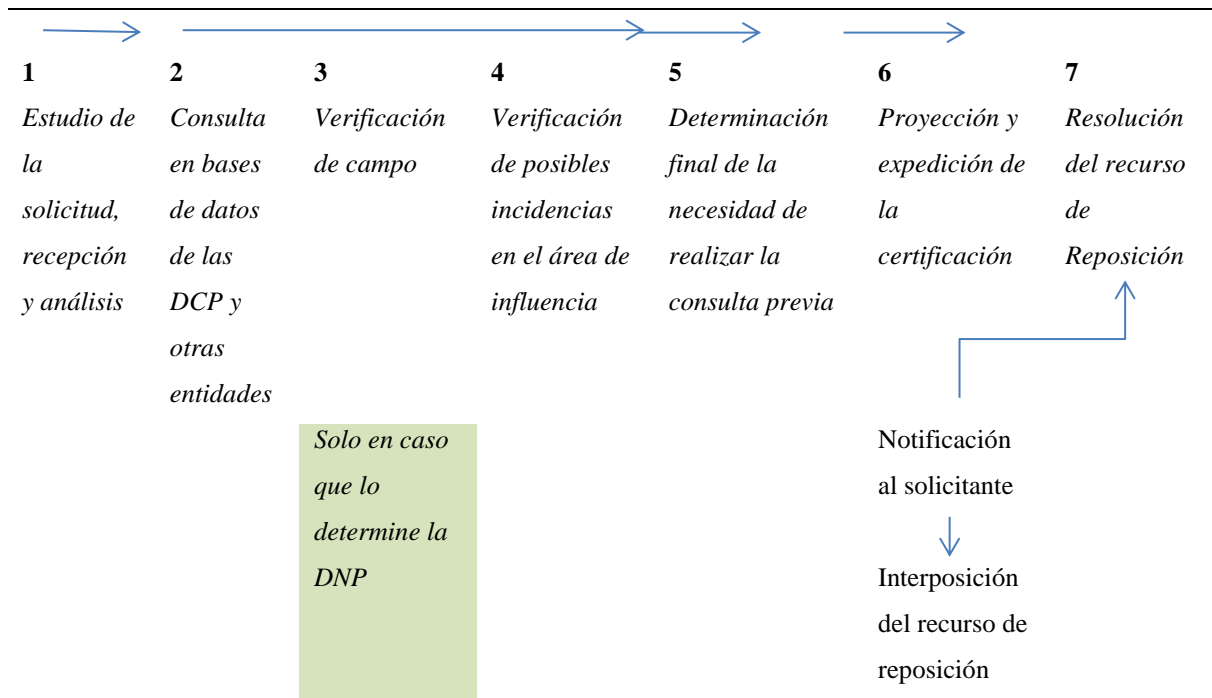
ETAPA I <i>Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas</i>
ETAPA II <i>Coordinación y preparación</i>
ETAPA III <i>Pre consulta</i>
ETAPA IV <i>Consulta Previa</i>
ETAPA V <i>Seguimiento de acuerdos</i>

Fuente: Autores

3.4.1 Certificación sobre la Presencia de Comunidades Étnicas

Esta etapa tiene como objetivo, la determinación si en el área del proyecto, obra o actividad se encuentra o no la presencia de una comunidad étnica según los criterios de la OIT en su Convenio 169, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional sobre comunidades étnicas. Con base a la información presentada por el solicitante la Dirección de Consulta Previa debe certificar la presencia o no de comunidades étnicas según lo que registren las bases de datos de la dirección y los resultados de una visita de verificación en campo cuando sea necesaria. Para la verificación de la presencia de las comunidades étnicas se deben seguir los siguientes pasos:

Tabla 2. Ruta para la verificación de la presencia de comunidades étnicas



Fuente: Autores

3.4.2 Coordinación y Preparación

Para la etapa de coordinación y preparación, se identifica a todas las entidades públicas que tienen competencia en relación al proyecto que se consultará y del mismo modo deberá convocarlas a una reunión para saber su punto de vista en relación a tal situación, su objeto es la coordinación y diseño de estrategias para que el proceso de la consulta sea más expedito, además identificar si se requiere para el proceso de consulta un consentimiento previo e informado, libre en las tres hipótesis expuestas por la corte constitucional :

- (1) Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de comunidades.
- (2) Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en tierras étnicas.
- (3) Cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma.

La Dirección de Consulta Previa, está obligada a convocar a las reuniones contempladas en las etapas de pre consulta y consulta por escrito o mediante el uso de otros medios, a los representantes de las comunidades étnicas, el ejecutor del proyecto, al Ministerio Público y a otras entidades según lo requieran. Si aún no se han identificado los representantes de las comunidades indígenas que se van a consultar o hay conflictos internos se pedirá el acompañamiento de la Dirección de Asuntos para Comunidades Indígenas y Minorías y/o a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenquearas. Si los representantes de las comunidades étnicas o el ejecutor del proyecto no pueden asistir, estos deben informar el motivo que les impide la asistencia y pactar una nueva fecha.

En todo caso, de no recibir respuesta de alguno de los representantes de las comunidades étnicas, la dirección realizara un intento de notificación 3 veces en la pre consulta y 2 veces en la consulta, cada 8 días para probar que efectivamente se intentó realizar la convocatoria y que de alguna de ellas o a todas se negaron a asistir. Luego de realizar los intentos de convocatoria y los representantes de las comunidades involucradas fueron efectivamente notificados más de una vez y no justificaron su incapacidad de asistir o nunca se manifestaron, la dirección de consulta previa podrá dar por concluido el proceso consultivo, para tal fin convocara a una reunión al ministerio público y a las entidades competentes en el ámbito del proyecto donde se advertirán los posibles efectos e impactos del proyecto. En todo caso si los representantes de algunas de comunidades se hacen presentes, la dirección debe continuar el proceso de consulta con ellos y dejar constancia de la ausencia de los otros.

3.4.3 Pre Consulta

La pre consulta tiene como objetivo tiene realizar un diálogo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el único propósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del proyecto y los términos en los que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas. La dirección de la consulta previa debe convocar a los representantes de las comunidades étnicas, al ejecutor, a la Procuraduría General de la Nación, y la Defensoría del Pueblo, a través de todos los medios que estén en su disposición. En la siguiente tabla enunciamos los pasos claves para la realización de la pre consulta:

Tabla 3. Pasos clave para la realización de la pre consulta.

1	<i>designación del equipo de trabajo</i>
2	<i>convocatoria de reuniones</i>
3	<i>presentación del derecho</i>
4	<i>presentación del proyecto y gestión de la información</i>
5	<i>determinación del objeto y construcción de la ruta metodológica</i>

Fuente: Autores

3.4.4 Consulta Previa

El fin de la consulta previa es la realización de un diálogo entre el Estado, el ejecutor y la comunidades étnicas para que la Dirección de Consulta Previa asegure el cumplimiento del deber de dar garantías, la participación real, oportuna, y efectiva sobre la toma de decisiones del proyecto que pueden afectar directamente a las comunidades con el fin de proteger su identidad étnica y cultural. En el siguiente organigrama se estructura el mecanismo para la implementación de la convocatoria y la celebración de la consulta previa

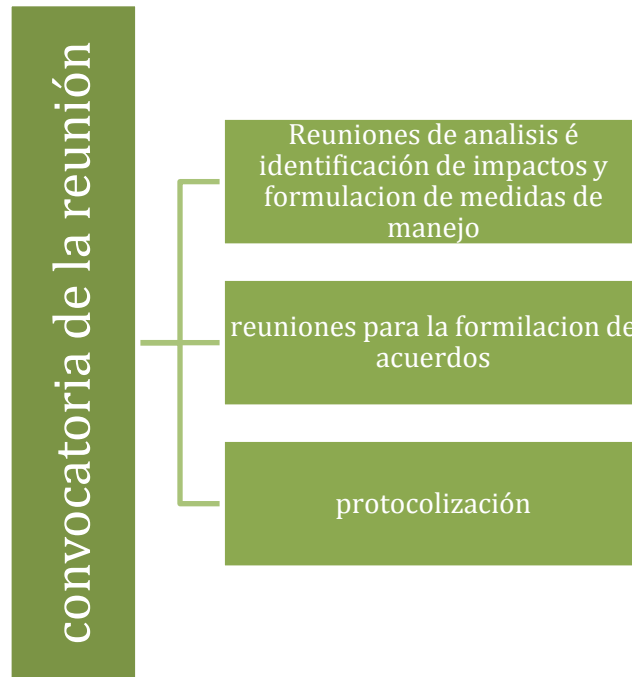


Figura 1. Elementos esenciales de la convocatoria a la reunión para la finalización de la consulta previa

Fuente: Autores

3.4.4.1 Reuniones de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo. La dirección de consulta previa convocara a los representantes de las comunidades étnicas, al ejecutor del proyecto, la entidades competentes, a la Procuraduría General de la Nación, y a la Defensoría del Pueblo para identificar y analizar los impactos y la formulación de las medidas de manejo, la explicación y la información entregada por el ejecutor del proyecto a las comunidades étnicas deben ser efectuados de manera adecuada según la cultura de cada comunidad.

El Ministerio o entidad cabeza del sector administrativo en donde se encuentre el mayor alcance en el objeto propuesto con el desarrollo del proyecto, podrá acompañar al ejecutor

durante la explicación del proyecto a comunidades. Las medidas de manejo propuestas deben estar relacionadas con la afectación que potencialmente generará el proyecto. Las medidas que se determinen deben cumplir alguno de los siguientes criterios:

- Prevenir
- Corregir
- Mitigar
- Compensar

Estas medidas de manejo deben guardar proporción y relación directa con los impactos generados por el proyecto consultado a la comunidad, así mismo si las comunidades étnicas solicitan alguna medida de manejo que requiera la autorización o participación de otras entidades públicas, la dirección la convocará.

3.4.4.2 Reuniones para la formulación de acuerdos. La Dirección de Consultas Previas deberá convocar a los representantes de las comunidades étnicas, al ejecutor del proyecto, a las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación, y a la Defensoría del Pueblo en las fechas y lugar ya acordados para tratar de alcanzar acuerdos producto de la consulta previa con las medidas de manejo acordadas y los plazos para ejecutarlas.

Si el proyecto no necesita la obtención del consentimiento previo informado y no es posible llegar a un acuerdo con la comunidad, las entidades competentes deberán valorar plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de evitar, mitigar, corregir, o compensar con la ejecución del proyecto. La decisión de la autoridad debe ser objetiva, razonable a la finalidad constitucional a la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad.

En el caso de requerirse el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la Dirección de Consultas Previas debe asegurarse de informar a las entidades competentes del sector sobre su deber de buscar alternativas menos nocivas para las comunidades étnicas. No obstante lo anterior, todas las medidas son perjudiciales, y dicho proyecto puede conllevar al aniquilamiento o desaparición de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de los grupos por la interpretación del principio pro homine.

Si lo anterior puede suceder, se convocará a una reunión con el comité de respuesta inmediata o por el comité que está previsto en el CONPES-PINES, de ser el caso para revisar las posibilidades de reformulación del proyecto y establecer la fecha final del cierre de la consulta.

3.4.4.3 Protocolización. La Dirección de Consultas Previas, es la encargada directamente de protocolizar los acuerdos, en los casos donde es necesario el consentimiento previo libre e informado; pero si este no ha sido manifestado por los representantes de la comunidad, no se protocolizara ningún documento. Se constatará en un acta de consulta previa y se convocará una reunión de respuesta inmediata para la discusión del caso. Si no era necesario obtener el consentimiento y fue posible lograr acuerdos con los representantes de las comunidades, estos se protocolizarán.

Si en cualquier caso, si el proyecto necesita y requiera licencia ambiental, una vez se protocolicen los acuerdos la Dirección de Consulta Previa DCP informará a la autoridad ambiental competente.

3.4.5 Seguimiento de Acuerdos.

Con el seguimiento de los acuerdos se busca que lo acordado y protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes y en los plazos acordados con las comunidades indígenas y etnias. En el seguimiento de acuerdos, concurren dos pasos específicos para su verificación, los cuales son:

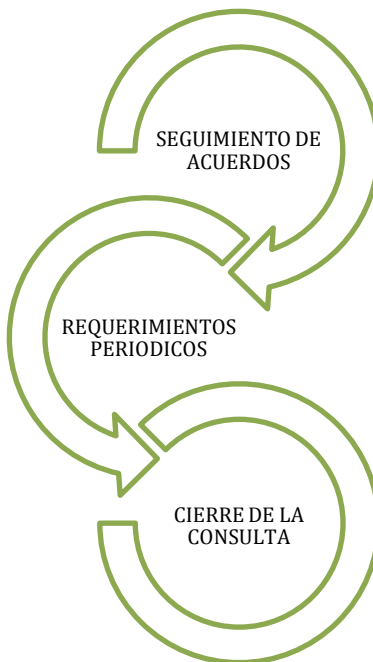


Figura 2. Pasos específicos para la verificación de los acuerdos

Fuente: Autores

3.4.5.1 Requerimientos periódicos a los responsables, en los plazos acordados a las comunidades. Mediante este proceso la Dirección de Consultas Previas, tiene la imperante obligación de Hacer seguimientos periódicos a los responsables directos del proyecto para verificar el cumplimiento de los acuerdos en los plazos acordados con las comunidades.

3.4.5.2 Cierre de la consulta. La Dirección de Consultas Previas, convoca a una nueva y última reunión, para informar que efectivamente se están cumpliendo los acuerdos emanados del mecanismo participativo de la consulta.

3.5. Criterios Mínimos de la Consulta Previa

3.5.1 Principio de Buena Fe

El principio de la buena fe señalado en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas en su artículo 19 reza: *“los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”*.

La buena fe en la consulta previa es la generación de un cálido ambiente de confianza, acompañado de claridad en el proceso que se va a realizar, partiendo de la clara información suministrada y el deber objetivo de transparencia de los participantes. Es de anotar que el principio de la buena fe es señalado en la Constitución en el artículo 83, donde menciona que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben sujetarse al principio de la buena fe.

En la guía de aplicación del convenio N° 169 de la OIT se hace hincapié en la realización de la consulta previa partiendo del principio de la buena fe y usando los medios más apropiados, lo que lleva a deducir que esta se debe implementar en base a:

- Proporcionar a los pueblos indígenas información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente y,

- No consultar a cualquiera que declare representar a las comunidades afectadas porque éstas deben emprenderse con las organizaciones instituciones genuinamente representativas que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades.

Siendo entonces lo mencionado por la OIT, el ambiente propicio de confianza y la aplicación del principio de la buena fe, tanto en las actuaciones de la consulta previa y en los cumplimientos de los acuerdos pactados en la consulta, busca el total conocimiento de los pueblos de una manera amplia y transparente.

El principio de buena fe además de lo anteriormente descrito debe traducirse en el respeto de la toma de decisiones de la comunidad, dando prevalencia al tiempo que estas necesitan para determinar sus ideales para que estas sean coherentes a su cultura y tradiciones ancestrales.

Los organismos internacionales han enfatizado el tema de que el diálogo genuino entre las partes debe ser entendible, basado en el respeto mutuo y la buena fe, para buscar el acuerdo común como deseo final de la aplicación del mecanismo de la consulta.

La Corte Constitucional colombiana ha definido el principio de la buena fe así:
“Corresponde al Estado colombiano definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, lo cual debe darse con la participación de los pueblos indígenas y, para que la consulta resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente.” (Sentencia C 175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Colofón a lo anterior, se deduce que la consulta previa se ciñe al principio de la buena fe cuando se convocan a todas las autoridades étnicas sin excepción alguna y a todos sus representantes; estas no son manipuladas a través de incentivos y prebendas que buscan el cambio de las decisiones y afectan directamente el fin único de la consulta previa.

Adicionalmente cuando no se desconoce el derecho que tiene cada comunidad a decidir sobre su futuro.

3.5.2 Derecho a la Información en la Consulta Previa

El derecho a la información en la consulta previa, no puede solamente limitar al hecho de suministrar datos a las comunidades con relación al proyecto que se pretende desarrollar y las consecuencias de impacto de este. Dentro del diseño de la consulta previa se debe de dotar de las herramientas que sean necesarias para prever que la comunidad étnica o indígena tenga el total conocimiento de la actividad y así puedan participar de forma efectiva en la toma de las decisiones que afecta directa o indirectamente sus decisiones.

