 Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña - Colombia Vigencia 1888-2011	<b>UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA</b>			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	<b>FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO</b>	<b>F-AC-DBL-007</b>	<b>10-04-2012</b>	<b>A</b>
	Dependencia	Aprobado		Pág.
<b>DIVISIÓN DE BIBLIOTECA</b>	<b>SUBDIRECTOR ACADÉMICO</b>		<b>i(50)</b>	

### RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	<b>MARLÍN SANDRID VEGA CARRASCAL CRISTIAN ALFONSO STABILITO REYES</b>
FACULTAD	<b>FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES</b>
PLAN DE ESTUDIOS	<b>PROGRAMA DE DERECHO</b>
DIRECTOR	<b>SILVIA JULIANA IBÁÑEZ</b>
TÍTULO DE LA TESIS	<b>CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DESARROLLO ECONÓMICO EN COLOMBIA</b>

#### RESUMEN

(70 palabras aproximadamente)

LA MONOGRAFÍA JURÍDICA RESPONDE A UN ANÁLISIS SOBRE LA PROBLEMÁTICA QUE VIVEN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN COLOMBIA A PARTIR DE LA FALTA DE SANCIÓN EN EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS ECONÓMICOS DENTRO DE LOS TERRITORIOS HABITADOS POR ESTAS COMUNIDADES Y QUE ADEMÁS CONSTITUYEN POR SU NATURALEZA HUMANA Y CONNOTACIÓN CULTURAL UN STATUS CONSTITUCIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS.

#### CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS:	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:
----------	---------	----------------	---------



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552  
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104  
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E  
INFORMADA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DESARROLLO ECONÓMICO  
EN COLOMBIA**

**AUTORES**

**MARLÍN SANDRID VEGA CARRASCAL**

**CRISTIAN ALFONSO STABILITO REYES**

**Monografía presentada como requisito para obtener el título de Abogados**

**DIRECTOR**

**SILVIA JULIANA IBÁÑEZ**

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA**

**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**

**PROGRAMA DE DERECHO**

**Ocaña, Colombia**

**Agosto, 2018**

## Índice

<b>Capítulo 1. Conflicto entre el derecho a la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas y el desarrollo económico en Colombia .....</b>	<b>1</b>
1.1 Aporte a la línea de Investigación .....	1
1.2 Elección del tema .....	1
1.3 Delimitación del tema. ....	2
1.4 Desarrollo del argumento.....	4
1.5 Objetivos .....	6
1.5.1 Objetivo General .....	6
1.5.1 Objetivos Específicos.....	6
1.6 Metodología .....	6
 <b>Capítulo 2. La consulta previa para los pueblos indígenas en Colombia.....</b>	 <b>8</b>
2.1 Antecedentes investigativos de la consulta previa en Colombia .....	8
2.2 Antecedentes históricos de la consulta previa en Colombia .....	10
2.3 Elementos jurídicos de protección a la consulta previa, libre e informada para las comunidades indígenas en el contexto nacional e internacional. ....	13
 <b>Capítulo 3. El Desarrollo económico en Colombia frente a la Consulta Previa, Libre e Informada de las comunidades indígenas. Un análisis desde el respeto por este derecho y su contradicción con el desarrollo económico .....</b>	 <b>25</b>
 <b>Conclusiones.....</b>	 <b>32</b>
 <b>Referencias .....</b>	 <b>35</b>

## Lista de Figuras

Figura 1. Consultas previas por sector.....	27
Figura 2. Proyectos mineros en territorios indígenas.....	28

## **Lista de cuadros**

Cuadro 1. Derechos indígenas en la constitución de Colombia.....	14
--	----

## Resumen

**Título:** Conflicto entre el derecho a la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas y el desarrollo económico en Colombia

**Autores:** Vega Carrascal, Marlín Sandrid y Stabilito Reyes, Cristian Alfonso

Los derechos de los pueblos indígenas han sido materia de conflicto por muchas décadas en Colombia, ocasionando una batalla de sus integrantes para que les sean reconocidos y amparados los derechos fundamentales, pero también los que han adquirido en razón de sus costumbres y su cultura. A raíz de esta lucha en Colombia se reconoció el derecho fundamental a la consulta previa, con base en los preceptos dispuestos por la Organización Internacional del Trabajo, disponiendo en la norma jurídica solo el concepto y el proceso para llevarse a cabo, pero dejando en el limbo jurídico las consecuencias ante el incumplimiento de los acuerdos derivados de la consulta previa. En contraste con lo anterior, esta problemática ha ocasionado en Colombia una secuencia de hechos, a través de los cuales, las comunidades indígenas se han visto cercenados en sus derechos fundamentales, a causa de la desproporcionalidad con la cual el Estado ha determinado mayor importancia a las diferentes industrias para ejecutar proyectos, que posteriormente ocasionan situaciones de desplazamiento, problemas de salud, desarraigo con sus costumbres, su cultura, y la explotación de los recursos naturales en los territorios habitados por estas comunidades. A partir de esta problemática la monografía plantea un primer capítulo con la propuesta del comité curricular, en la que se incluye la metodología jurídica como método para alcanzar los objetivos planteados, la delimitación del tema, el tipo de monografía, la elección del tema, el desarrollo del argumento y el cronograma de actividades. En el segundo capítulo se hace un desarrollo basados en la doctrina, la jurisprudencia, el marco legal y

constitucional de la consulta previa y finalmente en el último capítulo se definen con datos precisos, las formas de vulneración a este derecho y los hechos más relevantes para posteriormente concluir el trabajo monográfico, planteando la necesidad de una reglamentación urgente que les permita a estas minorías, la protección efectiva de sus derechos y la conservación de su arraigo.

### **Abstract**

*The rights of indigenous people have been a matter of conflict for many decades in Colombia, causing a battle of its members to be recognized and protected by fundamental rights, but also those who have acquired by reason of their customs and culture. As a result of this struggle in Colombia, the fundamental right to prior consultation was recognized, based on the precepts set forth by the International Labor Organization, providing in the legal norm only the concept and the process to be carried out, leaving it in limbo legal consequences before the breach of agreements derived from prior consultation. In contrast to the foregoing, this problem has caused a sequence of events in Colombia, through which the indigenous communities have been cut off in their fundamental rights, due to the disproportionality with which the State has determined greater importance to different industries to develop projects, which subsequently cause situations of displacement, health problems, uprooting with their customs and culture, and dismemberment with the land on which they have developed their life project. From this problematic the monograph proposes a first chapter with the proposal of the curricular committee, which includes the legal methodology as a method to achieve the objectives set, the delimitation of the topic, the type of monograph, the choice of subject, the development of the argument and the schedule of activities. In the second chapter a development is made based on the doctrine, jurisprudence, the legal and constitutional framework of prior consultation and*

*finally in the last chapter are defined with precise data, the forms of violation of this right and the most relevant facts to later conclude the monographic work, raising the need for an urgent regulation that allows these minorities, the effective protection of their rights and the conservation of their roots.*



## Introducción

Desde muchas décadas atrás, las minorías entre ellos los pueblos indígenas en Colombia han emprendido un trabajo participativo para que sus derechos se les reconozcan y materialicen en el campo del ordenamiento jurídico.