Sentar mesas de dialogo con los pueblos étnicos y las comunidades para que estas entiendan el alcance que se puede tener con el desarrollo del proyecto es un paso necesario para que el derecho de la comunicación no sea vulnerado. Otro factor importante es que en la búsqueda de la comunicación se den unas mínimas garantías fundamentales para que el procedimiento de la comunicación en la comunidad, llegue a toda su población, la estructura étnica conozca de tal contenido y finalmente se dé la garantía necesaria y la comunicación fluya y no trunque el proceso de recepción para la toma de las decisiones necesarias

La Corte en reiteradas ocasiones ha mencionado que el derecho a la información no se limita a la simple notificación de los proyectos que se piensan realizar en el área de influencia indígena, sino que además de eso se debe realizar una sólida estructura informativa con diferentes fórmulas de concertación, para que la comunidad decida, tome una decisión y esta sea expresada por sus representantes autorizados, sin importar que la decisión sea positiva o negativa

a la explotación, licencia o proyecto de exploración. (Corte constitucional colombiana. Sentencia SU 039 de 2007)

El alcance que ha tenido la consulta previa como derecho fundamental de la consulta previa, como mecanismo protector y auto determinador de las decisiones que pueden afectar al grupo étnico no solo se debe limitar a la importancia de tener un acuerdo o un consentimiento, siendo así más importante la comprensión de que la consulta previa debe ser un mecanismo que trascienda a la esfera de la protección de la comunidad desde lo territorial hasta lo intangible y cultural, por tanto el Estado debe dar garantías del proceso comunicativo entre los propios de cada comunidad. Por tanto el no atender al pronunciamiento de la comunidad que en su sabia y ancestral experiencia decide, es igual a desatender su derecho a la autodeterminación, como su derecho a la autonomía, entonces ahí se ve reflejada la importancia de los mecanismos de comunicación entre los actores del mecanismo de la consulta previa.

3.5.3 La Consulta previa como Mecanismo Oportuno

La característica de que la consulta sea oportuna, es decir que se haga con anterioridad a la adopción de la medida para la realización de la actividad, ya que una vez tomada la decisión, el pronunciamiento realizado por la comunidad étnica no tendrá igual valor en el proceso decisorio.

Por ende la consulta debe ser realizada antes de la toma de la decisión administrativa de autorizar la ejecución de cualquier proyecto que pueda afectar directamente las comunidades indígenas. Cuando la consulta se hace previamente se garantiza su participación y el ejercicio a su derecho fundamental de la consulta, en materia ambiental cuando surgen los conflictos que les

puede afectar directamente, la consulta debe hacerse antes de cualquier ejecución o autorización a licencia o proyecto o cualquier otra actividad que pueda afectarles.

Nace el derecho a reparación de las víctimas cuando se autoriza o se toma una decisión que afecte a las comunidades étnicas, sin haberse realizado de manera adecuada la consulta previa, esta acción de reparación debe hacerse tanto por el derecho fundamental a la consulta como de los demás derechos que sean violados.

Precisamente los organismos internacionales con el ánimo de avanzar en el reconocimiento de los derechos de las comunidades étnicas e indígenas buscan que cuando estos derechos se vulneren, existan los mecanismos adecuados para su reparación, tanto por los daños sociales, culturales y ambientales ocasionados.

3.6. Participantes de la Consulta Previa

En su deber de consultar a pueblos y comunidades indígenas, el Estado debe realizar previamente esta actividad a diferentes actores, tales como: los pueblos indígenas, las instituciones del Estado, y el responsable del proyecto.

3.6.1 Pueblos Indígenas

El convenio 169 de la OIT, en su guía de aplicación, prevé que los principales participantes en el mecanismo de consulta son las comunidades étnicas, y los pueblos indígenas a través de sus representantes y autoridades; es decir que los diálogos y acercamientos deben realizarse con los representantes y delegados debidamente reconocidos por la comunidad y que estén de manera habilitada culturalmente por ellos para representar y ser cabeza visible de la comunidad. Se

incluyen los cabildos mayores y menores y cualesquiera que sean las organizaciones existentes en cualquier orden.

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (DNUDPI, arts. 5, 18, 20 y 34). En cualquier esfera democrática se debe tener en cuenta la participación de las comunidades, con el fin de que ellas a través de su autoridad legítimamente reconocida puedan expresar sus inquietudes y opiniones, de la misma manera, las instituciones deben dar a conocer a las comunidades y pueblos los posibles impactos socioculturales y el alcance que puede llegar a tener un proyecto en sus comunidades.

Las instituciones propias y la organización interna que es respetada constitucionalmente, debe ser tenida en cuenta en el proceso consultivo que atañe, teniendo en cuenta su participación y representación y la autoridad de los pueblos indígenas y su intervención en los procesos sociales. Las autoridades tradicionales son los miembros de las comunidades que por su posición política, religiosa, cultural, ancestral o tradicional que se localiza en un determinado territorio y bajo el reconocimiento de sus miembros ejerce legalmente su representación bajo las leyes y el ordenamiento jurídico propio que los cobija, comúnmente la autoridad representativa ejerce la representación de su comunidad de una manera ancestral de diferentes formas: medicas, espirituales, mediáticos, judiciales y que toman medidas y lideran la vocería dentro y fuera de su territorio o resguardo.

La autoridad mayor del cabildo es el gobernador, cacique, presidente o capitán, quien cuenta con el apoyo del secretario, el tesorero y los alguaciles, guardias o semaneros, que

cumplen funciones policivas. “Eran comúnmente personas experimentadas en el trato con la sociedad 41 los cabildos fueron reglamentados más recientemente por el decreto 2001 de 1988 y el decreto 2164 de 1995 nacional o que manejaban el castellano. En algunas comunidades el capitán coincidió con la autoridad tradicional y es quien representa la comunidad ante las autoridades y se encarga de la promoción de eventos y actividades comunales”. Actualmente, algunos pueblos indígenas continúan recreando formas de autoridad y de organización de su autoridad indígena tradicional diferente a la del cabildo, lo que obligó al gobierno a reconocer además de los cabildos y las asociaciones de cabildos, otras formas de autoridad tradicional como las asociaciones de autoridades tradicionales que son específicas para un determinado pueblo indígena. Es más, la ONU, en su reciente declaración, ha celebrado que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural, para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran. (Corte Constitucional. Sentencia T-377 de 1994)

En los casos de la consulta previa, como se ha venido diciendo es necesario que las comunidades indígenas estén involucradas, y para ello es necesario e imperioso tener presente la organización interna de cada pueblo y según sea el caso que se va a consultar se analiza cual organización es la más apropiada, sea de orden nacional, departamental, o de una comunidad local, la OIT referencia que el criterio importante es que la representatividad debe determinarse mediante un proceso del que hagan parte los mismos pueblos indígenas.

3.6.2 Instituciones Estatales

El Estado es el órgano máximo de coordinación de las actividades administrativas que se ejercen dentro del territorio colombiano, por eso es indelegable la acción de estar presente en la aplicación de las consultas previas.

El Estado participa a través de determinados entes que a su vez realizan las funciones de manejo, inspección, vigilancia y garantía de la participación estatal en la toma de decisiones consultivas. El Ministerio del Interior participa a través de: La Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, y La Dirección de Consulta Previa, encargada de liderar el proceso de consulta. Las competencias específicas de cada dirección según el decreto 2893 de 2011.

En algunos casos de orden e índole ambiental donde versan y están en juego derechos ambientales la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA es participe como los generadores de permisos ambientales tales como las corporaciones de desarrollo sostenible, los Grandes Centros Urbanos y las Corporaciones Autónomas Regionales.

Versa la Corte Constitucional en su sabio parecer en la sentencia t 769 de 2009 que:

Es importante que antes de realizarse dicha consulta previa, la autoridad ambiental realice un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al Ministerio del Interior que no se cumple alguno de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior no podrá iniciar la consulta previa.

Sin desconocer la participación de los anteriores actores estatales, el Ministerio Público (la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y/o los Personeros Municipales cuando es el caso). Con la participación de la Procuraduría se busca el cumplimiento del deber de la protección de los derechos humanos y sus efectivas aplicaciones en las comunidades étnicas e indígenas donde se deben de garantizar en la aplicación de procesos de consulta previa y que específicamente están en riesgo de vulnerabilidad. Para la especial protección de los derechos de las comunidades étnicas, la procuraduría creó la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos.

Para dar un impulso a la efectividad de los derechos humanos mediante acciones como la prevención, la divulgación y promoción, el fomento del derecho internacional y su respeto la defensoría del pueblo tiene bajo su cabeza enmarcadas estas acciones como la orientación a los pueblos indígenas en la formulación de las consultas que se les debe realizar en cumplimiento estricto del Convenio 169 de la OIT en su artículo 6, para tal fin y dar cumplimiento a esta competencia al interior de esta institución fue creada la Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas.

3.6.3 Responsables del Proyecto

Por último, en la participación de las consultas previas en proyectos de impacto de comunidades étnicas e indígenas, debe participar el actor del proyecto, quien puede ser una entidad pública o privada, o quien deba solicitar la licencia o permiso ambiental. Además de su solicitud e intervención, debe señalar los impactos que esta intervención pueda generar y causar.

3.7. Limitaciones a la Consulta Previa

Para el cumplimiento de la consulta previa, en la realidad este procedimiento se ve afectado por actividades que en el plano real y material que truncan todo proceso. También para que se garantice los derechos culturales, de integridad social y el desarrollo económico de los pueblos indígenas. El ejercicio efectivo de la consulta previa, en su aplicación real presenta baches e inconvenientes que no permiten su normal desarrollo tales como:

3.7.1 Certificación de Existencia de Pueblos Indígenas

El desconocimiento de la existencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del proyecto o de la actividad ha llevado a graves detrimentos en relación a la violación de sus derechos y el efectivo goce de la consulta previa como mecanismo participativo. El Ministerio del Interior a través de la dirección de pueblos indígenas o de consulta previa es el encargado del suministro de la información de las comunidades étnicas e indígenas que habitan en las zonas donde tiene influencia el proyecto; pero esta actividad está viciada de fallas y errores, debido a que por falta de un claro sistema de geo referencia y claridad sobre cuales territorios son habitados por tales comunidades puedan ser afectados con la actividad que se pretende desarrollar. Dicho lo anterior, los conflictos que se ha suscitado son por que las empresas o las personas que acuden a la dirección reciben información de que en dicho sector no hay presencia de comunidades indígenas o asentamientos étnicos, generando dificultades cuando el pueblo indígena se encuentra con las personas, las instituciones y los dueños de las macro obras que pretenden realizar en esas zonas.

La Corte Constitucional para aclarar el asunto en relación a la existencia de comunidades indígenas en zonas de afectación del proyecto ha manifestado que la certificación de existencia de comunidades es un instrumento válido, que parte del principio de la buena fe, al cual deben

acudir las autoridades y los interesados el proyecto y en todo caso advirtiendo que debe completarse un trámite de consulta ante la noticia de que este puede afectar a alguna comunidad indígena cercana, próxima o existente.(Corte constitucional colombiana. Sentencia t-547 de 2010. M.P.)

3.7.2 Proyectos Inconsultos en Áreas de Influencia Indígena

La determinación del área del proyecto genera conflictos ante la presencia de extraños, que buscan la explotación natural, minera o de otra índole saltando el paso de la consulta previa, que afecta la cosmovisión ancestral del respeto del territorio de las comunidades y los ambiciosos de la explotación de dicho proyecto. A esto se debe sumar la diferencia de visión entre el área de afectación que percibe la comunidad y el área de afectación que el interesado del proyecto tiene en mente. Siempre gozará de más amplitud y espacio la visión cultural de la comunidad debido a su interés dignificante y proteccionista del territorio.

Es claro que el área de influencia indígena no está regulado y por ende la Corte Constitucional en sentencia 693 de 2011, hace un duro llamamiento al Ministerio del Interior y del Ambiente para que revisen y ajusten los protocolos necesarios con la definición del área de influencia de los proyectos de desarrollo y áreas de explotación de recursos naturales. Esto bajo la exhortación imperiosa de la Corte de que la ampliación del concepto de área de influencia desde la perspectiva jurídica para que no solo se comprenda el factor territorial sino las áreas constitutivas de resguardo cultural, poblacional, y económico, de manera que se facilite la preservación de las costumbres del pasado y su garantía de trasmisión a las descendencias que han de llegar.

3.7.3 Garantía del Debido Proceso

La consulta previa debe realizarse respetando el debido proceso para que la participación de las comunidades y pueblos indígenas sea debida y eficaz. Para ello no solo debe limitarse la consulta previa a una reunión, porque de ser así se estaría desatendiendo el proceso establecido para la consulta, sería muy insignificante el tiempo para el conocimiento y la debida información que debe entender la comunidad sobre el proyecto que se va a realizar y de lo anterior no se podrá tener un claro y pleno pronunciamiento de la comunidad en relación al proyecto.

El debido proceso debe contar con un transparente, continuo e integrador diálogo que llegue a un acuerdo que logre el consentimiento, respondiendo al criterio de que los pueblos indígenas respondan y se pronuncien de acuerdo a sus necesidades y así la consulta no carezca de legitimidad.

El procedimiento de consulta no es proceso a libre disposición y arbitrio del gobierno, es en cambio como lo ha señalado la Corte Constitucional que *“que cuando dicho procedimiento no se sujete a las previsiones del Convenio núm. 169 y a las disposiciones constitucionales, se puede disponer su inaplicación”* (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia t-1045 de 2010.)

3.7.4 Orden Público

Otra de las garantías que se ve afectada en la ejecución de un proceso de consulta previa es el orden público, y los grupos al margen de la ley que están asentados las zonas de influencia de los proyectos de impacto ambiental a comunidades étnicas e indígenas.

Los enfrentamientos de orden público entre los grupos alzados en armas y la fuerza civil, trae como consecuencias los grandes desplazamientos, masacres, vulneración de derechos

fundamentales, secuestros, colocando en situación de riesgo y vulnerabilidad a dichas poblaciones.

3.7.5 Información Ambiental

La legislación en el decreto 1320 de 1998 en el artículo 5 establece que el responsable del proyecto debe realizar los estudios ambientales con la participación de comunidades y acreditar la forma en la que los vinculó al mismo, en la mayoría de casos, las comunidades optan por no participar en la elaboración de estos documentos, aduciendo que esta participación les resta en legitimidad y autonomía para presentar sus conclusiones al final de la consulta previa.

En la realización de los estudios de impacto ambiental, al realizarse estos muchas veces y en la mayoría de casos no se realizan estudios de campo ni visitas de información y verificación de lo que se estudia, entonces las empresas tienen la seria responsabilidad de realizar un estudio completo, detallado y con la constatación en campo de lo que ahí se plasma.

Otro aspecto en relación a la información ambiental y sus estudios de impacto ambiental es relacionado con la preparación de la comunidad para tal estudio; esta preparación se debe hacer con profesionales especializados para que estudien los informes presentados por el solicitante y puedan ahondar en los estudios de riesgo, impacto del proyecto. Para que el proyecto no vicie la libertad y no se involucre en la toma de decisiones se debe respetar los tiempos que requieran las comunidades, libres de presión para que la comunidad se ilustre de la mejor manera ante la situación a la que serán partícipes.

3.8. Casos de Obligatoria Aplicación de la Consulta Previa

Una vez claras las limitaciones que se ven en el ejercicio de la consulta previa, y antes de revisar el mecanismo de aplicación es necesario conocer cuando la consulta previa es procedente.

Tanto en la ejecución de proyectos y obras que afecten o puedan afectar indirectamente pueblos y grupos étnicos nacionales, ciertas acciones que se van a realizar necesitan de la consulta previa, a fin de no vulnerar este derecho fundamental y lograr la plena participación de la comunidad. La ley 21 de 1991, enmarca la aplicación de la consulta previa en Colombia, el Decreto 1320 de 1998, del Ministerio de interior enmarca las acciones donde se debe aplicar el procedimiento de la consulta previa, las cuales se enuncian a continuación.

A. Cuando se expidan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los grupos étnicos nacionales y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial.

B. Programas de prospección o explotación de los recursos naturales en sus territorios.

C. Decisiones sobre la enajenación de tierras de transferencia de sus derechos sobre las tierras, en el evento que las disposiciones de aplicación nacional puedan dificultar de alguna manera los procesos de titulación colectiva, ampliación o saneamiento de tierras.

D. Organización y funcionamiento de programas de formación profesional o de aplicación general.

E. Enseñanza a los niños de pueblos interesados a leer y escribir su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo que pertenezcan.