Esta batalla se ha desarrollado en un campo distinto desde que en el ámbito internacional se promulgo el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, OIT y que posteriormente el Estado colombiano reconoció y legitimo dentro del ordenamiento jurídico interno a través de sus normas.

De los grandes esfuerzos y resultados por rescatar del Convenio 169 de la OIT, se encuentra el tema que nos enmarca el análisis de la presente monografía en el ámbito del derecho y mecanismo denominado consulta previa.

En Colombia se reglamentó este mecanismo para que las comunidades indígenas a través de la consulta previa, libre e informada fueran consultadas sobre el interés del Estado de promover proyectos de diversa índole dentro de los territorios ancestrales habitados por estas comunidades.

La normatividad vigente enmarca el ámbito de aplicación de la consulta como un mecanismo de participación de los pueblos indígenas, pero ha dejado en el limbo jurídico la sanción para las partes que incumplan con los acuerdos que resultan de la consulta previa.

En vista de tan grave problemática jurídica que además pone en riesgo las comunidades indígenas, sus costumbres, aporte cultural, su reconocimiento dentro de la sociedad y demás componentes que enmarcan la función del Estado para la salvaguardar sus derechos, la presente

monografía con enfoque investigativo presenta un análisis frente a la función sancionatoria del Estado cuando en temas de consulta previa se incumpla lo pactado con las comunidades indígenas.

De esta forma a través de tres capítulos, se abordará los objetivos específicos enmarcados en identificar los antecedentes, marco constitucional, marco legal, nacional e internacional de la consulta previa a los pueblos indígenas, posteriormente se realizara un análisis donde se tendrá en cuenta, los antecedentes investigativos e históricos, del marco constitucional, el marco legal, nacional e internacional de la consulta previa a los pueblos indígenas y para contextualizar se realizará un planteamiento apoyado en los índices de explotación a territorios indígenas y un referente con los precedentes legales y jurisprudenciales en pro de concluir sobre la efectividad del mecanismo de la consulta previa que se da en Colombia teniendo en cuenta que norma presenta vacíos en el ámbito sancionatorio para las partes que incumplen los acuerdos que surgen de la ejecución de este mecanismo y finalmente se presentarán las conclusiones de la monografía, aportando desde nuestra experiencia en el desarrollo de la misma, donde se planteará posibles soluciones a la problemática, que brinden protección a los derechos de los indígenas, sin ocasionar perjuicios económicos al Estado, pero si encontrando mecanismos legales que permitan acuerdos participativos y seguimientos a los compromisos para que las comunidades indígenas sean protegidas de la corrupción y de los intereses particulares bajo un ámbito legal.

# **Capítulo 1. Conflicto entre el derecho a la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas y el desarrollo económico en Colombia**

## **1.1 Aporte a la línea de Investigación**

La línea de investigación será la del derecho público, abarcando la problemática de los derechos humanos de las comunidades indígenas en Colombia, debido a un vacío legal que impide realizar un seguimiento, control y sanción ante el incumplimiento de los acuerdos a los cuales se llega con la consulta previa, o que se imponga como un requisito de procedibilidad para el desarrollo de proyectos industriales, turísticos y demás, de los territorios que habitan los pueblos indígenas en Colombia.

## **1.2 Elección del tema**

Nuestro interés surge desde el ámbito académico, a partir de indagar sobre las formas en que por muchos años el Estado ha burlado la aplicación con regulación efectiva de la consulta previa. Como lo hemos mencionado antes, la Consulta Previa nació en Colombia, a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo tras el paso de casi dos décadas, el Estado hace caso omiso a una regulación normativa en la cual se incluya la Consulta como un requisito para el acceso a proyectos de infraestructura, mineros, turísticos y demás, que se realizan dentro de los territorios indígenas, o que en el caso de llegarse a acuerdos estos tengan un seguimiento por parte del Estado y una sanción cuando se incumplan.

A partir de esta situación poco garantista para los indígenas, planteamos la necesidad de la presente monografía, buscando desde el trabajo académico, un análisis de la problemática y el

planteamiento de posibles soluciones jurídicas, para el control, seguimiento y sanción, sobre los acuerdos pactados en la consulta previa con los pueblos indígenas de Colombia, pero además constituyéndose esta en un requisito de procedibilidad en materia de licencias y demás, para el desarrollo de proyectos de diferente índole, en territorios habitados por las minorías indígenas.

### **1.3 Delimitación del tema.**

Los pueblos indígenas y tribales gozan plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales que han sido consagrados en Colombia. En la búsqueda de la protección de sus derechos y de garantizar el respeto de su integridad, el Estado colombiano debe asumir para tal fin la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática, incluyendo además medidas que aseguren que dichos pueblos gocen de los derechos y oportunidades otorgadas al resto de la población. También debe promover la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de estos pueblos y eliminar las diferencias socioeconómicas de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida (Organización Internacional del Trabajo, OIT, 1989).

Con posterioridad, Colombia adoptó dentro de su ordenamiento jurídico interno el principio de igualdad constitucionalmente y la prohibición de discriminación en razón de sexo, raza, género, etnia, ideología, religión o culto y demás.

En materia de consulta previa este se ha desarrollado como un mecanismo de participación ya que es un derecho constitucional colectivo, de carácter público especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa, legislativa, o proyecto público y privado susceptible de afectar directamente las

formas de vida de los pueblos indígenas en su aspecto territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico, de salud, y otros que incidan en su integridad étnica. (Toro, 1998)

Sin embargo, el Estado ha sido omisivo en la promulgación de normas que además de regular la Consulta Previa como mecanismo de participación, también que se promueva el actuar sancionatorio del Estado ante el incumplimiento de las partes en conflicto.

Es importante mencionar, que actualmente, en el ámbito jurídico el Estado al no establecer procedimientos sancionatorios limita y no garantiza a los pueblos indígenas la planeación, seguimiento y control de los proyectos económicos que se desarrollan en los territorios habitados y por el contrario, en los casos que se respeta la consulta como mecanismo, muchas veces los acuerdos no tienen ninguna validez imponiéndose el poder estatal y dejando en el olvido las minorías indígenas, que de la misma forma los demás habitantes tienen los mismos derechos.

Toda esta cadena de vulneraciones es el argumento bajo el cual desarrollaremos la monografía jurídica, buscando dar respuesta al problema jurídico planteado y apoyándonos en la búsqueda de la doctrina, la ley, la jurisprudencia y las investigaciones que sobre esta problemática se hallan llevado a cabo en Colombia, en busca de visibilizar la problemática de forma actualizada, de proponer un trabajo compilatorio basado en los ya realizados y proponiendo en el plano académico posibles mecanismos jurídicos de solución a la grave situación que viven las comunidades, tras el omisivo actuar del Estado colombiano, para la reglamentación completa, que impida las trampas del sector industrial para explotar los territorios habitados por los indígenas en Colombia, desconociendo los derechos adquiridos de

estas comunidades e imponiendo de forma desmesurada el desarrollo económico de algunos sectores.