- F. Cuando se pretenda desarrollar, incrementar, o transformar la malla vial de territorios étnicos.
- G. Formulación, diseño o ejecución de proyectos de investigación adelantados por entidades públicas que estén relacionados con los recursos naturales, bióticos, económicos, culturales, religiosos, etc., de los grupos étnicos y puedan generar una afectación por la ejecución o la publicación de los mismos.
- H. Cuando se planeen acciones de erradicación de cultivos ilícitos que pueden afectar grupos étnicos.
- I. Cuando se estime tomar medidas sobre la salud y la enfermedad de los grupos étnicos nacionales. Excepto en situaciones de emergencia que comprometan el derecho a la vida.
- J. Cuando se pretenda tomar alguna medida prioritaria respecto al proceso de desarrollo de algún grupo étnico nacional.
- K. Cuando en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general se requiera incorporar particularidades según las costumbres o el derecho consuetudinario de los grupos étnicos nacionales, en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general.
- L. Demás casos en que la legislación así lo disponga expresamente.

Se debe tener en cuenta que la consulta procede antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquiera que sea el proyecto que pueda perturbar a los grupos étnicos nacionales o los derechos de los que son titulares de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o los instrumentos internacionales cuales sea que busquen y prevengan la discriminación.

4. Interculturalismo, reto del Siglo XXI

En el presente capítulo se abordarán conceptos teóricos referentes a la diversidad cultural, tal como lo son el multiculturalismo, el interculturalismo y la “dialéctica de la negación del otro”; entendiendo que tales nociones son de vital importancia a la hora de analizar temáticas referentes a comunidades indígenas y tribales, quienes plantean en la actualidad un reto para los diferentes Estados, por tratarse de pueblos históricamente marginados, con tradiciones y culturas ancestrales que les demandan cierto modo de vida especial y diferenciado del resto de la población.

Igualmente se tendrá en cuenta en el siguiente análisis que, las comunidades indígenas mantienen una estrecha relación con las tierras en las que habitan, llegando a considerarlas parte fundamental de sus tradiciones cosmogónicas, por tal motivo encontramos a la consulta previa como mecanismo de conservación cultural en pro del cual múltiples organismos internacionales se han pronunciado, en su afán de proteger la diversidad cultural de los ancestros indígenas del mundo.

4.1 Conceptos teóricos relacionados con el Multiculturalismo

El desarrollo histórico del concepto de multiculturalismo se remonta a la segunda mitad del siglo XX, principalmente en Canadá y Estados Unidos de América, siendo principalmente un fenómeno político y meramente conceptual usado para referir una serie de demandas de todo tipo de protección realizadas por grupos minoritarios como gays, afroamericanos, feministas, grupos étnicos, entre otros (Hernández, 2007). Cabe resaltar que dicho concepto ha ido evolucionando

hasta consolidarse y creando múltiples escenarios de aplicación; es por esto que se hace necesario profundizar en concepto mismo del multiculturalismo y sus diferentes alcances al igual que identificar la diferencia entre el multiculturalismo y el interculturalismo, en tanto suele generarse una confusión conceptual accidental entre estos.

El multiculturalismo suele ser definido como el fenómeno de coexistencia entre diversas culturas o grupos culturales en un mismo contexto espacio-temporal, usualmente referido a un Estado, normalmente regulado y en el cual se admiten ocasionalmente manifestaciones de racismo, superioridad y segregación, sin que éstas le sean inherentes. Ha dicho León Olivé que “en ocasiones el término “multicultural” se utiliza para describir sociedades en donde conviven grupos que provienen de diversas culturas” (2004), afirmando igualmente que “expresa un concepto que se refiere a modelos de sociedad que pueden servir como guía para establecer o modificar relaciones sociales, para diseñar y justificar políticas públicas, para tomar decisiones y para realizar acciones. A diferencia de la multiculturalidad, que tiene un sentido descriptivo, el concepto de “multiculturalismo” tiene un sentido *normativo*” (Olivé, 2004).

Sin embargo, se suele cometer una imprecisión conceptual respecto de los conceptos de interculturalismo y multiculturalismo, así “la polémica sobre multiculturalismo es compleja porque suele ser definido de acuerdo con los intereses o percepciones de los analistas” (Bartolomé, 2006). En realidad la diferencia tajante entre éstos conceptos aparentemente similares, radica básicamente en la relación de las diferentes culturas, pues en el caso de la interculturalidad se estaría refiriendo a una reunión de culturas y las interacciones que en este campo se puedan generar, tal y como lo indica el prefijo “*inter*”; por otro lado al referirse al multiculturalismo se queda meramente en la existencia de múltiples culturas, sin adentrarse realmente a la vida en relación (Hernández, 2007).

Por lo anterior, señalamos por un parte que al referirse a multiculturalismo se está tratando el fenómeno social de la mera existencia de multiplicidad de culturas, con un carácter más bien normativo que se restringe a la regulación del contexto social que se maneja; por otra parte se puede decir que, la diferencia fundamental entre los conceptos de multiculturalismo e interculturalismo radica básicamente en la fundamentación de su campo de acción, de modo tal que “*multi*” es referido al análisis de la relaciones mismas en su profundidad mientras que el “*inter*” se limita a conocer de la existencia de las misma y su sometimiento al orden legal establecido, subyugado al imperio de la ley . Por tanto, se concluye que el concepto de multiculturalismo engloba temáticas limitadas en tanto están más ligadas a movimientos sociales que a una reflexión teórica sobre los fenómenos sociológicos en sí mismos, al contrario del interculturalismo que permite debates en torno a las relaciones multiculturales que se puedan originar en un espacio-tiempo específico.

4.2 Interculturalismo y democracia participativa

La sociedad actual se enfrenta a múltiples retos, especialmente los referentes a la diversidad de culturas que conviven en un mismo territorio, muchas de ellas con costumbres, cultura y economía claramente disímiles. En Latinoamérica “uno de los rasgos que han caracterizado a la interculturalidad ha sido la demanda por el reconocimiento tanto cultural como político de los grupos autóctonos de la región” (Hernández, 2007) es por esto que, se hace necesario definir claramente el concepto de interculturalismo y todos los aspectos que éste reúne, igualmente identificar la importancia que éste tiene en el desarrollo de una democracia participativa en el siglo XXI.

Si bien, el multiculturalismo refiere básicamente a coexistencia de múltiples culturas sin que por ello se refiera a la interacción respetuosa entre ellas, sin embargo al hablar de interculturalismo, tal como puntualiza Hernández se hace alusión a la interacción o al encuentro específico entre dos o más grupos culturales, suponiendo que las sociedades son multiculturales (2007).

Es así como se logran distinguir dos tipos de interculturalismo; en primer lugar el funcional que busca ante todo promover un diálogo respetuoso y tolerante entre las partes sin llegar a tocar el origen mismo de la diferencia cultural y social, en segundo lugar el crítico que busca suprimir el origen de la diversidad usando métodos políticos no violentos. Es por esto que se hace necesaria la exigencia de una conversación contextualizada en los factores que diferencia las culturas más que el diferencias mismas entre una y otra, todo esto para evitar un diálogo descontextualizado y direccionado a la satisfacción de intereses creados por la cultura o civilización dominante, dejando de lado a su contraparte, sin la oportunidad de participar en la discusión por su evidente asimetría.

Es por esto que en la actualidad las democracias ven con cada vez más importancia la necesidad de armonizar las relaciones económicas, políticas, culturales y sociales, partiendo de una interacción respetuosa y tolerante de la diversidad, siendo ésta la base del pacto social que busca armonizar las relaciones que parten del sometimiento voluntario de los hombres al imperio de la ley, donde se presume un acuerdo general sobre el mismo (Rousseau, 1832). Según esto se puede concluir que el pacto social es una hipótesis explicativa de la autoridad política y del orden social, el cual es establecido por el pueblo entre sí (Hobbes, 1651), titular de la soberanía, siendo obligación mínima del Estado la creación de espacios de diálogo intercultural para construir una democracia viable con fundamentos sólidos y sostenibles en el tiempo.

De igual modo cabe resaltar que al hacer alusión a interculturalidad, más allá de una utopía indeterminada, se indica, en palabras de Tubino, un “proyecto societal viable en el tiempo de democracia radical” (2005), donde se busca especialmente ser cimientos de ciudadanías interculturales y de democracias multiculturales, siendo una oferta ético-política de democracia inclusiva de la “diversidad alternativa al carácter occidentalizante de la modernización social” (Tubino, 2005), es decir, un rechazo de la tendencia homogeneizante y occidentalizadora que cada vez toma más impulso en la sociedad del siglo XXI, buscando ante todo la creación de una nueva modernidad donde la participación de la diferentes culturas tenga una respetuosa cabida, creando un ambiente de ambivalencias complementarias.

Se observa en primer lugar, que el interculturalismo hace referencia a la convivencia de una multiplicidad de culturales un tiempo y espacio determinado, basada en relaciones de respeto, tolerancia e igualdad; en segundo lugar, que la tendencia actual es a la protección de la diversidad, buscando ante todo la interpretación del mismo como un rechazo a la globalización y homogenización de la cultura misma, buscando más bien la creación de un ambiente de respetuosa convivencia entre culturas, donde cada una de ellas reconozca el valor intrínseco de las demás. Por tanto, consideramos que esta figura demanda un diálogo contextualizado en la realidad sociología de las culturas enfrentadas en un mismo contexto espacio-temporal, reconociendo en ellas sus diferencias, para así lograr una discusión pareja y constructiva para la sociedad en general.

4.3 Interculturalidad y Multiculturalidad

Si bien la sociedad moderna se enfrenta a una serie de retos tecnológicos y económicos son los culturales y sociales los que pueden considerarse más apremiantes; es allí donde los

conceptos de interculturalidad y multiculturalidad, entre muchos otros que giran de manera genérica a la multiplicidad de culturas que debido a su constante movimiento llegan a encontrarse, generando una convivencia en determinado tiempo y lugar. De acuerdo a lo anterior es necesario definir concretamente los conceptos de interculturalidad y multiculturalidad ligados a los fenómenos de multiplicidad cultural que envuelven a la sociedad del siglo XXI.

Por un lado la interculturalidad acepta la serie de encuentros esporádicos y/o momentáneos de culturas aparentemente desconocidas entre sí, que puedan generarse en el contexto de la globalización, potenciada especialmente por el fenómeno de la aldea global. En una sociedad como la actual es posible que dichos encuentros que degeneran en interacciones no se den de materialmente en un Estado compartido, es decir que por esto el interculturalismo es la mera interacción cultural (Beuchot, 2005). Así la mencionada figura “afirma la diversidad cultural como uno de sus supuestos fundamentales” (Hernández, 2004), siendo únicamente posible hablar del encuentro de culturas cuando bajo el supuesto de la existencia de más de una cultura, y que cada una de ellas posea sus particularidades.

Según Mauricio Beuchot se puede decir que el multiculturalismo es también referenciado como interculturalidad, aunque éste último concepto tenga una connotación más determinada y estudiada. Así, cuando se habla de multiculturalidad se refiere a un término puramente descriptivo de la diversidad cultural que pueda darse una sociedad, es decir, la pluralidad, mientras que a hablar de multiculturalismo es un concepto mucho más normativo referente al proyecto de regulación de la convivencia entre las culturas congregadas en determinado lugar y tiempo.

Finalmente, se puede indicar en primera medida que al hablar de interculturalidad se está refiriendo a un concepto mucho más amplio y profundo sobre la interacción que pueda existir entre una serie de culturas congregadas en cierto momento histórico en un lugar específico, siendo dichos grupos sociales al menos remotamente diferentes; en segunda medida, al hablar de multiculturalidad se representa un concepto mucho más plano sobre la pluralidad en términos genéricos; razón por la cual, se indica que en lo referente a la diferencia entre los conceptos de interculturalidad y multiculturalidad la diferencia substancial radica en la profundidad del análisis a la relación entre culturas, donde la interculturalidad es mucho más precisa y ordenada al referirse al análisis de las relaciones en sí mismas, mientras que la multiculturalidad se restringe meramente al conocimiento de la existencia de múltiples culturas congregadas en cierto lugar y tiempo.

4.4 Interculturalismo Político

Es fin esencial del Estado Colombiano y de los diversos organismos internacionales, entre otros, procurar por la igualdad de las personas; sin embargo la discriminación histórica de ciertas minorías étnicas y culturales es innegable, y es allí donde se encuentra el reto al que debe enfrentarse la sociedad actual, la protección de la riqueza hemisférica multicultural con la que cuenta la región en general y Colombia es específico; la negación de las diferentes facetas y caracteres opuestos que componen a una sociedad y a un individuo como origen de pugnas actuales a las que se enfrenta la consulta previa se plantea como una solución a dicha problemática, no obstante es deber del Estado velar por la protección de la igualdad a través del impulso de políticas públicas encaminadas al cumplimiento de los fines que constitucionalmente le son impuestos a dicho ente Administrativo. Por lo anterior se hace necesario identificar en qué

consiste la “dialéctica de la negación del otro” en relación al multiculturalismo y dentro del proceso histórico de “aculturación” al que se ha enfrentado América Latina y el caribe, de igual modo es necesario determinar a qué se refiere el concepto de política pública y en qué consiste.

Según lo anterior, Hopenhayn indica que los conflictos derivados del multiculturalismo en América Latina y el caribe se encuentran históricamente vinculados con la “dialéctica de la negación del otro”, en cuanto el desarrollo histórico de la región desde sus orígenes por el problema multicultural donde la diferencia se constituye en el eje del poder mismo y sus jerarquías (2002).

En el proceso de “aculturación” al que se vio enfrentado el continente americano en la época posterior al “encuentro de dos mundos” generó una dicotomía en el pueblo americano que con el paso del tiempo ha degenerado en una parte esencial de las elites políticas y económicas, las cuales presenta dos posiciones profundamente diferentes. Por una parte una resistencia al *otro-extranjero* entendiéndolo como amenaza a la cultura nacional; por otra parte, se encuentra una negación constante del otro de adentro, como lo ha llamado Hopenhyan (2002) referido al indio o mestizo, identificándose con un yo extranjero, usualmente norteamericano o europeo, o definiendo el ethos nacional a partir de los modelos foráneos mencionados. Con el paso del tiempo la negación del otro adquirió “el rostro más visible de la exclusión social y aún lo perpetúa” (Hopenhyan, 2002).

Es por esto que se puede decir que la “dialéctica de la negación del otro” se refiere a la negación misma del multiculturalismo, reconociendo una cultura como válida frente a otras o desacreditando a las demás de manera ontológica, lo cual beneficia la creación de una jerarquía como estrategia discursiva para justificar la dominación política de las elites, teniendo en cuenta

que este mecanismo es necesario en procesos de “conquista, colonización y Constitución de Estados nacionales cimentados en un ideal de *ethos* homogéneo” (Hopenhyan, 2002).

Por otro lado, el pueblo colombiano, titular de la soberanía nacional, ha creado un marco jurídico-político de acción en el cual al Estado se le plantean una serie de fines que debe cumplir a través de las funciones públicas, entre las que se destaca la función constitucional de la cual se derivan las funciones de seguridad y defensa nacional, electoral, legislativa, jurisdiccional, fiscalizadora y de control, de Banca central y la función administrativa; siendo ésta última en el marco de la cual se toman decisiones y acciones que orientan la actividad del Estado por medio de sus diferentes entes administrativos, a esto se le conoce como políticas públicas. Ozslak y O'Donnell (1918) indican que las políticas públicas se conciben como un conjunto de iniciativas Estatales para la resolución de un problema, las cuales incluyen la intervención de uno o más entes públicos, definiendo así el modo de intervención del Estado frente a la cuestión que lo abarca.

Asimismo, los pueblos indígenas al ser minorías históricamente discriminadas se enfrentan una problemática común: grandes niveles de marginación y pobreza; dejando a su arte y culturas reducidas a meras expresiones folklóricas, como simples memorias del proceso de “aculturación” que nos ha llevado como sociedad hasta la actualidad, es decir, epítetos de la cultura cosmogónica “que fue”. Es en este afán de protección a los indígenas que nace el mecanismo de la consulta previa, como política pública de protección a libre determinación de las comunidades étnicas.

Por tanto, la consulta previa se presenta como un mecanismo jurídico protector de los derechos humanos de las comunidades indígenas históricamente marginadas, de sus culturas y

sus territorios ancestrales, así como mecanismo de conservación cultural frente a la “dialéctica de la negación del otro” al que se enfrenta a sociedad actual.

4.5 Conceptos de organismos internacionales, Universales y Hemisféricos sobre la Consulta Previa

4.5.1 Conceptos sobre Consulta previa expedidos para el sistema de las Naciones

Unidas. La libre determinación de todos los pueblos es un tema de vital importancia para organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas, tal y como se refleja en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - PIDCP, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 2 numeral 1, al expresar que: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”; esto es una premisa importante en lo referente a la protección de los pueblos indígenas de América Latina, en tanto busca evitar una “aculturación” de sus integrantes y proteger sus tradiciones cosmogónicas, siendo la consulta previa su herramienta más efectiva.

Es por esto que es de vital importancia analizar las posiciones que frente a la figura de la consulta previa tiene la Organización Internacional del Trabajo - OIT -, ente del que emana el Convenio 169 por medio del cual se legisla la consulta previa internacionalmente; de igual manera la posición de la Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados - ACNUR - es de vital importancia, analizando la mencionada figura jurídica desde la perspectiva de los Derechos Humanos; finalmente es de vital importancia estudiar la posición de la

Asamblea General de las Naciones Unidas - ONU - frente a la protección de la comunidades indígenas mediante la aplicación de la Consulta previa.

La Organización Internacional del Trabajo ha buscado la protección de las comunidades étnicas y sus tierras, razón la cual en 1957 adoptó el Convenio 107 por medio del cual se consagran de manera general algunos derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios habitados tradicionalmente sin tocar aun la figura consultiva como mecanismo protector de derechos humanos. Sin embargo, el mencionado convenio poseía múltiples imprecisiones que le costaron graves críticas, entre las más notables se encuentra el hecho de que denominaba a las comunidades étnicas “poblaciones” en vez de “pueblos”. Lo anterior convocó a una comisión de expertos bajo el llamado del Consejo de Administración de la OIT, resultado de dicha reunión el renombrado Convenio 169 de 1989, por medio del cual se regula entre otras cosas la consulta previa (Morris, M., Garavito, C. R., Salinas, N. O., & Buriticá, P., 2009).

Así las cosas la OIT, el Convenio 169 tiene dos postulados básicos: “el respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas, y la consulta y participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan” (1989), siendo aquellas las bases interpretativas de todo el documento. El Convenio 169, considera la consulta previa como una obligación de los Estados, quienes deben realizar verdaderas consultas donde las comunidades indígenas y tribales puedan expresar realmente su opinión respecto del respectivo proyecto, obra o actividad a realizar en su territorio o cerca al mismo, siendo una necesidad la materialización de un conocimiento previo, libre e informado, teniendo en cuenta que ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país (Rodríguez, 2011).

Por otro lado, la Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados refiere al Convenio 169, donde se indica en su artículo 1 que son considerados como pueblos indígenas aquellos que descienden “de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que (...) conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (1989).

Es a partir de la identificación de los sujetos protegidos por la consulta previa que ACNUR indica la importancia de usar un enfoque inclusivo y participativo para así lograr una protección real de las comunidades indígenas. Recordando que “la inclusión de los miembros de las minorías y los grupos indígenas en la formulación de políticas y los procesos de consulta es clave para el desarrollo e implementación de soluciones adecuadas a los problemas que enfrentan” (ACNUR, 2011); sin olvidar que en numerosas ocasiones la posición de los líderes de las comunidades no expresa a profundidad el querer de todo el colectivo, por lo que es esencial la participación en todas las etapas del proceso de consulta, buscando que la información y las instrucciones básicas relativas al proyecto, obra o actividad deben ser claras y representadas de la manera más adecuada para lograr su entera comprensión por la comunidad consultada, recurriendo incluso a los idiomas pertinentes (ACNUR, 2011).

La Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como le es propio expresa su preocupación sobre la temática consultiva a pueblos étnicos, recordando que “los refugiados indígenas y de las minorías deben tener acceso a la información necesaria para que su participación sea significativa” (2011).

Por último, la Asamblea General de las Naciones Unidas se pronunció de manera contundente respecto la importancia de la diversidad y riquezas culturales aportadas por todos los pueblos, considerándolas patrimonio común de la humanidad y buscando siempre que el ejercicio de sus derechos esté libre de toda clase de discriminación. Tras un análisis de las mencionadas comunidades, concluyó que se deben tener en cuenta las injusticias históricas de las cuales han sido víctimas éstos grupos étnicos y el papel fundamental que han jugado en el proceso histórico de la humanidad donde se les ha impedido desarrollarse de acuerdo a sus propias necesidades e intereses; entendiéndose que es de vital importancia “respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007).

Recalca igualmente la Asamblea General de la ONU la importancia de la consulta previa a los pueblos indígenas al referir que es obligación de los Estados la celebración de consultas a dichas comunidades, buscando una cooperación articulada y de buena fe por medio de las diferentes instituciones estatales, antes de adoptar cualquier decisión que pueda eventualmente llegar a afectar a las comunidades, sus culturas e incluso, pero no exclusivamente, sus tierras, para así brindarles la oportunidad de vivir bajo sus propios principios y tradiciones ancestrales; sin olvidar la importancia transversal que tiene la obtención de un consentimiento previo, libre e informado.

Por lo anterior, se afirma que la OIT es el organismo primigenio en materia de consulta previa, siendo de vital importancia para el mismo la obligación de los Estados de realizar verdaderas consultas a las comunidades indígenas, buscando ante todo un conocimiento previo,

libre e informado; de igual modo ACNUR recalca la importancia de brindar acceso a información suficientemente clara a los refugiados indígenas y las minorías étnicas consultadas para así garantizar su participación real en el proceso de consulta; así, la Asamblea General de la ONU reafirma la importancia que tienen las comunidades indígenas en la interculturalidad de la sociedad actual, recordando que son víctimas de un proceso histórico difícil en el cual se presentan como minorías suprimidas y como tal deben contar con una protección especial por parte de los diferentes Estados, especialmente en lo referido a la consulta previa, la cual debe contar con un consentimiento previo, libre e informado. Finalmente, se puede decir que al igual que lo reafirma la Declaración de Viena, es de fundamental importancia para todos los organismos internacionales y sus países miembros recordar las contribuciones de los pueblos indígenas al desarrollo y el interculturalismo de la sociedad actual, sin olvidar la obligación de “reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social” (Declaración de Viena, 1993).

4.5.2 Conceptos sobre Consulta previa expedidos por la Organización de los Estados Americanos y Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La Organización de Estados Americanos se presenta como el principal foro multilateral del hemisferio occidental, reuniendo a los países de dicha región en torno a diferentes temáticas que les son de vital importancia a los Estados miembros, con el fin de fortalecer en ellos la democracia y la promoción de los derechos humanos, siendo la Asamblea General de la OEA el órgano máximo de ésta organización, contando con un delegado de cada uno de los países, quien tendrá voz y voto respecto a los diferentes temas que les sean puestos de presente, buscando soluciones efectivas según los

lineamientos de la entidad, por medio de la adopción de resoluciones, declaraciones y recomendaciones.

La normatividad emitida por la OEA, al pertenecer al ámbito del derecho internacional se refiere a normas de derecho blando, o no coercitivo, siendo esto el resultado del proceso evolutivo del derecho internacional han ido surgiendo diversas fuentes jurídicas “*que se encuentran en una zona gris entre la proclamación sin fuerza vinculante y la determinación con efectos vinculantes*” (Herdegen, 2005). Es por esto que es decisión de los Estados partes de la OEA si ratifican o no los diversos instrumentos normativos regionales que en el marco de la organización se puedan generar, especialmente los relacionados con sistema interamericano de derechos humanos, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otras Convenciones especializadas; un ejemplo de la mencionada libertad estatal es el hecho de que Estados Unidos de América no hace parte de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, dejando en la Comisión Interamericana de Derecho Humanos determinar si en un hipotético caso ha habido o no violación de derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, lo que implica que no reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, la Asamblea General de la OEA solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1989, la creación de un instrumento jurídico que pretendiera regular y desarrollar temáticas relacionadas con los derechos de las poblaciones indígenas, siendo la consulta previa uno de los más importantes. En 1997 la Comisión aprobó el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, poniéndolo a disposición de la Asamblea General de la OEA; hasta el día de hoy el mencionado proyecto no ha sido

aprobado por el ente máximo de la Organización, sin embargo se estableció un grupo de trabajo del Consejo permanente con el fin de continuar con el desarrollo del proyecto, generando así una serie de informes relacionados, entre los que resalta el aprobado por la CIDH en 2000, sobre la situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas (Organización de Estados Americanos, s.f.).

En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica la correlación existente entre el derecho a la consulta, el deber estatal de realizarla y diversos derechos humanos, entre los que se destacan el derecho a la participación, contemplado en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009), un ejemplo de esto es el caso Yatama Vs. Nicaragua, en el que la corte indica que al referirse a la participación política de los pueblos indígenas se trata de procurarles la prerrogativa “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

Para la CIDH, “uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004). Lo anterior teniendo en cuenta que los derechos de la comunidades étnicas están estrechamente relacionados con el derecho a la identidad cultural, en tanto es su cultura la que plantea los parámetros de convivencia de los pueblos, siendo la manera en la que utilizan la tierra un factor importante en esta temática.

La Comisión indica con gran interés que “la consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009), teniendo en cuenta que dicho procedimiento debe buscar un real entendimiento de la situación y la consecución de un consentimiento previo, libre e informado de la situación, proyecto, obra o actividad que se le ha puesto de presente al grupo consultado, sin limitarse por esto al cumplimiento de una serie de requisitos de forma, lo cual tornaría el acto en una notificación o un trámite de cuantificación de daños (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Es por esto que, si bien la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos no se ha pronunciado de manera contundente respecto al tema de la consulta previa si ha tomado decisiones orientadas a regular el tema en el hemisferio, en tanto es su gran preocupación observar que la mayoría de los Estados miembros cuentan con una alta población indígena, siendo consiente ésta organización internacional que las comunidades tribales merecen un respeto especial de sus culturas en pro del cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, uno de los documentos transversales dentro de la OEA junto a la Carta Democrática Interamericana.

De igual modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos plantea una posición firme respecto al respeto de la multiculturalidad dentro del hemisferio, siendo ésta entidad la principal responsable del desarrollo de temáticas concernientes a la protección de los pueblos indígenas; es de especial importancia para la CIDH el tema de la consulta previa, recordando las trascendencia de la consecución de un consentimiento previo, libre e informado por parte de las comunidades indígenas, de tal modo que éste sea producto de un proceso estricto respecto al procedimiento en sí mismo, en el que se busque un consenso entre el Estado y las comunidades,

para evitar convertir a la figura jurídica de la consulta previa en una mera notificación o un trámite de cuantificación de daños.

Podemos afirmar que el derecho a la participación en los procesos decisorios sobre tierras ancestrales pertenecientes a grupos étnicos corresponde al total de los implicados, es decir a las comunidades en sí misma, buscando así la prevalencia de los intereses colectivos respecto a sus tradiciones de uso de la tierra, en busca del respeto a sus culturas y para lograr darles la posibilidad de vivir bajo sus creencias cosmogónicas.

4.5.3 Conceptos sobre Consulta previa expedidos por Organismos Financieros

Multilaterales. La temática relacionada a la protección del multiculturalismo y en especial de los pueblos indígenas ha tomado cada vez más impulso y ha aumentado gradualmente el interés de organismos multilaterales de carácter financiero sobre el tema; es por estas organizaciones que han desarrollado una serie de políticas y pautas respecto a la consulta previa y a las comunidades indígenas consultadas, las cuales tienen dos clases de implicaciones: “condicionan los préstamos a determinados proyectos a su cumplimiento o sirven como mecanismos de auto-evaluación de las actividades realizadas por los mismos organismos” (Morris et al., 2009), constituyendo claramente normativas de derecho blando, es decir, que no son jurídicamente vinculantes por carecer de la fuerza coercitiva de la que gozan normas de carácter nacional en los diferentes estados, dejando la responsabilidad del cumplimiento de sus políticas en los mismos organismos. Debido a esto, se hace apremiante analizar la posición de organismos como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de desarrollo frente a las temáticas relacionadas con la consulta previa a comunidades indígenas y tribales, teniendo en cuenta la gran implicación que tienen para el hemisferio americano.

En primer lugar, el Banco Mundial – BM - plantea una política operacional para el financiamiento de proyectos, obras o actividades relacionados con pueblos indígenas con miras al cumplimiento de la misión misma de la organización de reducir la pobreza y conseguir un desarrollo sostenible en relación de la dignidad, derechos humanos, economías y culturas de los Pueblos Indígenas, buscando para ellos la obtención de una consulta previa, libre, informada y positiva, como requisito para dar su apoyo económico, es decir, pone como condición de aprobación el apoyo de las comunidades al proyecto por el cual fueron consultados (Banco mundial, 2015).

El Banco mundial busca que los proyectos que va a financiar sean culturalmente adecuados e inclusivos, para así proteger el multiculturalismo, igualmente que beneficien social y económicamente no solo al promotor sino también a los pueblos indígenas afectados incluyan medidas para “a) evitar posibles efectos adversos sobre las comunidades indígenas, o b) cuando estos no puedan evitarse, reducirlos lo más posible, mitigarlos o compensarlos” (Banco mundial, 2015).

El Banco Mundial observa que “las identidades y culturas de los Pueblos Indígenas están inseparablemente vinculadas a las tierras que habitan y a los recursos naturales de los que dependen. Estas circunstancias peculiares hacen que los Pueblos Indígenas estén expuestos a riesgos y efectos de diversos grados como consecuencia de los proyectos de desarrollo, entre ellos la pérdida de su identidad, cultura o medios de vida tradicionales, así como a diversas enfermedades. Las cuestiones intergeneracionales y de género son también más complejas entre los Pueblos indígenas. Por su condición de grupos sociales a menudo diferenciados de los grupos dominantes en sus sociedades nacionales, con frecuencia los Pueblos indígenas se cuentan entre los segmentos más marginados y vulnerables de la población” (Banco mundial, 2015), es decir,

que ve con gran preocupación la amenaza que los proyectos productivos pueden significar para las comunidades indígenas, por lo que busca disminuir en la mayor medida de los posible el impacto culturalmente adverso que pueda generarse.

Por otro lado, el Banco Interamericano de Desarrollo – BID - “presta recursos financieros a gobiernos centrales, alcaldías y empresas, y otorga donaciones a diferentes países en América Latina y el Caribe. Además presta asistencia técnica en diferentes áreas como reducción de la pobreza, educación y actividades agropecuarias” (Morris et al., 2009). Igualmente plantea una posición clara frente a lo relacionado con los pueblos indígenas y la consulta previa, emitiendo tres principales estrategias sobre el tema.

La primera de las estrategias plantea procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente, reconociendo los derechos cosmogónicos de los pueblos indígenas y sus tierras. Indica el Comité de Medio Ambiente del Banco Interamericano de Desarrollo la “necesidad de consultar a los grupos indígenas directa o indirectamente afectados por las operaciones financiadas por el banco y de hacerlos participar en las etapas de identificación, diseño, análisis, ejecución y evaluación” (Banco Interamericano de Desarrollo, 1990).

La segunda estrategia busca crear políticas operativas sectoriales sobre el reasentamiento involuntario en materia de consulta, ordenando consultar a las comunidades afectadas por los proyectos productivos que ya se encuentran aprobados, buscando la creación de planes de contingencia y resarcimiento que “incluirá los resultados de las consultas que se realicen de una manera oportuna y socioculturalmente adecuada con una muestra de personas representativas de las comunidades desplazadas y receptoras” (Banco Interamericano de Desarrollo, 1998).

La tercera estrategia plantea una política operativa sobre pueblos indígenas, emitida por la Unidad de Pueblos Indígenas y desarrollo Comunitario del Banco Interamericano de Desarrollo, limitándose a enlistar las múltiples situaciones en las que es obligatorio la aplicación de la consulta previa “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2006).

Es de vital importancia conocer la posición de los mencionados organismos multilaterales financieros, por cuanto son estos mismo quienes suministran créditos a proyectos de desarrollo que eventualmente pueden generar un impacto, negativo o positivo, en las comunidades indígenas, entendiéndose que es igualmente significativo que sus políticas y estrategias económicas para el desarrollo sostenible implican una protección en temas indígenas y su enfoque representa para estas minorías una protección frente a los Estados y las organizaciones productivas impulsoras de los diferentes proyectos, obras o actividades. Es por esto, que la protección de la diversidad cultural y las tradiciones cosmogónicas de las comunidades indígenas sobre el manejo de sus tierras y la afectación que puedan tener diversos proyectos que son objeto de financiación por los mencionados organismos financieros multilaterales toma un papel fundamental en procesos que aparentemente son simplemente económicos.