#### **1.4 Desarrollo del argumento**

¿Se requiere de una normatividad sancionatorio para las partes que incumplan los acuerdos como resultado de las Consultas Previas, Libres e Informadas con los pueblos indígenas en Colombia?

El Estado colombiano se ha caracterizado por un catálogo de normas que regulan las relaciones privadas y públicas de la sociedad, pero para las minorías y en el caso particular de este análisis de la monografía, las comunidades indígenas se han hecho esperar para regular los aspectos que los afectan en el desarrollo económico que despiertan los territorios habitados por dichas comunidades.

El ejercicio de la consulta previa no es nuevo para los pueblos indígenas, que ha recurrido a ella por tradición y han sido respetuosos de los territorios y de las dinámicas sociales de los otros. Ellos tienen la costumbre cultivada por años de solicitar autorización, por ejemplo cuando quieren cazar o cuando van a transitar por los territorios de otras comunidades; también cuando van a cortejar una mujer indígena de otro pueblo. (Rodríguez G. A., 2011) Sin embargo, el Estado no ha sido el más asertivo con dichas comunidades en materias como la Consulta Previa, Libre e Informada ha descuidado el tema de un régimen sancionatorio como opera en otras jurisdicciones para el incumplimiento de los acuerdos que de este mecanismo resultan cuando la consulta se lleva a cabo.

Llegados a este punto, es preciso entonces concluir que Colombia como se dispuso en la Constituyente de 1991, no es del todo garantista, pluralista y democrática como se proclamó en el Estado Social de Derecho, más cuando ratifica convenios internacionales para la protección de las comunidades indígenas e implementa el derecho a la Consulta Previa, como un mecanismo para llegar a los acuerdos que menos afecten a las comunidades y al sector que busca establecer proyectos en los territorios habitados por los indígenas, pero en la realidad cercana y de forma continua, con el otorgamiento de licencias a grandes monopolios, desconociendo las problemáticas de los pueblos indígenas y sus necesidades.

La presente monografía busca investigar, desarrollar los diversos análisis y posiciones que sobre este conflicto se han llevado a cabo, en busca de analizar los diversos argumentos y emitir una posición propia sobre la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas en Colombia. Para ello es importante el desarrollo de los siguientes objetivos específicos:

1. Identificar los antecedentes, del marco constitucional, marco legal, nacional e internacional de la consulta previa a los pueblos indígenas.
2. Analizar el vacío normativo para implementar la sanción por incumplimiento de los acuerdos como resultados de las consultas previas a los pueblos indígenas en Colombia
3. Estudiar desde la crítica jurídica la problemática jurídica derivada del incumplimiento de los acuerdos de las consultas previas con los pueblos indígenas en Colombia.

## **1.5 Objetivos**

### **1.5.1 Objetivo General**

Analizar la afectación a las comunidades indígenas a través de la omisiva reglamentación jurídica de la Consulta Previa, en contraposición del crecimiento desmesurado del sector industrial y turístico en Colombia

### **1.5.1 Objetivos Específicos**

Identificar los antecedentes, del marco constitucional, marco legal, nacional e internacional de la consulta previa a los pueblos indígenas.

Analizar el vacío normativo para implementar la sanción por incumplimiento de los acuerdos como resultados de las consultas previas a los pueblos indígenas en Colombia

Estudiar desde la crítica jurídica la problemática jurídica derivada del incumplimiento de los acuerdos de las consultas previas con los pueblos indígenas en Colombia.

## **1.6 Metodología**

La monografía se encuentra enmarcada en un tipo de monografía investigativa jurídica, que requiere de una metodología hermenéutica que permita desentrañar la objetividad de la consulta previa y las dificultades que consecuentemente derivan la omisión del estado para sancionar el incumplimiento de los acuerdos que resultan de las consultas previas con los pueblos indígenas en Colombia, afectando su aspecto territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud.



Se realizará la consulta de distintas fuentes como doctrina, ordenamiento jurídico, revistas especializadas y jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el desarrollo de la consulta previa en Colombia, para poder comprender los fundamentos y la esencia de la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, en aras de profundizar en la problemática de las comunidades en contraposición del desarrollo económico en Colombia.

## **Capítulo 2. La consulta previa para los pueblos indígenas en Colombia**

Las comunidades indígenas actualmente habitan en gran parte del territorio nacional. Estas comunidades, de la misma forma que los demás habitantes del territorio gozan de la protección por parte del Estado, en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales, pero además de ello debido a su connotación cultural y a sus costumbres, ellos habitan territorios sobre los cuales se suscitan conflictos de intereses, cuando se ponen en peligro o riesgo la libre autodeterminación de estas comunidades debido al vacío legal que existe para otorgar permisos y licencias para el desarrollo de proyectos económicos en los territorios que habitan las minorías indígenas, omitiéndose el respeto y garantía de mecanismos como la consulta previa y los acuerdos que sobre esta se llevan a cabo, sin control, seguimiento ni sanción por parte del ordenamiento jurídico colombiano.

El presente capítulo presenta una breve recopilación del mecanismo de la consulta previa desde sus antecedentes investigativos, históricos y elementos jurídicos presentes en la regulación internacional y nacional para la protección del mismo.

### **2.1 Antecedentes investigativos de la consulta previa en Colombia**

El mecanismo de la consulta previa ha sido estudiado en el ámbito académico desde distintas ópticas resaltando su importancia pero también criticando la falta de compromiso del Estado colombiano con los pueblos indígenas para que dentro del marco jurídico las normas se complementen siendo más rigurosas para garantizar la efectividad de este mecanismo que permite la salvaguarda de sus derechos fundamentales, sociales, culturales, colectivos y demás.

De esta manera son muchas las investigaciones académicas que se han hecho, sin embargo para referenciar en la presente monografía se ha traído a colación el trabajo denominado “El derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: antecedentes históricos y tendencias actuales, en el cual los autores concluyen desde el año 2002 la necesidad de regular el mecanismo de la consulta previa en una Ley de la república, que permitiese a las comunidades indígenas gozar de un ámbito jurídico de protección amplio. (Aylwin, 2002)

Es así como la investigación precitada permite sustentar nuestro planteamiento jurídico, concluyendo de la misma que han sido los indígenas los primeros en denunciar la falta de garantías por parte del Estado al no permitir que dentro del ordenamiento jurídico se establezca el poder sancionatorio aplicado hacia las partes que incumplen en procesos de consulta previa y que además ponen en riesgo los derechos fundamentales de los indígenas, puesto que si bien es cierto existe una norma regulatoria del mecanismo de la consulta previa esta se ha quedado corta en ámbitos como la sanción para el incumplimiento.

Un segundo estudio sobre la consulta previa se encuentra enmarcado en la investigación titulada “Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa”, en el cual los autores plantean la necesidad de que en Colombia se le de la importancia necesaria a la consulta Previa y que sobre ella se surtan efectos positivos y garantistas y que el Estado desde la institucionalidad pueda proponer acuerdos de buena fe y con las garantías plenas para los proyectos que se pretenden llevar a cabo en aras del desarrollo económico del país. (Rodríguez G. A., 2011)

Es posible con base a el estudio realizado por (Aylwin, 2002) y por (Rodríguez G. A., 2011) donde aclaran que Colombia, es un Estado Social de Derecho en el ámbito de garantía de los derechos fundamentales a los pueblos indígenas, y que ha sido permisivo en cuanto al

establecimiento de un ordenamiento jurídico sólido, por lo tanto es necesario que se le permita a las comunidades, salvaguardar efectivamente sus derechos, cuando de imponerse el poderío económico en sus territorios se trata, puesto que las normas son demasiado laxas para la situación de abandono estatal que sufren estas comunidades en todo el territorio nacional.

A partir de lo expuesto en los párrafos anteriores, es posible concluir que en Colombia la consulta previa nace como mecanismo para las comunidades indígenas de protección de sus derechos, pero que esta carece en el ámbito jurídico de normas reforzadas legalmente para que los acuerdos que resultan de mecanismos como la consulta previa sean efectivos en el cumplimiento o en caso de incumplimiento se sancione a las partes que han dado pie a ello. En medio de dicha lucha este mecanismo actualmente se ha convertido en una herramienta jurídica poderosa, pero que no ha sido regulada de forma completa por una norma que le dé el sustento jurídico requerido y con ello brindar a los indígenas de posibilidades reales en el ámbito jurídico para proteger su libre autodeterminación y sus derechos fundamentales.

## **2.2 Antecedentes históricos de la consulta previa en Colombia**

Desde el ámbito histórico la libre autodeterminación de las comunidades indígenas, ha sido una lucha constante que ha visto sus frutos en el reconocimiento de la consulta previa como un derecho y mecanismo de protección para estos grupos étnicos en Colombia. Dentro del recorrido histórico de la República de Colombia, es importante que la monografía destaque los hechos relevantes de su historia de violencia para el reconocimiento de los derechos de las minorías desfavorecidas en su territorio.

Estos grupos, que en su mayoría han vivido años marcando diferencias por medio del uso de una lengua distinta, de creencias diferentes, de sistemas de organización social y de parentesco y de sistemas de derecho propio, más que reclamar para “conservar estos fenómenos que pueden cambiar en el tiempo o incluso ser

comunes con otras sociedades”, porque se le impuso un modelo o porque apropiaron algunos asuntos, se sienten distintos y como distintos que son por sentirse miembros integrales de un cuerpo muy particular son reconocidos como sujetos de derecho y no pueden ser tratados aplicando los mismos raseros que para los sujetos individuales. (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF)

Los constituyentes consideraron dignas de ser valoradas esas diferencias sentidas y observables en estos pueblos, dignos los sentimientos que permiten a unos sentirse ligados, no sólo a los referentes de una cultura o etnia particular, condición que portan y viven los sujetos socializados como indígenas, sino a las condiciones que permiten su reproducción como pueblos. Se trasciende así, a no sólo ver y reconocer las diferencias en la vida cotidiana como fenómenos inherentes, tales como el vestido o la lengua, sino a valorar una condición y configuración diferenciada, donde los miembros de un pueblo viven los derechos y deberes de manera distinta. Un indígena, por ejemplo, ve limitado su derecho a la propiedad privada ante el deber de conservar el territorio colectivo. Este solo verbo, valorar, abre paso a una política de reconocimiento ante la necesidad de forjar y de construir un Estado distinto que, como ya se dijo, parte de la capacidad para diferenciar como valiosas estas condiciones de los pueblos, pero lastimosamente también para reconocer desigualdades y diferencias estructurales propias de un sistema estructuralmente definido de un determinado modo, que son resultado de un sistema desigual con estos nuevos sujetos de derecho. (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF)

La Corte Constitucional de Colombia distinguió también los derechos del sujeto colectivo (los pueblos indígenas) de los derechos colectivos de los colombianos así: “Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como sujeto colectivo de derecho, no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (Art. 88 CP). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”. (Corte Cosntitucional, Sede Plena, Sentencia T-380, 2014)

De acuerdo con lo planteado en los párrafos anteriores, las comunidades indígenas han sido víctimas durante las épocas más violentas en Colombia del mismo Estado que les ha impedido un reconocimiento de sus derechos, por lo que ellos mismos han tenido que declarar su propia lucha.

Con la llegada del siglo XX se creería que la Declaración Universal de los Derechos Humanos cambiaría el panorama, dando fin a esa época excluyente para los indígenas, sin embargo no fue así y solo hasta la abolición de la Constitución Política de 1886, las comunidades desconocidas para el Estado, fueron incluidas en la nueva Constitución, reconociéndoles esa especial protección de la cultura, las costumbre y demás características propias de su autodeterminación.

De acuerdo con los acontecimientos históricos a través de los cuales los pueblos indígenas, han propendido por una batalla legal para que sus territorios sean resguardados de las grandes industrias y emporios económicos que a través de trampas legales han incursionado en el desarrollo económico en dichos territorios, desterrando a los indígenas de sus raíces ancestrales y de sus orígenes culturales, lo cierto es que en la actualidad la materialización de sus derechos han sido reconocidos a través de Organizaciones como la OIT, de pactos internacionales sobre derechos humanos y por normas como la Constitución política de Colombia de 1991 que ha sido el eje fundante de décadas de invisibilidad en derechos para las comunidades por parte del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, trayendo consigo los derechos fundamentales garantes de la dignidad humana y de mecanismos tan precisos e ideales como la consulta previa para estos pueblos desprotegidos y en contravía de los intereses del poderío económico de nuestro país.

### **2.3 Elementos jurídicos de protección a la consulta previa, libre e informada para las comunidades indígenas en el contexto nacional e internacional.**

En el ámbito del ordenamiento jurídico, la consulta previa ha tenido un desarrollo internacional desde que el 7 de Junio de 1989 la Organización Internacional del Trabajo, OIT, aprueba el Convenio 169, a través del cual por primera vez en el mundo se blinda jurídicamente los derechos de los pueblos indígenas. Dentro del mismo contexto Colombia, se suscribe a este Convenio, en el cual se dispone que la consulta previa, libre e informada, sea una herramienta jurídica vinculante para los veinte países que lo han ratificado desde entonces. El convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad o, por lo menos, llegar a un acuerdo. (Organización Internacional del Trabajo, OIT, 1989)

Ante dichos compromisos de Colombia con la OIT, pero además constituida como un Estado Social de Derecho, garante de todo el capítulo de derechos fundamentales establecidos en la Carta Política, se declaró un Estado pluralista y proteccionista de la diversidad étnica y cultural de los derechos de los indígenas.