4.5.4 El convenio 169 de la OIT y el bloque de constitucionalidad colombiano. El Estado Colombiano reconoce y protege la pluralidad de etnias asentadas en el territorio nacional, contemplada en el artículo 7 de Constitución Política, siendo consciente de la necesidad de salvaguardar el valor intrínseco de sus culturas como parte de la identidad nacional; razón por la que en su sistema jurídico existen normas dirigidas no solo a garantizar su defensa sino también promover el respeto y prevalencia de los valores culturales, ancestrales, lingüísticos, sociales,

entre otros, de éstas comunidades. Es por esto que se hace necesario profundizar en el mecanismo de la consulta previa desde su origen concreto principal como lo es el Convenio 169 de la OIT, entendido como una de las principales herramientas estatales de protección de los derechos de las comunidades indígenas; de igual modo es evidente que el derecho a la consulta previa ingresó al sistema jurídico colombiano por medio del conocido Bloque de Constitucionalidad, por lo que es imperioso identificar en que consiste ésta figura jurídica.

La consulta previa entró al sistema jurídico colombiano en el año 1991 por medio de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, mediante ley 21 del mencionado año expedida por el Congreso de la República de Colombia , buscando solucionar una serie de problemas relacionados al Derecho ancestral de las comunidades indígenas a decidir sobre su territorio, el cual se veía gravemente comprometido por motivos de desarrollo económico nacional, crecimiento estatal y múltiples factores financieros referentes al lucro particular .

Ahora bien, el Convenio 169 de la OIT plantea para los países suscriptores una serie de retos frente a la protección de los pueblos indígenas y tribales que son en la mayoría de los diferentes territorios, una minoría marginada. La Conferencia General de la Organización Mundial del Trabajo convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 junio 1989, en su septuagésima sexta reunión, de la cual resulto el Convenio 169 de la OIT, expresó con gran preocupación que “en muchas partes del mundo estos pueblos no gozaban de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población en los Estados en que viven y que han sufrido a menudo una erosión en sus leyes, valores, costumbres y perspectivas”; razón por la cual el mencionado instrumento internacional se presenta como una solución ante la desprotección a la que se enfrentan éstas comunidades étnicas.

Es por esto que el Convenio 169 es considerado como el instrumento jurídico Internacional más completo que en materia de protección a pueblos indígenas y tribales que se ha adoptado hasta el momento (1989) brindándoles a éstas comunidades la oportunidad de vivir según sus leyes, valores, costumbre y perspectivas en un marco de respetos de sus derechos humanos a la igualdad de oportunidades y de trato, buscando ante todo el respeto, al reconocimiento y a la participación de dichos pueblos.

De igual manera, se deberá evocar la importancia de la consulta previa y su ejercicio efectivo, por el cual los gobiernos se comprometen a evaluar el impacto que los diferentes proyectos de desarrollo puedan tener en el normal desarrollo de la vida de la comunidad y el impacto que este plan tenga en el medio ambiente; recordando que los resultados de estos estudios serán decisivos en la viabilidad de la ejecución de las actividades mencionadas (Convenio 169, 1989).

Se debe tener en cuenta que corresponderá al gobierno procurar por un desarrollo sustentable, haciendo partícipes a las comunidades interesadas de las decisiones que sobre el desarrollo regional pueda llegar a afectar sus vidas en general, buscando siempre un mejoramiento de la calidad de vida, trabajo, salud y educación de estos, dejando como obligación estatal la aplicación de este mecanismo consultivo (Convenio 169, 1989).

Recordando que la mayoría de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos con alta población indígena ahora son partes del Convenio 169, el cual ha tenido un gran impacto en las diferentes reformas constitucionales, legislativas e institucionales que se han dado en ellos y en otros países. El Convenio ha servido también a los propios pueblos indígenas, ayudándoles a estructurar sus demandas e impulsar cambios legislativos consistentes con las

obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos indígenas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

Por otra parte, La teoría del Bloque de Constitucionalidad se plantea como uno de los avances jurídicos más importantes e innovadores al dar valor supra-legal a aquellas disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, que sin embargo se encuentran fuera del mismo texto de la Constitución (Olano, 2005), es decir que, en palabras del Consejo Constitucional Francés, el *bloc de constitutionnalité* es el conjunto de normas que sin estar consagradas expresamente en la Constitución, hacen parte de ella (Mora, 2000); lo que en *estricto sensu* implica que al hablar de bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas jurídicas de derecho internacional que han sido válidamente ratificadas por el congreso de la república de Colombia, tal y como es el caso del Convenio 169 de la OIT, donde se desarrolla el eje vertebral de la Consulta previa a pueblos indígenas. La Corte Constitucional advierte que:

“la figura del bloque de constitucionalidad se refiere a un conjunto de disposiciones que, por remisión de la propia Constitución Política, tienen una relevancia especial, por virtud de la cual se convierten en un parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes, sin perjuicio de las distinciones que se presentan en cuanto a su jerarquía normativa.” (C. Const., Sentencia C-035-2016).

Así pues, según lo indica el profesor Ramelli (2004), el bloque de constitucionalidad puede entenderse desde dos perspectivas sustancialmente diferentes, es por esto que el *bloque en lato sensu* se refiere a aquellas disposiciones de rango normativamente superior a las leyes ordinarias, buscando ser referente en la creación legal y el control de constitucionalidad, conformado por “el

articulado de la Constitución (incluido el preámbulo), las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, algunos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que admiten ser limitados bajo estados de excepción, y los instrumentos internacionales sobre límites” (Olano, 2005), es decir, no se restringe a normas internacionales buscando hacerlas parte del sistema jurídico nacional, sino que pretende integrar el sistema normativo como un todo compacto.

Indica la Corte Constitucionalidad al respecto que al hablar de Bloque de constitucionalidad en sentido lato “*se encuentran aquellas disposiciones que aunque no tengan rango constitucional, sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional*” (C. Const., Sentencia C-035-2016).

Por otro lado, el *bloque en stricto sensu* se refiere a la concepción más tradicional del bloque de constitucionalidad, integrando principios y reglas que hacen parte de la constitución por diversas vías, refiriéndose por ejemplo a los tratados sobre derechos humanos cuya limitación este prohibida incluso en estados de excepción, así como los tratados internacionales de Derecho Internacional Humanitario (Constitución Política de Colombia, 1991). Por dicha razón, la Corte Constitucional recalca que al hablar de Bloque de constitucionalidad en *stricto sensu* se hace referencia a “*las normas que tienen rango constitucional, por la habilitación expresa que sobre dicha categorización realizó el Constituyente, como ocurre con los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, o con las reglas del derecho internacional humanitario*” (C. Const., Sentencia C-035-2016).

Finalmente, se debe recalcar la importancia de la consulta previa como uno de los mecanismos protectores de derechos humanos de más relevancia en la búsqueda de la protección

a las comunidades indígenas, en la mayoría de los casos marginadas, siendo el Convenio 169 de la Organización del Trabajo su instrumento de desarrollo principal; esto teniendo en cuenta que la mayoría de países suscriptores del mencionado Convenio cuentan con una alta población indígena, con la cual se comprometen el impacto que los diferentes proyectos puedan tener en el medio ambiente y para cada una de las minorías étnicas implicadas, buscando ante todo un desarrollo sustentable. De igual modo, el bloque de constitucionalidad se presenta como uno de los avances jurídicos más importantes del siglo pasado, permitiendo ingresar al sistema jurídico nacional aquellas normas de carácter supranacional que en la mayoría de los casos no son parte directa del mismo, pero que por su carácter transversal son de vital importancia para la estructura normativa, tal y como lo es el Convenio 169 de la OIT.

Es por esto que se puede observar la importancia del bloque de constitucionalidad en el ámbito del derecho internacional de protección a comunidades indígenas, en tanto ésta figura jurídica permite el ingreso del Convenio 169 de la OIT a las diferentes legislaciones de los países suscriptores, como es el caso colombiano, que por medio de la ley 21 de 1991 sancionada por el Congreso de la República de Colombia, dando paso a una nueva relevancia otorgada a los grupos étnicos históricamente marginados en el territorio nacional, buscando ante todo permitirles ceñirse a sus tradiciones cosmogónicas en lo referente al uso y tratamiento de la tierra.

5. Consulta previa como Mecanismo Protector de Derechos Humanos de Comunidades Indígenas: Análisis Jurisprudencial

5.1 Análisis Jurisprudencial Nacional

5.1.1 El Conflicto de Chidimia: Corte Constitucional Sentencia T-129 de 2011. Los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío , quienes a través de sus representantes interponen acción de tutela porque consideraron que sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva, a no ser desplazados, al debido proceso, al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, a la vida y subsistencia como pueblo indígena fueron quebrantados por el inicio de actividades de construcción de una carretera que pasaba por el resguardo, para un proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, además de otros factores que pusieron en riesgo su supervivencia como el peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y proyectos, la concesión de títulos para la explotación minera, y la invasión ilegal.

El caso anteriormente descrito llegó a la Corte Constitucional, y esta se pronuncia en la sentencia T 129 de 2011, donde analiza que la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son paralelas con las costumbres dominantes en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías (C. Const., Sentencia T-129-2011). Este elemento de la diversidad cultural es analizado como esencial para la

multiculturalidad del Estado a través de sus entidades y mecanismos para lograr su integral protección. (Sent Const., sentencia T-129-2011).

Analiza que la explotación de los recursos naturales no puede entenderse como un perjuicio, de bienestar individual que atente contra la diversidad y el medio ambiente. Por ello, el desarrollo sostenible, la conservación, restauración y sustitución, hacen parte de las garantías constitucionales para que el equilibrio y el mantenimiento del ambiente y de los que habitan en él. (Sent Const., sentencia t 129 de 2011)

El fallo de la Corte insta a la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa con las comunidades étnicas y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales pueblos, al igual que a la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación, de igual manera ordena que en las 48 horas siguientes inicien el trámite de la consulta previa y suspenden la continuación de obras de la carretera que afecta de manera directa a las comunidades y pueblos aledaños a esta. Ordena a la Corporación Autónoma Regional abstenerse de expedir licencias ambientales sin el previo agotamiento del requisito de la consulta previa. (Sent Const., sentencia t 129 de 2011) De manera muy simbólica, la Corte encuentra pertinente ordenar al Ministerio del Interior que esta sentencia sea traducida a la lengua Embera, y sea distribuida entre los pobladores y en las instituciones de educación de la comunidad para su conocimiento y difusión

En este caso consideramos que el alto tribunal constitucional hace un importante análisis del mecanismo de la consulta previa, que la misma Corte le ha dado el carácter de derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y a su vez hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palanqueras y gitanas. En reiteradas

veces se hace énfasis en la suspensión de los proyectos u obras que afectan o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa, buscando el consentimiento libre, previo e informado. En este caso no hace excepción a lo anterior.

5.1.2 Oleoducto de los llanos: Corte Constitucional Sentencia T-693 de 2011. La comunidad del Cabildo Indígena Resguardo Turpial – La Victoria, del pueblo indígena Achagua invoca la protección de sus derechos fundamentales mediante acción de tutela, a la consulta previa, a otras formas de participación democrática, a la integridad étnica y cultural de la nación y a la igualdad de culturas. Dicha protección es solicitada porque con el otorgamiento de una licencia ambiental a la empresa Meta Petroleum Limited, para la realización del proyecto Oleoducto de los Llanos, desde Campo Rubiales hasta las facilidades del CPF-Cusiana, fue otorgada sin cumplir con la consulta previa a que tienen derecho.

Paradójicamente las autoridades indígenas en el año 2008 solicitaron al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la realización de la consulta previa, la cual fue negada bajo el argumento de que el Ministerio del Interior y de Justicia no certificó la existencia de comunidades indígenas o negras en el área de influencia del proyecto; resaltando que la comunidad Achagua desconoce los criterios utilizados por la sociedad petrolera para fijar el área de influencia del mencionado proyecto. La comunidad indígena alega que con la licencia ambiental y su mal uso, se realizó una tala indiscriminada de más de 100 árboles nativos, lo cual arrasó también con los minifundios de los habitantes del sector; esto como consecuencia de la invasión demográfica que se realizó en la zona. La solicitud de amparo en primera instancia fue negada, bajo el argumento que la acción de tutela era improcedente por falta de los requisitos de inmediatez y subsidiaridad de la acción (Sent Const., sentencia t 639 de 2011). Apelada esta

decisión, el caso en segunda instancia confirma sentencia en primera instancia argumentando que el amparo de tutela del gobernador de la comunidad busca dejar sin efectos un acto administrativo, que para el cual existen otros mecanismos de defensa que no fueron usados en tiempo y modo requerido para sacar del tráfico jurídico y dejar sin efectos la licencia de explotación ambiental.

Las empresas y autoridades accionadas con la intervención del territorio indígena, afectaron de manera directa el derecho de la comunidad a la integridad cultural y pusieron en riesgo su subsistencia, porque con la construcción afectaron también la espiritualidad de los miembros de la comunidad, a tal magnitud que atribuyen al paso del tubo, enfermedades y muertes siendo esta vulneración la más fuerte para la comunidad, por tanto buscan medidas para ponerle fin y mitigar sus impactos, la Corte Constitucional advierte que la anterior vulneración ha causado un impacto cultural como modalidad de daño inmaterial, ya que la intervención ha lesionado valores significativos de la comunidad, así como creencias, y ha causado perturbación espiritual entre sus miembros (Sent Const., sentencia t 639 de 2011).

La Corte Constitucional, en su sabia consideración del caso dirime un tema poco estudiado en las sentencias de igual tema, el cual es la tierra y el territorio, entendidos además de una parte física, como el conjunto de aspectos que se ligan a la existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico, que no solo es atribuible a un sujeto desde el punto de vista de la propiedad individual, sino como un bien de carácter colectivo. Concluye que sí hubo una violación directa a los derechos fundamentales, a la libre determinación, a la participación, a la integridad cultural y a la supervivencia de la comunidad indígena, como consecuencia de la intervención de un territorio que consideran sagrado y de vital importancia

ecológica, social y económica –el Charcón Humapo, sin llevar a cabo un proceso de consulta previa.

Estima la sala que es necesario acudir a la modalidad de reparación inmaterial descrita como la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos ”¹ (Sent Const., sentencia t 639 de 2011)

Así pues la Corte Constitucional decide el amparo de tutela de los derechos fundamentales a la libre determinación, a la participación a través de la consulta previa, a la integridad cultural y a la supervivencia de la comunidad Achagua Piapoco. De la misma manera ordena de manera pronta y fluida la aplicación de la consulta previa a la comunidad, con el fin de adoptar medidas que tiendan a la compensación del daño, los impactos y perjuicios que fueron generados por la construcción del oleoducto para mantener la supervivencia en el tiempo, tanto de la comunidad, como de sus creencias y costumbres.

De una manera especial se ordena un acto donde las empresas y las instituciones que omitieron la realización de la consulta previa, expresen en ceremonia pública sus disculpas, la búsqueda dialogada de las posibles maneras de mitigar, corregir y reparar el daño material y por encima de este el espiritual que fue causado por la construcción de la las tuberías que atravesaron su resguardo.

Se evidencia que el mismo Estado no reconoce la existencia de comunidades indígenas en los territorios donde se realizan proyectos y obras que afectan a las poblaciones étnicas,

¹ El daño inmaterial puede comprender los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima. (corte Interamericana de derechos humanos)

vulnerando su derecho a la participación activa y reconocida de manera legítima por el Estado. (Sent Const., sentencia t 639 de 2011) Este caso es muestra de que solo son reconocidos los derechos humanos de las comunidades indígenas y étnicas bajo la presión del mecanismo de la tutela, y que este se debe usar como último recurso de escucha cuando ya se han vulnerado sus derechos a la participación en las actividades que los pueden afectar, y su supervivencia se ve en peligro por el quebrantamiento de derechos humanos sin consideración alguna a proteger a las futuras generaciones, portadoras de la diversidad étnica y cultural.

Para este caso se considera de gran importante el pronunciamiento de la Corte en materia de reparación inmediata del daño que se ocasiona cuando en las áreas de influencia se desarrolla un proyecto y este no es consulto, debido a que si este, no se lleva a cabo en la forma sistematizada el daño sería de tan grande magnitud que sería irreparable Esta sentencia sigue demostrando que los mecanismos adoptados por el juzgador no tienen un carácter radical frente al problema de daño y reparación en materia de derechos fundamentales y en especial el de la consulta previa; los fuertes impactos que se pueden generar en una comunidad, ya sea de forma cultural, de pervivencia, de creencias y de protección donde se desarrollan actividades y proyectos de alto impacto que posiblemente una vez realizados y el daño sea consumado, será difícil lograr una reparación significativa e integral aun cuando en una sentencia que proteja sus derechos fundamentales se precise esta reparación.

Consideramos en el presente caso de gran importancia el análisis que en materia de reparación inmediata del daño que realiza la Corte, debido a que si este, es dispuesto ni se lleva a cabo en la forma sistematizado, demostrando que los mecanismos adoptados por el juzgador no tienen un carácter radical frente al problema de daño y reparación en materia de derechos fundamentales y en especial el de la consulta previa; los fuertes impactos que se pueden generar

en una comunidad, ya sea de forma cultural, de pervivencia, de creencias y de protección donde se desarrollan actividades y proyectos de alto impacto que posiblemente una vez realizados y el daño sea consumado, será difícil lograr una reparación significativa e integral.

5.1.3 Proyecto Quifa y la sentencia T-764 de 2015. En el año 2003, Ecopetrol hacia una proyección de alcanzar un millón de barriles de petróleo en el 2015 con la explotación de hidrocarburos en el departamento del Meta con el proyecto denominado Quifa.

Campo Quifa cuenta con un área comercial de 40 mil hectáreas y con 11 pozos productores que hoy en día aportan 2.300 barriles por día de crudo y se busca a futuro una producción de 30.000 barriles. Es de destacar que Quifa limita con Rubiales.

La Empresa Colombiana de petróleo, en la búsqueda de la viabilidad financiera y económica de la zona, realiza una declaratoria de comerciabilidad, esto es que después de años de estudios, y detectar la potencial acumulación de hidrocarburos y gases comercializables en la zona, decidió participar en sociedad con la compañía operadora Meta Petroleum. El 22 de diciembre de 2003 se plasma la definitiva asociación entre la estatal petrolera ECOPETROL Y META PETROLEUM; la participación económica de la empresa colombiana era de un 30% de costos e inversiones y una participación mínima de 40% de hidrocarburos, después de las regalías.

El Capitán Mayor del Resguardo Indígena Vencedor Pirirí, presenta en el año 2012 una acción de tutela en contra de Ecopetrol, Meta Petroleum, Ministerio del Interior y la Dirección de Consulta Previa, para invocar la protección de los Derechos Fundamentales de petición, debido proceso, consulta previa, identidad étnica y cultural e igualdad de esa comunidad étnica (Corte

Constitucional Colombiana, sentencia T-764 de 2015) los hechos jurídicamente relevantes para invocar la protección de sus derechos son:

1. *Una parte del pueblo indígena Sikuani se encuentra organizada en torno al Resguardo Vencedor Pirirí, localizado en jurisdicción del municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta. Este resguardo está conformado por 13 distintas comunidades, y tiene un área de 40.000 hectáreas y con una población de 469 personas.*

2. *La comunidad del resguardo desde años atrás ha estado en contacto con la explotación petrolífera que se ha realizado en la zona, pero siempre con las carencias típicas de información en realización a los proyectos que allí se han desarrollado, y el alcance que produce una licencia de explotación*

3. *Mediante derecho de petición, la comunidad y el resguardo solicitan a Pacific Rubiales información de la actividad petrolífera que se realiza en el área de influencia del resguardo y la relación de cada una con el mecanismo consultivo previo que se debe realizar, ante ninguna información suministrada, y por información exógena y de terceros, evidencian que en dicho territorio se realizan 5 proyectos de explotación, cada uno de ellos diferente y todos a la vez sometidos a consulta previa, de los cuales uno solo cumple con el requisito de aplicación del mecanismo participativo*

La comunidad solicitó a la Corte la protección de los derechos fundamentales de petición, del debido proceso a todas las actividades administrativas que no se realizaron en debido tiempo, el derecho de la consulta previa como mecanismo participativo y de participación. Además de lo anterior, la suspensión de toda actividad administrativa y de explotación en los terrenos

señalados hasta tanto no se autoricen por parte de la comunidad (Sent Const., sentencia T-764 de 2015).

Mediante fallo de primera instancia, y después de hacer constar que ni el Ministerio de Ambiente ni la ANLA respondieron a esta acción de tutela, el Tribunal Administrativo del Meta decidió negar las pretensiones relacionadas con los derechos al debido proceso y la consulta previa, y conceder el amparo a lo que respecta al derecho de petición presentado por la comunidad frente a la empresa Meta Petroleum Corp (Sent Const., sentencia T-764 de 2015); apelada la decisión en primera instancia, el Consejo de Estado decidió confirmar en todas sus partes el fallo de primera instancia, tanto que concedió el amparo al derecho de petición de la comunidad accionante, como en cuanto negó la protección a sus derechos a la consulta previa y el debido proceso. Estas dos instancias giraron en torno al debido proceso aplicado a la situación y a la resolución del derecho de petición elevado por la comunidad a la empresa Pacific Rubiales.

El fallo de la Corte constitucional estudia objetivamente el derecho de supervivencia de las comunidades indígenas, que en parangón es igual y de mayor importancia al derecho a la vida y del cual se pueden evitar acciones que ponen en riesgo y atentan contra la continuidad de las comunidades; estrechamente vinculado al anterior se encuentra el derecho a la integridad y protección de la cultura étnica, por cuanto que si se vulnera la supervivencia, en igual medida se desmorona paulatinamente la identidad de la cultura étnica que no es más que la preservación de los usos, los valores, las costumbres y tradiciones, las formas de producción, la historia y la cultura, y todas las demás situaciones que definen e identifican a la comunidad desde el punto de vista cultural y sociológico, así como a la defensa de su particular cosmovisión espiritual o

religiosa, es decir, todos aquellos aspectos que la hacen diversa frente al grupo que podría definirse como predominante (C. Const., Sentencia T-164-2015).

Otro punto para la final decisión son los daños ambientales ocasionados por el incumplimiento de los tramites de la consulta previa, los cuales afectaron considerablemente sus fuentes de agua, por el movimiento de tierras en grandes cantidades y el tráfico de personas y vehículos, la merma en la producción de alimentos de origen silvestre y la desaparición de peces y animales para la caza, los cuales proveían la fuente básica de alimentación en su dieta.

La corte en su sabia experiencia y análisis decide, confirmar el amparo del derecho de petición y su debido proceso, revoca de manera tajante lo relacionado con la protección ni concesión de la consulta previa y concede la tutela a los derechos fundamentales de supervivencia, identidad étnica y cultural, a la consulta previa y al debido proceso en lo relativo al trámite consultivo. (Sent Const., sentencia t 764 de 2015) También ordena la suspensión de toda actividad de explotación en el territorio, hasta tanto no se realice el proceso consultivo entre el resguardo y las empresas vinculadas al proyecto.

Para este caso podemos afirmar que los derechos humanos de las comunidades indígenas no fueron protegidos de la manera más eficaz, expedita y oportuna, debido a que la consulta previa se realizó después de encontrarse una afectación a sus derechos fundamentales tales como su derecho a decidir, su supervivencia, la protección y diversidad étnica y cultural (Sent Const., sentencia t 764 de 2015). También a la vida, que a consecuencia de la explotación

petrolífera se intensificaron enfermedades cutáneas y acrodinia² relacionadas a la contaminación ambiental con materiales tóxicos en las cuencas acuíferas.

Por orden judicial para este caso se cumplió a lo dispuesto en la sentencia, el pasado 17 de mayo de 2016, se protocolizaron los acuerdos de la consulta previa con la comunidad Resguardo Vencedor Piriri-Guamito y Matanegra, concluidas las etapas de pre consulta e identificación de impacto y medidas de manejo, se llegó a la protocolización de los acuerdos del resguardo y la empresa Meta Petroleum en el proyecto de explotación Quifa, logrando así la creación de una comisión veedora de temas del ambiente conformada por integrantes de la comunidad, médicos de la misma, especialistas en la reforestación y manejo ambiental para futuros y posibles daños que se puedan ocasionar con el avance del proyecto. Es así que en este pronunciamiento judicial se denota el verdadero sentido de la consulta previa, solo que realizada de forma posterior a la elaboración de estudios e inicio de obras.

En este caso, resaltamos de manera unificadora que la Corte mantiene su línea de defensa de los derechos de las comunidades indígenas a través del mecanismo de la consulta previa, su aplicación, la debida información y la salvaguarda de la cultura de estas comunidades que aportan significativamente a la identidad étnica de la nación. A la vista en esta sentencia sobresale de manera casi que irrepitible en otros casos los tipos de tratamiento de la reparación, viéndola desde el punto de vista material moral y cultural; llegando hasta la creación de una comisión especial que vele por los temas ambientales que tocaron el resguardo y el tratamiento oportuno de las enfermedades que se produjeron por la intervención inadecuada en el territorio

² Enfermedad eruptiva caracterizada por la sensibilidad aumentada en las plantas de los pies y en las palmas de las manos, secundaria a la intoxicación por sales de mercurio

5.2 Interés general vs. Interés particular en los conflictos ambientales y la consulta previa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.2.1 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Teniendo en cuenta que Nicaragua es Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual se desprende la jurisdicción de la Corte Interamericana, se presentó el día 4 de junio de 1998 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demanda contra el mencionado Estado, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, fundamentada en la denuncia No. 11.577, recibida en la Secretaría de la Comisión el 2 de octubre de 1995, invocando los artículos 50 y 51 de la Convención Americana y los artículos 32 y siguiente del Reglamento de la Corte (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, párr. 1).

Se analizó la presunta violación de los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención. La Comisión solicitó la declaratoria de la responsabilidad internacional del Estado Nicaragüense frente a la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni en tanto, según argumentos de la Comisión, no ha demarcado las tierras comunales de dicho pueblo indígenas ni tomado medidas efectivas direccionadas a la protección de los derechos a la propiedad de sus tierras ancestrales y los recursos naturales de la comunidad (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, párr. 2).

De igual manera indica la Comisión, que Nicaragua otorgó concesión en las tierras de la comunidad sin haber logrado su consentimiento previo, libre e informado, y no garantizó la respuesta a las reclamaciones de la Comunidad Awas Tingni sobre los derechos de propiedad

frente sus tierras ancestrales (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, párr. 3).

Así las cosas, cabe resaltar la importancia del termino *bienes* referido específicamente a “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor” (CIDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú 2001, párr. 122).

Es por esto que a partir del mencionado concepto y bajo el análisis de la presunta violación del artículo 21 referido al Derecho a la propiedad privada según la Convención Americana de conformidad con la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y en concordancia del artículo 29.b de la Convención que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos, la Corte señala que se “protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua” (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, párr. 148).

Es por eso que al hablar del concepto de propiedad en las comunidades indígenas se debe tener en cuenta la tradición comunitaria que existe entre sus integrantes, de tal modo que existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, es decir, pertenece a la comunidad en si misma más que a uno de sus integrantes. Es por esto que los indígenas, según sus tradiciones cosmogónicas, mantienen una estrecha relación con la tierra que habitan, encontrando en ella la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su

integridad y su supervivencia económica; razón por la cual, como requisito mínimo, merecen vivir libremente en su territorio, por cuanto el suelo para ellos es un más que un elemento material, siendo un factor espiritual cuyo legado debe ser transmitido a las generaciones futuras (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, párr. 149).

Así las cosas, considera la Corte que el derecho de los pueblos indígenas, tradicionalmente consuetudinario, debe ser tenido en cuenta como tal, reconociendo así el carácter jurídico de la posesión de la tierra como requisito suficiente, evitando la errónea idea de la inexistencia de derecho por la carencia de título real sobre la tierra misma, por cuanto esto subordinaría el reconocimiento oficial de la propiedad a un documento haciendo de difícil consecución el registro de propiedad del predio (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, párr. 151).

Es por esto que la Corte considera que la Comunidad Awas Tingni tiene un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas según lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, advirtiendo igualmente la importancia de la efectiva delimitación y demarcación de las tierras del pueblo indígena que por derecho les corresponde, buscando evitar que se realicen actos que afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades por parte del Estado o terceros, hasta tanto no se realice el oportuno procedimiento de delimitación, demarcación y titulación (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, párr. 153).

Así pues es obligación de todos los Estados miembros, según lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, respetar los derechos y libertades reconocidos en la

mencionada carta, lo cual implica la protección y tutela de las prerrogativas de los pueblos, poniendo especial atención en aquellos históricamente marginados y/o en evidente desventaja respecto de la demás población, como lo son los pueblos indígenas. Teniendo en cuenta las reglas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cualquier acción u omisión de un agente estatal representa en si misma al Estado que repercute en un daño antijurídico en detrimento de una persona que no está obligada a soportarlo, convirtiéndose en agente activo de una violación imputable al Estado en términos de su responsabilidad internacional según la Convención Americana (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, párr. 154).

Por lo anterior concluye la Corte declarar desestimada la excepción preliminar interpuesta por el Estado de Nicaragua, según la cual debería rechazarse la petición de reparación formulada por la Comisión, por cuanto el Estado manifestó que era mejor resolver el caso entre el gobierno y los indígenas. Declarando así la responsabilidad internacional del Estado Nicaragüense sobre la violación del derecho a la protección judicial y a la propiedad consagrados en los artículos 25 y 21, correspondientemente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

Además, la Corte decidió que el Estado Nicaragüense debía adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, que fuesen necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas, el cual deberá ser aplicado inmediatamente; recalando que hasta tanto no se realice el mencionado procedimiento, el Estado o cualquier tercero deberán abstenerse de realizar

cualquier acto que pueda afectar la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la mencionada comunidad indígena (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, resuelve 4).

Es por esto que declara la Corte que la sentencia por ella proferida constituye *per se* una forma de reparación para los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, imponiendo igualmente una serie de sumas indemnizatorias a cargo del Estado de Nicaragua y en beneficio de la comunidad indígena mencionada, por conceptos de daño inmaterial y cubrimiento de gastos y costas del proceso incurridos por sus miembros. Igualmente impone como deber de Nicaragua la presentación de un informe semestral sobre el cumplimiento de las medidas interpuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado se presenta un voto razonado del conjunto de jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, quienes expresan su intención de ampliar el concepto comunal de la tierra expuesto por la Corte, en tanto consideran de máxima importancia el énfasis en la *dimensión intertemporal* de la relación de los indígenas con sus predios, en la medida que se entiende que las manifestaciones culturales son la base de las normas jurídicas en relaciones de comuneros *inter se* y con sus bienes; es ahí donde la cosmovisión propia genera redes de solidaridad que enlazan a los vivos con sus muertos y con las futuras generaciones, haciendo especial énfasis la importancia de la protección a la diversidad cultural, incluso en el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, voto razonado).

Igualmente se indica voto razonado concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes señalando que, la posesión de la tierra por pueblos y comunidades indígenas ha sido reconocida en nuestro continente como un derecho de sus gentes, incluso de grado constitucional en algunos países; entendiendo que se cumple con su atributo colectivo y función social por la naturaleza de sus poseedores, quienes ostenta igualmente un deber jurídico reflejado en limitaciones impuestas por la ley respecto del uso y goce subordinado al interés social. Igualmente indica la importancia que cumple la tierra secular para los indígenas, la cual está ligada a su historia y su ciclo vital. Además señala que se debe prestar especial atención al proceso de delimitación y demarcación de la tierras de la comunidad indígena buscando que las mismas sean proporcionales a las necesitadas por el pueblo Mayagna (Sumo) Awas Tingni (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, voto razonado concurrente I).

Asimismo se ostenta voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo y reparaciones del caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” indicando que el análisis del alcance del artículo 21 de la Convención Americana realizado por la Corte no implica el desconocimiento o negación de otros derechos de diferente naturaleza o alcance que estén relacionados con aquellos, de tal modo que existe una relación estrecha entre los derechos individuales y de carácter colectivo de las comunidades indígenas, los cuales deben ser protegidos para asegurar la genuina protección a los mencionados pueblos. Es por esto que se reitera la importancia de la sentencia proferida por la Corte, al plantear un punto de convergencia entre los derechos civiles y los económicos, sociales y culturales, aportando al entendimiento de un sistema normativo internacional en el que la Convención Americana y el Derecho de los Tratados representan una protección de los pobladores de los países americanos que pueden ser

resguardados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, voto razonado concurrente II)

Finalmente se presenta voto disidente del juez Alejandro Montiel Argüello, concluyendo respecto al Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua que fue dictada por la Corte de manera incorrecta la sentencia respecto de la violación del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la garantía de un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de los derechos fundamentales, por cuanto en consideración del juez no se ha presentado en el actual caso. Igualmente indica que respecto a la violación del artículo 21 de la Convención que garantiza la propiedad, los fundamentos de la Corte respecto de la inexistencia de un procedimiento para materializar el reconocimiento de la propiedad comunal de los pueblos indígenas no son ciertos, porque el hecho de que se hubiesen rechazado solicitudes de titulación no implica *per se* la inexistencia del procedimiento para realizarlas. Es por lo anterior que se opone al acápite de reparaciones, por cuanto considera no procedente el acuerdo indemnizatorio en ausencia del daño moral o material en el presente caso (CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, voto disidente).