Dicha connotación ha sido reafirmada por la Honorable Corte Constitucional al disponer que:

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. (...) El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten un perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T - 428, 1992)

Lo que confirma que Colombia ha establecido un marco jurídico de protección a las comunidades indígenas a partir de la Constitución Política de 1991 de la siguiente forma:

PRINCIPIOS	DERECHOS POLÍTICOS	CULTURA Y EDUCACIÓN	TIERRAS	JURISDICCIÓN Y FUNCIONES
ARTÍCULO 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural.	ARTÍCULO 96. Los miembros de los pueblos indígenas que ocupen territorios fronterizos son colombianos – principio de reciprocidad.	ARTÍCULO 10. Las lenguas indígenas son oficiales en sus territorios. La enseñanza a las comunidades será bilingüe.	ARTÍCULO 63. Las tierras comunales de los grupos étnicos y los resguardos son no enajenables, imprescriptibles inembargables	ARTÍCULO 246. Las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes.
ARTÍCULO 13 T. Las personas nacen libre e iguales ante la ley, recibirán el mismo trato y gozarán de los mismos derechos y libertades sin ninguna discriminación	ARTÍCULO 171. Por derecho propio, los indígenas tienen dos miembros en el Senado.	ARTÍCULO 68. Los integrantes de grupos étnicos tienen derecho a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural.	ARTÍCULO 329. Los resguardos indígenas son propiedad colectiva y no enajenable.	ARTÍCULO 329. De acuerdo con la Ley Orgánica de Ordenamiento territorial se podrán conformar entidades territoriales indígenas.
ARTÍCULO 70. Se reconoce la igualdad y la dignidad de todas las culturas que conviven en el país.	ARTÍCULO 176. Los grupos étnicos podrán tener miembros en la Cámara de Representantes.	ARTÍCULO 72. La ley reglamentará los derechos de los pueblos étnicos a las riquezas arqueológicas	ARTÍCULO 55 T. Se reconoce el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades.	ARTÍCULO 330. Los territorios indígenas estarán gobernados por Consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres y les fijan funciones.

**Cuadro 1.** Derechos indígenas en la constitución de Colombia

Este cuadro se realizó con base en el libro Arango Ochoa, Raúl, Sánchez Gutiérrez, Enrique. Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio .Población, cultura y territorio: bases para el fortalecimiento social y económico de los pueblos indígenas. Departamento de Planeación Nacional. República de Colombia. Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible. 2004. (Arango & Sánchez, 2004)

Seguidamente a este camino de blindaje jurídico en el ámbito constitucional en la rama legislativa se comienza el proceso de desarrollo legal de lo dispuesto en ambos ordenamientos,



es decir el Convenio 169 y la Constitución Política de 1991. De esta manera nace a la vida jurídica la (Ley 21, 1991) que aprueba e introduce en el ordenamiento jurídico colombiano, lo establecido en el Convenio 169. Es decir que el proceso de la materialización del derecho a la consulta previa es una novedad acompañada de la Constitución Política de Colombia.

Hay que mencionar, además de lo anterior que en el desarrollo de la función legislativa del Estado Colombiano, se promulga la (Ley 99 , 1993) que crea el Ministerio del Medio Ambiente con una función de protección y conservación al medio ambiente, sobre la cual se plantea la necesidad de salvaguardar los recursos naturales en los territorios habitados por los indígenas. Sin embargo, un año después, nace a la vida jurídica la (Ley 165, 1994) en la cual se declara que se respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones, las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos para que los compartan equitativamente. (Ley 165, 1994)

Finalmente encontramos que para el año 1998, se promulga el Decreto 1320, a través del cual se aclara en su articulado que la consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo, en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras o reservas indígenas. (Decreto 1320 , 1998). De esta manera, Colombia ha reconocido los derechos de las comunidades indígenas, sin embargo de forma lenta, con muchos vacíos jurídicos y dejando de lado la agenda que implica la creación de instituciones que velen por el manejo responsable de los recursos naturales en los territorios habitados por los indígenas, en la creación de una ley que limita el actuar desmedido de los sectores económicos,

que vele por el respeto de las decisiones de las comunidades indígenas y que en la realidad salvaguarde de la consulta previa como mecanismo y sea de obligatorio cumplimiento mas no de letra muerta, como se ha demostrado en las dos últimas décadas de historia en Colombia.

En la actualidad se encuentra en manos del Congreso de la Republica el proyecto de ley que propende por establecer el procedimiento administrativo especial de consulta previa y ordena crear la Unidad de Consulta Previa, en adelante UCP, como dependencia en el Ministerio del Interior, con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, encargada de adelantar este procedimiento, que a la fecha de la realización de esta monografía, no tiene efectos en el ámbito jurídico, pues ha tenido poca trascendencia en medios de comunicación y no se conoce aún de su sanción o denegación en el proceso de creación legislativa. ( Proyecto de Ley , 2017)

Ante las normas expuestas que evidencian el camino legislativo de la consulta previa en Colombia, es evidente la voluntad del Estado para concebir en el ordenamiento jurídico interno una regulación de la consulta previa como mecanismo sin que solo sea la voluntad de dar cumplimiento al Convenio 169, sino que a través de diferentes normativas jurídicas ha buscado contextualizar el garante cumplimiento de este mecanismo. Sin embargo la situación de vulnerabilidad a la cual están sometidos los indígenas en Colombia por la falta de normatividad en sanción para el incumplimiento de la consulta previa y los acuerdos que resulten de la misma no puede seguir siendo un tema ajeno al Estado, puesto que este vacío jurídico ha desencadenado hacia un camino aun oscuro para estas comunidades que bajo batallas, manifestaciones y luchas constantes buscan en esta sociedad moderna un espacio para su reconocimiento y protección en

el ámbito de los derechos humanos y fundamentales que por su naturaleza humana nunca han debido ser negados y por su connotación cultural y representación para el Estado requieren de un espectro normativo prioritario en las agendas normativas del Congreso de la Republica.

Desde el punto de vista de la norma es evidente entonces que se han hecho esfuerzos por parte del Estado y que los indígenas han forjado una lucha constante en materia de reconocimiento que para el tema que nos ocupa de la consulta previa no revierte resultados positivos, puesto que las normas solo han tocado el tema de forma general sin profundizar en la problemática de los indígenas cuando se impone el desarrollo de proyectos económicos sobre los territorios que ellos habitan limitando el desarrollo de sus costumbres y la garantía de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, tras los vacíos que trae la norma para regular la sanción, es importante resaltar el papel de la Corte Constitucional en este camino quien ha sido la mejor aliada de las comunidades minoritarias, elevando al rango fundamental derechos como la consulta previa, libre e informada, blindando el avasallador poder vinculante de los sectores económicos en Colombia. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-039, 1997)

A partir de este marco jurídico de protección al mecanismo de la consulta previa, se creería en un Estado ideal como el planteado en la Constitución Política de 1991, que no se debería de establecer más que su implementación para llegar a acuerdos cuando se desarrollen proyectos en los territorios indígenas y se trate los conflictos de intereses entre las partes. Pero lamentablemente Colombia carece de una sociedad enmarcada en el respeto por el otro y contrario a ese ideal de Estado, existe la costumbre de buscar cómo sacar provecho de las

minorías más desfavorecidas para enriquecer a unos pocos lo que se denomina el cáncer de la corrupción en todas las instituciones del Estado.