Finalmente, podemos indicar que la estrecha relación de los indígenas con sus tierras, habitadas desde tiempos ancestrales, y las tradiciones cosmogónicas que rigen el mencionado vínculo son prueba suficiente para el reconocimiento oficial de propiedad de las comunidades sobre sus territorios, incluso cuando no cuentan con un título real. De igual modo, podemos afirmar que la tierra como *substratum* de las culturas, integridad, supervivencia económica y espiritualidad de los pueblos indígenas puede o no estar delimitada, siendo esto insuficiente para que los entes Estatales o terceros dispongan de los mencionados predios hasta tanto no se realicen los correspondiente procesos de delimitación, demarcación y titulación, por cuanto la

integridad cultural, económica y social de las comunidades puede verse gravemente comprometida.

5.2.2 Caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. El día 3 de julio de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos demanda contra el Estado de Paraguay, “en virtud de que no consideró que hubiera un cumplimiento estatal a lo establecido en el Informe de Fondo” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párr. 69); todo esto basándose en la petición presentada el día 15 de mayo de 2001 por la Comunidad Indígena Xákmok Kásek ante la Comisión, y en concordancia con el Informe de Fondo No. 30/08, aprobado por el anterior ente el día 17 de julio de 2008 y notificado al Estado el 5 de agosto de 2008, el cual contenía una serie de recomendaciones dirigidas a Paraguay.

Según lo expresado por la Comisión en el informe No. 30/08, concluyó la violación por parte del Estado Paraguayo de los “artículos 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 8.1 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana en perjuicio de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros” (2008). Igualmente indica el incumplimiento de las obligaciones impuestas por los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida) y 19 (Derechos del Niño) de la misma Carta, según el principio *iure novit curia*, en perjuicio de la mencionada comunidad indígena y sus respectivos miembros (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

En la demanda presentada, la Comisión solicita la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado Paraguayo en detrimento de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros, por la violación de los mencionados artículos de la Carta.

Indican los representantes de la comunidad que dos tercios de la región del Chaco paraguayo fueron vendidos por el Estado sin contar con el consentimiento de su pueblo, el cual habitaba allí desde tiempos inmemoriales, siendo desde entonces fraccionadas progresivamente las tierras y transmitidas a múltiples propietarios privados, lo cual ha significado para los indígenas la obligación de trasladarse de sus tierra ancestrales y reagruparse cada vez en territorios de menor extensión (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de julio de 2009, párr. 79-80)

Por lo anterior el uso de las tierras habitadas por la comunidad Xákmok Kásek en el reducido territorio conocido con el nombre de “Estancia Salazar” se vio condicionada por una serie de restricciones derivadas de la propiedad privada que sobre ella ejercían terceros, lo cual implicó un desuso de sus tradiciones milenarias y restricción de su movilidad en sus territorios cosmogónicos, viéndose obligados a desplazarse y asentarse en 1.500 hectáreas cedidas por un grupo de comunidades Angaité, bajo ningún título de propiedad específico (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de julio de 2009, párr. 82 y 93).

A raíz de los mencionados sucesos, la Comunidad se vio en la necesidad de iniciar un procedimiento administrativo en el año de 1990, con el fin de recuperar sus tierras, el cual fue negado en vía administrativa en el año de 1999. Lo anterior implicó para los indígenas Xákmok Kásek la obligación de acudir a diferentes instancias de negociación extrajudicial y judicial para solicitar la expropiación de las tierras vendidas fraudulentamente y recuperar sobre ellos la posesión y obtener un título de propiedad igualmente, sin embargo no fueron resueltas satisfactoriamente por el sistema de justicia de la Republica de Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, párr. 2).

Según la Comisión “lo anterior ha significado no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por las propias características de la misma, ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de julio de 2009, párr. 2).

Por esto, considera la Corte respecto a la propiedad comunitaria: que por la estrecha relación de los pueblos indígenas con sus tierras, genera una serie de elementos incorporeales propios de la cultura indígena (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, párr. 85).

Igualmente la Corte ha considerado que en la relación de los indígenas “existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua 2001, párr. 149).

Así, los conceptos de posesión y propiedad tienen una implicación colectiva en lo referido a las comunidades indígenas por cuanto no se centran en un individuo sino en la comunidad en sí misma. Por lo anterior, y bajo el análisis del artículo 21 de la Carta Americana, en lo referido a la protección de la propiedad se debe dejar de lado la concepción clásica del concepto para analizarla desde una nueva perspectiva de uso y goce de los bienes según la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, significa entender los modos de vida autóctonos de cada pueblo indígenas y evitar la desprotección de aquellas comunidades basándose en una errónea generalización de los conceptos a la hora de aplicar el artículo 21 de la Convención para millones de personas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, párr. 87).

Es por esto que la Corte considera que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa 2005, párr. 135).

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo relacionado a tierras indígenas se debe entender que:

“1) La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;

2) La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;

3) El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas;

4) Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe;

5) Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, párr. 109).

Según este análisis se puede concluir que para determinar la existencia de relación entre las comunidades indígenas y sus tierras tradicionales se debe establecer en primer lugar que dicha relación pueda expresarse de diversas formas y en diferentes situaciones según el pueblo indígena específico, tal y como lo son las diversas expresiones culturales, espirituales o ceremoniales relacionadas con el uso de la tierra, la caza, la pesca, la recolección de frutos, entre otros; en segundo lugar que el mencionado vínculo sea posible materialmente. Por lo anterior concluyó la Corte que a pesar del paso del tiempo y la imposibilidad de realizar las diferentes prácticas ancestrales, aún se encontraba en cabeza de la comunidad Xákmok Kásek el derecho de

reclamar sus tierras tradicionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, párr. 113 y 116).

Asimismo, considera la Corte que en cuanto al procedimiento jurídico interno de cada país en lo relacionado a la recuperación de tierras ancestrales debe llevarse a cabo con la diligencia debida, en un plazo razonable, ser efectivo y garantizar materialmente la recuperación de tierras por parte de las diversas comunidades indígenas, lo cual no fue así en el caso que nos concierne, constituyéndose una violación del derecho a la propiedad comunitaria, a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos respectivamente en los artículos 21.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, párr. 170).

Igualmente, en lo relacionado a las afecciones a la identidad cultural de los miembros de la comunidad derivados de la no restitución de sus tierras ancestrales se encuentran la supresión de su cultura y la posibilidad de vivir según sus tradiciones, es decir, una alteración de sus patrones culturales en consecuencia a la estrecha relación que desarrollan los indígenas con sus territorios, llegando a convertirse este factor material en parte de su identidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, párr. 174 - 177).

Cabe aclarar el carácter multiétnico de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, por cuanto considera la Corte que no es competencia suya o del Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la comunidad por cuanto corresponde únicamente a la comunidad misma, todo lo anterior debido a que este hecho es histórico pertenece a la autonomía cultural de la etnia misma.

Sin embargo según alegaciones de los representantes de la comunidad, ésta es de conformación multiétnica y en consideración de la Comisión, dicho hecho no los hace menos merecedores de ser titulares del derecho al territorio ancestral (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, párr. 35 - 37).

Además se puede indicar que en el Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek se vio comprometido otro factor de vital importancia en su cultura como lo son sus lenguas, que por motivos de su reubicación en la “Estancia Salazar” condicionó el aprendizaje del idioma al español o guaraní y no sus lenguas propias (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, párr. 179).

En consecuencia declara la Corte que el Estado de Paraguay violó la propiedad comunitaria, las garantías judiciales y la protección judicial en perjuicio de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, en lo relacionado directamente con sus tierras (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, resuelve 2).

Por lo anterior considera que la sentencia por ella proferida constituye *per se* una forma de reparación para los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, declarando la responsabilidad internacional del Estado y a su vez imponiendo una serie de sumas indemnizatorias a cargo de Paraguay y en favor de la comunidad indígena mencionada, por conceptos de daño inmaterial y cubrimiento de gastos y costas del proceso incurridos por sus miembros. Igualmente impone como deber de Paraguay una serie de medidas protectoras a favor de la Comunidad indígena posteriores al restablecimiento de sus tierras ancestrales, con el fin promover una mejor adaptación a sus costumbres y entorno. Asimismo, impone la Corte la presentación de un informe semestral sobre el cumplimiento de las medidas interpuestas por la Corte Interamericana

de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, resuelve 11 al 29).

Así mismo, respecto a la solicitud de suspensión del proceso presentada por el Estado es considerada por la Corte como no procedente por cuanto está basada en el carácter multiétnico de la comunidad Xákmok Kásek, lo cual corresponde enteramente a la comunidad misma indicar su arraigo y en ningún momento significa la pérdida de sus integrantes a la reclamación de su derecho a sus tierras ancestrales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, párr. 50).

Por otro lado se presenta un voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi el cual indica que considera conveniente incluir en el término “persona” contemplado por la Corte en sus consideraciones no solo a los miembros de los pueblos indígenas individualmente sino a la colectividad en sí misma para así considerar de una forma más adecuada los derechos concernientes a dichas comunidades por cuanto se procuraría de mejor manera la protección de dichas pueblos, logrando en mejor medida justicia y coherencia con el Derechos Internacional pertinente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, voto concurrente).

Igualmente se presenta un voto concurrente y disidente del Juez ad hoc Augusto Fogel Pedrozo según el cual en lo relacionado a la propiedad comunitaria, garantías judiciales y protección judicial de la Comunidad Xákmok Kásek considera que el Estado efectivamente violó el derecho a la propiedad comunitaria, las garantías judiciales y la protección judicial, sin embargo considera que en lo relacionado con las garantías procesales las presuntas violaciones realizadas en las primeras etapas del proceso pudieron haberse subsanado en los consecuentes

pasos procesales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, voto concurrente y disidente).

Igualmente considera que en lo relacionado con la solicitud del Estado sobre la suspensión del procedimiento se encuentra de acuerdo con la Corte, agregando que la “diferente denominación de la etnia planteada por los representantes de la Comunidad Xákmok Kásek, si bien constituye, un problema para la transferencia de dominio del inmueble, pues el derecho registral exige la debida aclaración del cambio producido, ello es subsanable a través del peritaje ya realizado recientemente a través del Perito del Estado, a los que agregó que la Comunidad indígena Xákmok Kásek pertenece al pueblo Sanapaná de la misma familia lingüística que los Enxet- Lengua” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay 2010, voto concurrente y disidente).

Finalmente, podemos indicar que el carácter multiétnico de un pueblo indígena es únicamente importante para la comunidad misma, teniendo en cuenta que el mencionado factor caracteriza su origen histórico, su configuración cultural y sus tradiciones; por tal motivo no es procedente denegar el reconocimiento de derechos propios de comunidades indígenas, pues no corresponde ni a los Estados ni a ningún ente judicial determinar la caracterización de los indígenas, correspondiendo enteramente a la comunidad misma por ser esto un hecho histórico social.

5.2.3 Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. El Gobierno Ecuatoriano el día 8 de diciembre de 1977, de acuerdo con lo prescrito en el parágrafo 1 del Artículo 62 del Pacto de San José, reconoció como obligatoria de pleno derecho y sin

convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como tratado B-32.

Por lo anterior, y en el marco de competencia de la Corte, el día 26 de abril de 2010 presentó demanda en contra de la República del Ecuador ante el Tribunal de Derechos Humanos por el caso 12.465, del cual la petición inicial ante la Comisión fue presentada el día 19 de diciembre de 2003 por la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku (*Tayjasaruta*), el Centro de Derechos Económicos y Sociales CDES y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, la cual fue aprobada por la Comisión bajo el Informe No. 138/09 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 1).

El pueblo indígena Kichwa de Sarayaku ubicado en la provincia de Pastaza, Ecuador, parte de la cual en 1990 fue objeto de un contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A.; el mencionado contrato no contó con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo indígena afectado. La Comunidad Sarayaku fue insistente desde el inicio en oponerse al ingreso del proyecto en su territorio a pesar de los intentos de la empresa petrolera CGC de conseguir su consentimiento; sin embargo en 2002 a raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica, la mencionada compañía entró en el territorio indígena ocasionando una parálisis de sus actividades económicas, administrativas y escolares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 2).

Por lo anterior, considera la Corte respecto a los derechos de consulta y protección de la propiedad comunal indígenas que se debe proteger la estrecha vinculación que existe entre los pueblos y sus tierras ancestrales por cuanto representa en sí misma la conexión con su cultura, usos, costumbres y creencias inmemoriales, entendiéndose la propiedad sobre sus territorios como de pertenencia común más que individual.

El profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual de las comunidades indígenas con sus territorios es el principal objeto de protección por parte de la Corte en lo referente a propiedad indígena, en tanto encuentra en la tierra la pertenencia misma de los pueblos y el origen de sus tradiciones inmemoriales, siendo el lugar de desenvolvimiento cultural de los individuos integrantes de las cultural indígenas, entendiendo el componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 149).

La exploración o extracción de recursos naturales en territorios ancestrales debe llevarse a cabo con las precauciones necesarias para disminuir en mayor medida el impacto negativo que dichas actividades puedan tener en el normal desarrollo de los pueblos indígenas, siendo imprescindible contar en todo caso con el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad afectada. Es obligación de los Estados: “i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 157).

El derecho a la consulta de las comunidades indígenas es entendido por la Corte como garantía fundamental de participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, siendo reconocido especialmente en el Convenio 169 de la OIT, entre múltiples instrumentos internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 160). Igualmente se ha reiterado la importancia que el desarrollo histórico ha dado a su interpretación, es decir, el avance semántico del concepto permite actualmente entenderlo como un concepto susceptible a evolucionar según los tiempos y condiciones de vida (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 161) llegando a ser considerada la obligación Estatal de procurarlo como un principio del Derechos Internacional más allá que una norma convencional o incluso un mecanismo protector de Derechos Humanos de comunidades indígenas y pueblos étnicos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 164).

Es obligación de los Estados realizar procesos de consulta especiales y diferenciados según cada comunidad indígena que pueda eventualmente ser afectada por el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad Estatal o Privada, lo anterior con el fin de respetar las particularidades propias de cada comunidad y así lograr un efectivo relacionamiento con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 165). Cabe aclarar que la obligación de consulta busca ante todo asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en asuntos que puedan ser de su interés y salvaguardar sus derechos como comunidad y como individuos sujetos a una especial protección Estatal (Corte

Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 166).

Es obligación exclusiva del Estado garantizar los mencionados derechos de consulta y participación de las comunidades indígenas y tribales, tal y como lo contempla la Convención 169 de la OIT, buscando lograr un consenso y procurando de manera meticulosa la consecución de un consentimiento previo, libre e informado por parte de las comunidades indígenas en cuestión, todo esto con el fin de asegurar una adecuada protección de los derechos de las comunidades y mantener el correcto equilibrio entre los intereses Estatales, particulares y de las Comunidades consultadas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 167).

En concordancia con el artículo 21 de la Convención y bajo la luz del derechos internacional “no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 171).

El procedimiento adecuado para la realización de la consulta a pueblos indígenas y/o tribales, según indica la Corte en el Caso del Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador (2012, párr.180), es siguiendo las tradiciones propias del pueblo consultado y desde las primeras etapas de planeación del proyecto, obra o actividad que se pretende realizar en su territorio o en sus inmediaciones y no únicamente cuando sea una obligación obtener el consentimiento afirmativo del pueblo, si fuera el caso (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 177).; buscando ante todo trascender al

acto de la obtención del consentimiento bajo el riesgo de convertirse en un simple acto protocolario de concesión más que un espacio participativo para cada de una de las partes, especialmente para las comunidades directamente afectadas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 186).

Por otro lado, la realización de estudios de impacto ambiental, según lo dispone el artículo 7.3 del Convenio No 169 de la OIT, constituye una garantía de cumplimiento de las restricciones impuestas por los pueblos indígenas consultados, estado en cabeza del Estado la vigilancia del cumplimiento de las limitaciones establecidas en toda etapa del proyecto, obra o actividad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 206).