De acuerdo con lo anterior, el marco legislativo para la consulta previa es solo la previsión de un mecanismo que por el bloque de constitucionalidad se incluye los parámetros de protección para las comunidades indígenas en aras de salvaguardar su ámbito territorial, ambiental, social, económico, cultural, espiritual y de salud, pero se desconoce al Estado en la forma de ejercer un poder sancionatorio en materia de incumplimiento por las partes, sin llegar en el ámbito jurídico más allá de un simple mecanismo sin ser requisito de procedibilidad para la puesta en marcha de proyectos económicos que se vista de soluciones jurídicas efectivas que coarten el actuar de los más fuertes contra los débiles que protegen con todas sus costumbres lo que por siglos han arraigado en sus ideales ancestrales.

De esta forma y ante lo ya expuesto es el Estado Colombiano incapaz jurídicamente en la actualidad de proveer al ordenamiento jurídico herramientas que permitan ejercer un poder sancionatorio ante el incumplimiento de los acuerdos que resultan de la Consulta Previa con los pueblos indígenas, dejando así en el limbo jurídico un mecanismo preconcebido para la garantía de los indígenas a todos los componentes de una plan de vida enmarcado en el respeto de sus derechos fundamentales, pero además desconociendo también lo ya ratificado en materia de protección a estas comunidades por la OIT y por los demás organismos internacionales que dan su lucha constante por dejar atrás el oscurantismo de la violencia y la discriminación para los ancestros indígenas y que ante un panorama poco desalentador Colombia solo cumple con incluir el mecanismo pero deja de lado la coercitividad que se debe tener en la norma para que

las partes en este caso el poder económico extractivista y demás sectores ejerzan sobre quienes por siglos no han tenido voz en el ordenamiento jurídico del ideal Estado Social de Derecho.

Por lo que se refiere al trabajo de protección de la Corte Constitucional, han sido varias las sentencias que han tenido precedentes en Colombia, en un camino arduo de reconocimiento de derechos y blindaje jurídico de la consulta previa.

El primer precedente en exponer es el status de primacía que establece en sentencia T 405 de 1993 al reconocer que “las comunidades indígenas gozan de un status constitucional especial. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T 405, 1993)

En la misma línea la sentencia T 342 de 1994 señala que

La diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger "la diversidad étnica y cultural de su población" y las "riquezas culturales y naturales de la nación". (...)

El reconocimiento de la referida diversidad obviamente implica que dentro del universo que ella comprende y es consustancial, se apliquen y logren efectivamente los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de las comunidades indígenas. (...)

La diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger "la diversidad étnica y cultural de su población" y las "riquezas culturales y naturales de la nación" (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-342, 1994)

La Sentencia de Unificación 039 de 1997 que definió por primera vez las principales características y objetivos del derecho a la consulta previa:

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

“b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

“c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.

Y enfatizó en que:

*“la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación”.* (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-039, 1997)

*“De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.* (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-039, 1997)

De esta manera y de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional a partir esta sentencia en Colombia se establece el carácter de fundametabilidad para la participación de las comunidades indígenas en los procesos sobre adopción de decisiones que los afecten, ordenándole al Estado entonces la protección de las comunidades indígenas en el ámbito de la participación puesto que la implementación de proyectos de diversa índole sobre sus territorios los ha afectado en el desarrollo de sus derechos y la norma ha sido omisiva en disponer de medidas y mecanismos que sustraigan al poderío económico para imponerse en dichos territorios, por lo que ha sido la Corte en su función de velar por el cumplimiento de la Constitución política una institución garante de los derechos de los indígenas en Colombia.

Posterior a este importante pronunciamiento de la Corte Constitucional, otras sentencias han reafirmado la supremacía de Consulta Previa y de los derechos de los pueblos indígenas. Un ejemplo de ella es la Sentencia T-382 de 2006 que dispuso que debe consultarse cualquier medida estatal que pueda tener incidencia en la integridad cultural de su grupo étnico. En particular, deben consultarse todos aquellos actos específicos, individuales y particulares que puedan afectar o interesar a las comunidades indígenas, cuando éstos suponen un pronunciamiento estatal a través de un acto administrativo. Entre ellos, están los ligados a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, en especial las decisiones que permiten la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios. La expedición de una licencia ambiental, la constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos o la contratación de una obra. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-382, 2006)

Además de ellos expone la Corte que el soporte legal que argumenta el nacimiento de una herramienta de protección de la autodeterminación de los pueblos indígenas en Colombia, parte del reconocimiento y aplicación del Convenio 169 de la OIT, sobre el cual se estableció esa especial protección que gozan los pueblos indígenas, además de ello la Constitución Política de Colombia, también ha sido enfática en esa especial protección frente a lo cual ha dispuesto en diversas normas la necesidad de respetar el territorio, las costumbres, la cultura, su libre autodeterminación y demás en aras de su condición especial.

A partir de este nuevo lineamiento jurisprudencial, las comunidades indígenas son blindadas por la Corte Constitucional para que las consultas previas sirvan como mecanismos para que los proyectos destinados a explotar recursos naturales dentro de los territorios habitados por estas comunidades, permitiéndose un proceso transparente para las comunidades, lo que refleja que hasta ese momento la tutela de ese derecho se constituye a través de la jurisprudencia en un mecanismo amparado desde la Corte Constitucional y a través del cual no se le podrá ignorar para el desarrollo económico por mandato de la misma Honorable Corte. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T 769, 2009)

A partir del marco investigativo, histórico, legal y jurisprudencial de la Consulta previa en Colombia es posible que se concluya que efectivamente en el campo de la investigación previa al análisis presentando por los autores de la presente monografía se han dado ya previos conceptos académicos sobre la necesidad de dar cumplimiento a la ley ya emanada por el Congreso de la Republica pero también frene a la necesidad de imponer un régimen sancionatorio que permita en el territorio nacional imponer sanciones a las partes que incumplan los acuerdos que resultan de la consulta previa.

Frente al contexto histórico, este mecanismo se impone en el ordenamiento jurídico de Colombia desde la adopción del Convenio 169 de la OIT, que establece por primera vez ese



ámbito de protección para las comunidades indígenas, a partir del cual surge el primer precedente en el contexto legal para que el Estado constituido pluralista y respetuoso de la diversidad cultural y étnica encaminara sus esfuerzos para dar un ámbito garante de protección a las comunidades indígenas.

De forma efectiva la Constitución Política de 1991 estableció en su articulado la protección de los indígenas, de sus derechos, de su libre autodeterminación y además de ello planteó el espacio para la inserción de mecanismos de participación ciudadana y la protección de los territorios habitados por los mismos, dando cumplimiento a lo ya acordado en el Convenio 169 de la OIT.

Posterior a ello, se han enmarcado varias normas para establecer la Consulta Previa dentro del marco jurídico colombiano, sin embargo los esfuerzos no auguran un panorama positivo para los indígenas si la normatividad vigente carece del establecimiento de sanciones para el incumplimiento de los acuerdos de las Consultas Previas, pero aún más grave no se concibe esta como un requisito de procedibilidad sino que en ocasiones se cumple con realizarse y en otras se es omisivo hasta en la realización de la misma.

Este vacío normativo conlleva a un amplio espectro de vulnerabilidad para las comunidades indígenas en Colombia quienes por siglos han librado batallas para su reconocimiento en la sociedad y en el panorama de los derechos, puesto que a pesar de existir intención del Estado incluso a través de un nuevo proyecto normativo que se cursa en el Congreso, la realidad en el plano jurídico es que la Consulta Previa no cuenta con el respaldo jurídico necesario para dar cumplimiento a las garantías y promesas de la Constitución Política de Colombia y por ende como ha sido ya costumbre estas comunidades siguen siendo invisibles

para el Estado, mientras que el desarrollo económico se apodera de los territorios, impacta el medio ambiente y cercena los derechos fundamentales de los indígenas.

Se concluye, a partir de lo planteado por la Corte Constitucional y los elementos del contexto nacional e internacional, que Colombia como Estado Social de Derecho proclamado en la Constitución Política de Colombia y líder en la protección de derechos fundamentales, carece de los fundamentos legales pertinentes y asertivos que precisen los requerimientos, procedimientos y límites para la consulta previa, libre e informada, ya que los resultados hablan por sí solos y en la mayoría de procesos llevados a cabo han sido los indígenas en muchos de los casos vulnerados en sus derechos por la desinformación de las situaciones que se ponen a consideración, acompañados por supuesto de débiles garantías, lo que ha ocasionado que sea la Corte Constitucional en su función de velar por el cumplimiento constitucional la que fije los parámetros para la ejecución de dichas consultas, exaltando siempre y haciendo llamado a las Instituciones públicas y al gobierno para que se proteja la población indígena y se empleen estrategias en pro de siempre salvaguardar los derechos fundamentales de la población, las costumbres, el derecho sobre su territorio y la cultura, que ha sido salvaguardada por estas comunidades como su tesoro universal y que además hace parte de la identidad del Estado colombiano.

### **Capítulo 3. El Desarrollo económico en Colombia frente a la Consulta Previa, Libre e Informada de las comunidades indígenas. Un análisis desde el respeto por este derecho y su contradicción con el desarrollo económico**

Como se plantea en la presentación de la propuesta de la monografía se busca desarrollar y alcanzar en análisis y la reflexión planteada en los objetivos propuestos, entre los cuales se busca identificar el marco normativo, jurisprudencial e histórico de la consulta previa en Colombia. Pues bien la monografía no solo puede alcanzar estos objetivos sino que también debe plasmar un precedente crítico y analítico de los autores. El presente capítulo permitirá al lector visibilizar a través de la compilación investigativa los casos más conocidos en Colombia a partir del surgimiento de la lucha de los indígenas para su reivindicación en el derecho del Estado Social colombiano.

Para efectos de la presente investigación es necesario que se precise que tal como lo ha advertido la Corte y como lo demuestran los hechos ocurridos a partir de la entrada en vigencia de la Consulta Previa los pueblos indígenas son vulnerados en sus derechos como imposición del Estado para el desarrollo de proyectos económicos que fundamentados en beneficios para la comunidad y avocados bajo el principio del interés comunal sobre el particular, ha hecho que los indígenas vayan cediendo sus terrenos y con ello sus costumbres y cultura, despojándolos de sus derechos constitucionales y fundamentales, además de ello derechos ratificados por el Estado a través del bloque de constitucionalidad y que por ende merecen especial protección. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-576, 2014)

Dicha problemática desencadena en materia de protección de derechos una situación de vulnerabilidad cuando no se hace una consulta previa a los indígenas y se anteponen intereses económicos violentando los principios fundantes que prosperan para proteger los derechos conexos con la dignidad humana, la integridad, la autodeterminación y demás, que complementan una calidad de vida, fundada en los fines estatales del Estado.

Sin embargo son muchas las batallas que los indígenas siguen dando en Colombia porque el desarrollo económico y los intereses particulares les cercenan su libre autodeterminación para lo cual nace la consulta previa pero que ante la inoperancia de una ley que establezca todos los parámetros para el incumplimiento de los acuerdos realizados en las consultas los indígenas siguen a la deriva de la protección de sus resguardos y derechos fundamentales.

De acuerdo con información del Ministerio del Interior en Colombia se tramitan cada año 2000 consultas previas con comunidades lo que origina que este se haya convertido en un simple trámite para el abismal desarrollo de proyectos dentro de los territorios habitados por las comunidades indígenas, pero más grave aún ante la inoperancia de una ley que promuevas las reglas claras de este mecanismo son muchas las protestas que se presentan ante el incumplimiento del sector privado y público con los acuerdos que se plasman tras las consultas, como se dice sin ley que regule se hace lo que mejor les parezca al libre albedrío del empresario o entidad estatal. (Ministerio del Interior, 2014)

Para no abordar el tema de forma extensa se expondrán algunos casos en los cuales no se ha dado el debido respeto de este derecho en Colombia. Según información recolectada Vía *web* entre los periodos de 1993 a 2012 se habían otorgado 2.331 licencias ambientales pero solo se realizaron 156 consultas previas. (Ministerio del Interior, 2014)