El derechos a la identidad cultural es en consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un derechos fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, el cual está vinculado al carácter multicultural, pluralista y democrático de la sociedad actual (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 217), entendiéndose al acceso a la información como un medio adecuado para el adecuado ejercicio de control democrático de la gestión estatal sobre las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, párr. 230).

Según las consideraciones anteriormente expuestas la Corte declara a la República de Ecuador responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la

Convención Americana en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, resuelve 2).

Indica igualmente que la sentencia por ella proferida constituye *per se* una forma de reparación para los miembros de la Comunidad Kichwa De Sarayaku, imponiendo una serie de sumas indemnizatorias a cargo del Estado Ecuatoriano y en favor de la comunidad indígena mencionada, por conceptos de daño inmaterial y cubrimiento de gastos y costas del proceso incurridos por sus miembros. Igualmente impone como deber de Ecuador una serie de medidas protectoras a favor de la Comunidad indígena posteriores al restablecimiento de sus tierras ancestrales, con el fin procurar una adecuada consulta de conformidad con los estándares internacionales. Asimismo, impone la Corte el rendimiento de un informe anual sobre el cumplimiento de las medidas interpuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador 2012, resuelve 5 al 11).

Finalmente, podemos indicar que en el desarrollo de cualquier proyecto, obra o actividad corresponde de manera exclusiva al Estado el desarrollo de los procesos de consulta, teniendo en cuenta que tal obligación no puede ser transferida ni delegada en una entidad diferente, como un particular, bajo el riesgo de que la consulta realizada a determinado pueblo indígena sea considerada inválida. De igual modo concluimos que la consulta a pueblos indígenas que puedan eventualmente verse afectados por determinado trabajo, por ser realizado en su territorio o en zonas aledañas al mismo, debe realizarse desde la etapa de planeación para así lograr un verdadero consentimiento previo, libre e informado por parte del pueblo indígena.

Conclusiones

En primer lugar al referirse a *multiculturalismo* se está tratando el fenómeno social de la mera existencia de multiplicidad de culturas, con un carácter más bien normativo que se restringe a la regulación del contexto social que se maneja; en segundo lugar el *interculturalismo* hace referencia a la convivencia de una multiplicidad de culturales un tiempo y espacio determinado, basada en relaciones de respeto, tolerancia e igualdad.

La tendencia actual es a la protección de la diversidad, buscando ante todo la interpretación del interculturalismo como un rechazo a la globalización y homogenización de la cultura misma, buscando más bien la creación de un ambiente de respetuosa convivencia entre culturas, donde cada una de ellas reconozca el valor intrínseca de las demás.

La “dialéctica de la negación del otro” se plantea como una negación del multiculturalismo mismo, es decir, una clara respuesta a la tendencia histórica de crear un *ethos* homogéneo, siendo la fuente principal de la discriminación y la estrategia discursiva que soporta la jerarquización del poder político y económico.

La carencia de un título real sobre las tierras no es razón suficiente para denegar el reconocimiento oficial de propiedad sobre las tierras, pues se deben tener igualmente en cuenta sus costumbre y la posesión que sobre el predio ejercen de manera continua desde tiempos ancestrales.

El arraigo de una comunidad indígena o su caracterización como tal corresponde enteramente a la comunidad misma por ser esto un hecho histórico social que hace parte de su

autonomía, por tal motivo éste carácter no corresponde ser determinado por ningún tribunal ni por ningún Estado.

Es obligación exclusiva de los Estados la realización de los procesos de consulta, la cual no puede ser transferida o delegada a otra entidad diferente como un particular bajo el riesgo de que la consulta realizada a determinado pueblo indígena sea considerada inválida bajo el análisis del derecho internacional, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana de Derechos Humanos.

La consulta a pueblos indígenas debe realizarse desde la etapa de planeación de los diferentes proyectos, obras o actividades que puedan eventualmente afectar a una población indígena por ser realizadas en su territorio o en zonas aledañas al mismo. Lo anterior con la intención de lograr un verdadero consentimiento previo, libre e informado por parte del pueblo indígena.

En la aplicación de la consulta previa, el derecho de la información como elemento esencial para la aplicación de la consulta previa ha no ha sido integrado de la manera más expedita, por cuanto solo se ha limitado a una entrega pormenorizada de la elaboración de un informe de notificación de proyectos. El derecho a la información consiste en una sólida estructura informativa con diferentes fórmulas de concertación, para que la comunidad decida, tome una decisión y esta sea expresada por sus representantes autorizados

El principio de oportunidad en la consulta previa en la mayoría de casos es inaplicable, puesto que la consulta previa se ejerce con posterioridad a una orden judicial. La oportunidad de la consulta se da, cuando esta es aplicada con antelación a la realización de cualquier actividad de impacto.

El Estado al ser el máximo órgano de coordinación de las actividades para la aplicación de la consulta previa, pero las funciones de inspección previa, vigilancia y control de la implementación del mecanismo de participativo de la consulta previa se afecta por la falta de ejecución de los mismos deberes; es decir el Estado Colombiano no da la debida importancia a la aplicación de la consulta previa por desconocimiento de las comunidades afectadas, o por la inaplicación de estudios para demostrar su impacto.

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas y de participación. Por lo anterior la participación democrática en la aplicación de la consulta previa refuerza su autoridad ancestral en la toma de decisiones que les atañe.

La inmutabilidad de los proyectos en las áreas de influencia indígena, genera conflictos de participación, debido a que la cosmovisión ancestral del respeto del territorio, la vida y de la dignificación pone en riesgo su pervivencia.

Cuando los derechos de las comunidades se ven afectados por la no aplicación de la consulta previa, se ven obligados a reclamar dichos derechos por vía de tutela como mecanismo más idóneo, cosa que debería suplir el mecanismo de participación constitucional e internacional de la consulta previa.

El estado colombiano tiene la obligación constitucional de afirmar todos los derechos de la población indígena, de reconocer sus planes de vida con el fin de superar los problemas planteados, y de contribuir a la solución efectiva de los conflictos, y a la pervivencia en el tiempo de estos pueblos.

Se concluye que muchas comunidades que habitan los territorios colombianos están en grave riesgo de desaparición debido a la continuidad de actuaciones erróneas en la aplicación del

mecanismo participativo de la consulta previa, atendiendo primordialmente la expedición de licencias ambientales y dejando atrás las necesidades de los pueblos indígenas, quienes están en el primordial orden de protección de sus derechos

Referencias Bibliográficas

Artículos de Investigación

Bartolomé, A. M. (2006). Procesos interculturales. Antropología política del pluralismo cultural en América Latina. *Siglo Veintiuno*, México.

Herdegen, M. (2005). *Derecho internacional público*. Universidad Nacional Autónoma de México, página 164.página 34. Recuperado el 07 de Julio del 2016 en:
<http://www.cidh.org/pdf%20files/BOLIVIA.07.ESP.pdf> .

Hernández, M. (2007). Sobre los sentidos de “multiculturalismo” e “interculturalismo”. *Ra Ximhai Revista de Sociedad, Cultura y Desarrollo Sustentable*, mayo-agosto, año/Vol.3, Número 2 Universidad Autónoma Indígena de México Mochicahui, El Fuerte, Sinaloa. Páginas 429-442.

Hopenhayn, M. (2002, 6 de Enero). El reto de las identidades y la multiculturalidad. *Revista de cultura OEI*, Recuperado el 07 de Julio del 2016 en:
http://www.almamater.edu.co/Servicios/IntegracionAcademica/Diplomado_Cultura_Democratica/Sesiones/Sesion_09/El_reto_de_las_identidades_y_la_multiculturalidad%20-%20Martin_Hopenhayn.pdf .

- Mora, G.M. (2000). Dissertum, *Revista de los estudiantes*, 4, Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, paginas 12- 17.
- Morris, M., Garavito, C. R., Salinas, N. O., & Buriticá, P. (2009). La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. *Documentos Número 2. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos*, páginas 1-52.
- Olano, H. A. (2005). Bloque de constitucionalidad en Colombia. Estudios constitucionales. *Revista de estudios constitucionales*, 3(1), Universidad de Talca, paginas 231-242.
- Ozlak, O. & o'donnel G. (1981). Estado y políticas públicas: hacia una estrategia de investigación. *Compilación del Instituto Nacional de Administración Pública-INAP*. Guatemala, página 15.
- Tubino, F. (2005). La interculturalidad crítica como proyecto ético-político. *Encuentro continental de educadores agustinos*, Lima, Perú, páginas 24-28. Recuperado el 07 de Julio del 2016 en: <http://oala.villanova.edu/congresos/educación/lima-ponen-02.html>.
- Ramelli, A. (2004, julio - diciembre) Sistema de Fuentes del Derecho Internacional Público y “Bloque de Constitucionalidad en Colombia”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional “Cuestiones Constitucionales”*, Universidad Autónoma de México. Recuperado el 07 de Julio del 2016 en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard5.htm>.
- Rodríguez, G. A. (2008). La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia. *Revista Semillas*, 36, 37.

Rodríguez, G.A. (2011). Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa. *Opinión Jurídica*, volumen (10), pagina 68.

Documentos de Organismos Internacionales

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. División de Protección Internacional. El trabajo con minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas y pueblos indígenas durante el desplazamiento forzado. Ginebra, Suiza; ACNUR; 2011.

Banco Mundial. (2015) Manual de operaciones del banco mundial, Políticas operacionales. OP 4.10., *Indigenous Peoples*, páginas 1 – 3.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007) *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc.

Organización de las Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración de Viena. Viena, Suiza; ONU; 1993.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. New York, USA; ONU; 2007.

Jurisprudencia Nacional

Sentencia C-030-2008 de 23 de Enero del 2008. Corte Constitucional, Sala Plena, MP. Rodrigo

Escobar Gil.

Sentencia C-175-2009 de 18 de Marzo del 2009. Corte Constitucional, Sala Plena. MP. Luis Vargas

Sentencia T-547-2010 de 01 de Julio de 2010. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. MP. Gabriel Mendoza Martelo.

Sentencia T-1045-2010 de 14 de Diciembre del 2010. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia T-129-2011 del 03 de marzo del 2011. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. MP. Iván Palacio Palacio.

Sentencia T-693-2011 de 23 de Septiembre de 2011. Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de tutelas. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia T-359-2015 de 12 de junio de 2015. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. MP. Alberto Rojas Ríos.

Sentencia T-247-2015, MP de 30 de abril de 2015. Corte Constitucional, Sala Primera de revisión. MP. María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-764-2015 de 16 de diciembre de 2015. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia C-035-2016 de 8 de febrero de 2016. Corte Constitucional, Sala Plena. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de febrero de 2001) Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Párrafo 122, Página 49.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (17 de junio de 2005) Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Párrafo 135, Página 79.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Párrafo 2, Página 2.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Párrafos 35 - 37, Páginas 10 - 11.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Párrafos 50, Páginas 14.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Párrafo 85, Página 23.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Párrafo 87, Página 24.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Párrafos 113 y 116, Páginas 30 y 31.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Párrafo 170, Página 43.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Párrafo 174 - 177, Página 44.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Párrafo 179, Página 45.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Resuelve 2, Página 84.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Resuelve 11 al 29, Página 86-87.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Voto concurrente y disidente del juez ad hoc Augusto Fogel Pedro.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 1, Página 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 2, Página 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 149, Página 41.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 157, Página 42.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 160, Página 43.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 161, Página 43.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 164, Páginas 45 - 49.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 165, Página 50.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 166, Página 50.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 167, Página 50.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 171, Página 51.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 177, Página 54.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 186, Página 57.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 206, Página 64.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 217, Página 68.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena

Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Párrafo 230, Página 71.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena

Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Resuelve 2, Página 99.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Caso Pueblo Indígena

Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Resuelve 5 al 11, Página 99-100.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso Comunidad Mayagna

(Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Párrafo 148, Página 78.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso Comunidad Mayagna

(Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Párrafo 149, Página 78.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso Comunidad Mayagna

(Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Párrafo 151, Página 79.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso Comunidad Mayagna

(Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Párrafo 153, Página 79.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso Comunidad Mayagna

(Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Párrafo 154, Página 80.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso Comunidad Mayagna

(Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Resuelve 4, Página 87.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso Comunidad Mayagna

(Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Voto razonado del conjunto de jueces A.A. Cançado

Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso Comunidad Mayagna

(Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Voto razonado concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Voto disidente del juez Alejandro Montiel Argüello.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (3 de julio de 2009) Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad indígena Xákmok Kásek del pueblo Enxet- Lengua y sus miembros (Caso 12.420) contra la República del Paraguay. Párrafo 69, Página 14.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (3 de julio de 2009) Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad indígena Xákmok Kásek del pueblo Enxet- Lengua y sus miembros (Caso 12.420) contra la República del Paraguay. Párrafos 79-80, Página 17.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (3 de julio de 2009) Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad indígena Xákmok Kásek del pueblo Enxet- Lengua y sus miembros (Caso 12.420) contra la República del Paraguay. Párrafo 82 y 93, Páginas 17 y 21.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (3 de julio de 2009) Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad indígena Xákmok Kásek del pueblo Enxet- Lengua y sus miembros (Caso 12.420) contra la República del Paraguay.

Párrafo 2, Página 3.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (17 de julio de 2008) Informe de Fondo 30/08, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek del Pueblo Enxet-Lengua contra la Republica de Paraguay.

Libros

Alvarado, V. (2002). Políticas públicas e interculturalidad. *Interculturalidad y política: desafíos y posibilidades*. Norma Fuller, editora. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, páginas 33-49.

Beuchot, M. (2005). Interculturalismo y justicia social. Ed. Siglo XXI.

Hobbes, T. (1651). *Leviatan o La materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*.

Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. (2009). El derecho a la consulta previa en América Latina. Bogotá, Colombia: Publicaciones ILSA.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2008). Guía de las Naciones Unidas derechos humanos. El derecho de los pueblos indígenas a la Consulta Previa, libre e informada.

Olivé, L. (2004). *“Interculturalismo y Justicia Social: Autonomía e Identidad Cultural en la era de la Globalización”* Editorial UNAM, México, páginas 21-22.

Rodríguez, C. y Orduz, N. (2012). La consulta Previa: Dilemas y Soluciones. Bogotá, Colombia: Ediciones Antropos.

Rodríguez, G.A. (2014) DE LA CONSULTA PREVIA AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO A PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA, Editorial Universidad del Rosario

Rousseau, J. J. (1832). *El contrato social o principios de derecho político*.

Normatividad

Colombia. *Constitución Política*, artículo 93. Legis. Bogotá, D.C., 2012.

Congreso de la República de Colombia. (4 de marzo de 1991) Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989 [Ley 21 de 1991].

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. New York: ONU; 2007.

Organización Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Ginebra: OIT; 1989.

Páginas Web

Banco Interamericano de Desarrollo. (1990) Comité de Medio Ambiente, *Estrategias y procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente*.

Washington, D.C. Recuperado el 07 de julio del 2016 en:

<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd47/temas.pdf> .

Banco Interamericano de Desarrollo. (1998) Política Operativa OP-710, Reasentamiento

Involuntario, Política operativa y documento de antecedentes, V (2). Washington, D.C.

Recuperado el 07 de julio del 2016 en:

<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=2032319> .

Banco Interamericano de Desarrollo (2006) Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y

Estrategia para el Desarrollo Indígena, páginas 7-12. Recuperado el 07 de Julio del 2016

en: <http://www.bankinformationcenter.org/wp-content/uploads/2013/08/BID->

[Politica_operativa_sobre_pueblos_indigenas_2006.pdf](http://www.bankinformationcenter.org/wp-content/uploads/2013/08/BID-Politica_operativa_sobre_pueblos_indigenas_2006.pdf) .

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), *Derechos de los pueblos indígenas y*

tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del

sistema interamericano de derechos humanos, Doc. 56/09, OEA Documentos oficiales,

página 6, Recuperado el 07 de Julio del 2016 en:

<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009) Informe sobre derechos de los pueblos

indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y

jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc.

56/09. Recuperado el 07 de Julio del 2016 en:

<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf> .

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2004), *Informe No. 40/04, Caso 12.053,*

Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004,

párrafo 142. Recuperado el 07 de Julio del 2016 en:

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>

Ministerio del interior (2013). Dirección de Consulta Previa. Recuperado el 20 de Mayo del 2016

en:

http://www.upme.gov.co/Memorias%20Convocatoria%20Redes%20de%20Alto%20Voltaje/MININTERIOR_CONSULTA-PREVIA.pdf

Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (s.f.)

Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Proyecto de Declaración

Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado el 07 de Julio del

2016 en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/actividades/declaracion.asp>.