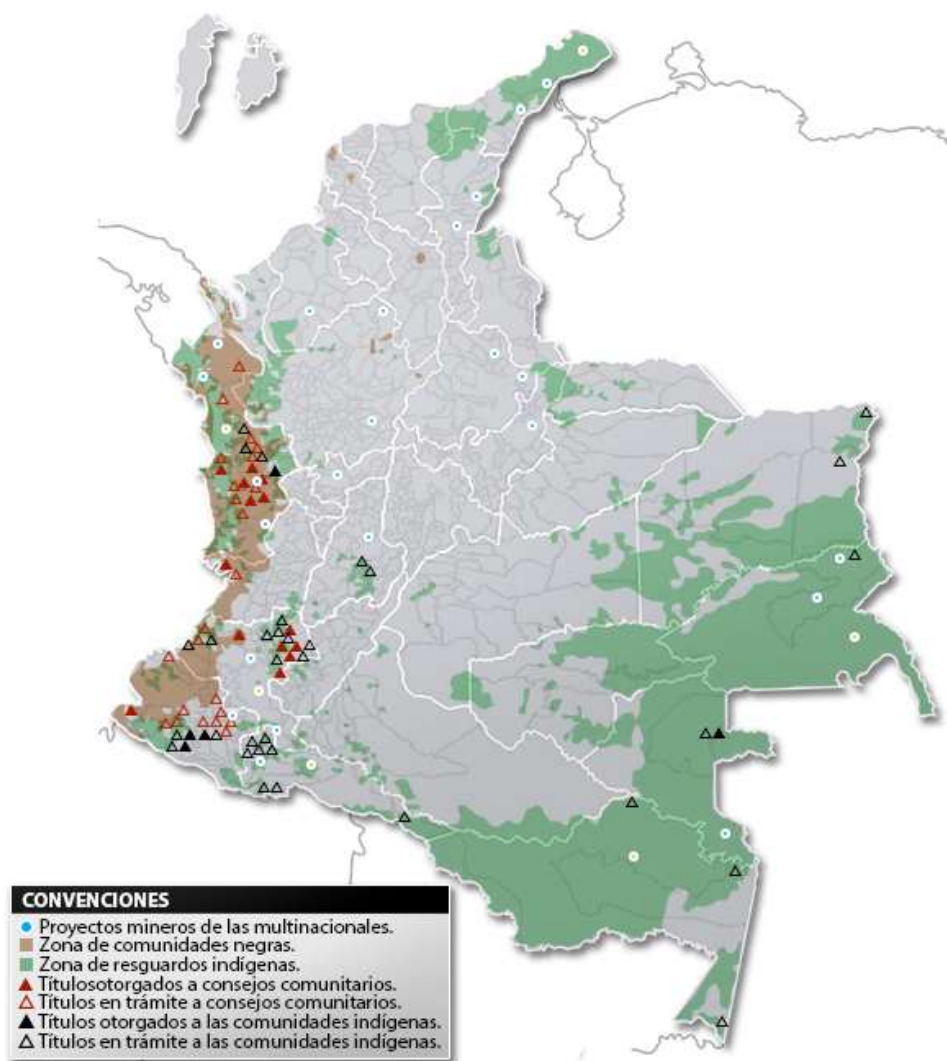


**Figura 1.** Consultas previas por sector

**Fuente:** Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Autoridad Nacional Ambiental

Uno de los casos más sonados en los últimos años se registró en el Putumayo donde se realizó un proyecto de infraestructura vial, en el cual no tuvieron en cuenta la obligatoriedad de llevar a cabo la realización de la consulta previa de la comunidad indígena que habitaban cerca de 10 hectáreas cercanas al proyecto y que este amenazaba con la desintegración de la cultura y con la vulneración de este derecho.

Hacia el año 2014 en la página *web* de la Silla Vacía (Oyaga, 2014) se dio a conocer un mapa de Colombia en el cual se expone la inclusión de proyectos de minería en resguardos indígenas, de los cuales se puede suponer que una gran parte amenaza con los derechos de la comunidades indígenas, pues han sido ellos quienes de manera incansable se han visibilizado para que se respete su amada tierra y que sus costumbres y convivencia no se afecte por el desarrollo económico del Estado colombiano. (Oyaga, 2014)



**Figura 2.** Proyectos mineros en territorios indígenas

**Nota fuente:** La silla vacía, 2014

A partir de esta dinámica extractora la Politóloga Juliana Oyaga Pava, expone como se encuentra en territorio nacional actualmente minado de proyectos de extracción en territorios indígenas amenazando el desarrollo físico, mental, psicológico, espiritual, social, ambiental y cultural de las comunidades, pero además de ello omitiendo la necesidad de consulta previa con las comunidades indígenas. (Oyaga, 2014)

No menos grave es la situación con el desarrollo de los proyectos mineros y energéticos que durante los gobiernos del señor Álvaro Uribe Vélez y Juan Manuel Santos crecieron de forma vertiginosa convirtiendo el país en un potencial de proyectos mineros, energéticos que conllevan a la explotación de la ancestral y protegida tierra de los indígenas en zonas de proyectos de extracción dejando de lado la vital importancia que requiere el cuidado del medio ambiente y de los resguardo indígenas, anteponiendo los derechos del sector privado y el crecimiento de la economía, como si los indígenas que representan una minoría y el medio ambiente no requirieran de una protección especial. (Oyaga, 2014)

Otros casos de incumplimiento de la Consulta Previa que también se deben mencionar son por ejemplo:

La consulta a la reforma al Código de Minas debió iniciarse tan pronto como la Corte Constitucional dio la orden, en mayo de 2011. Pero apenas en octubre de 2012 el gobierno radicó el articulado ante la Mesa. En ese momento decidió dar prioridad a la consulta previa de la ley de tierras. La metodología se fijó apenas la semana pasada. El gobierno todavía no ha dado a conocer la evaluación sobre el cumplimiento de los compromisos pactados en la consulta previa del Plan Nacional de Desarrollo sobre minería. (Orduz, 2013)

Mientras Juan Camilo Restrepo, ministro de Agricultura, hace declaraciones públicas a diestra y siniestra en contra de la consulta previa, por ser según él un proceso laberíntico y costoso, no cumplió con la regla de juego fijada en la Mesa Permanente de Concertación en junio de 2011 que consistía en entregar el proyecto definitivo de la Ley de Tierras el primero de julio de ese año. Lo presentó y luego lo retiró repetidas veces, lo cual provocó un enfrentamiento con

el entonces ministro del Interior, Vargas Lleras. Tras muchas demoras, la consulta por fin pudo iniciarse a finales de 2012. (Orduz, 2013)

En la Sierra Nevada de Santa Marta el gobierno repetidamente ha firmado acuerdos con el Consejo Territorial de los cuatro Cabildos Gobernadores de los pueblos Arhuaco, Kogui, Kankuamo y Wiwa, en su carácter de autoridades públicas, pero sencillamente no los ha respetado ahora, frente a la actual arremetida minera y ecoturística. (Orduz, 2013)

Finalizando el año 2017 se dio a conocer otro caso de vulneración que afecta a una comunidad emblemática del país como lo es los resguardos de la Sierra Nevada de Santa Marta donde aseguraron:

Denunciamos la situación de vulneración al derecho fundamental a la Consulta Previa por parte del Estado y la Multinacional TURKISH PETROLEUM COMPANY, que desde hace aproximadamente siete años vienen realizando trabajos de exploración y sísmica de hidrocarburos en territorios resguardados. Frente a esta situación se ha vulnerado el acceso a la información, el debido proceso y al consentimiento previo de las Autoridades Tradicionales. En últimas violando su autonomía de decisión sobre sus territorios (Asociación Centro Nacional Salud, Ambiente y Trabajo, CENSAT, 2017)

A manera de conclusión frente a las denuncias de las comunidades indígenas, es posible evidenciar la necesidad de una norma que legitime el poder sancionatorio del Estado en materia de Consulta Previa a las comunidades indígenas, en donde el incumplimiento del respeto por los derechos de las comunidades debe ser prioritario para quienes buscan el desarrollo de proyectos con ánimo de lucro dentro de los territorio de su habitad. También estas situaciones precitadas por diferentes medios de comunicación permiten inferir el papel omisivo del Estado para que un mecanismo como la Consulta Previa exista en el ordenamiento jurídico como una verdadera herramienta y no como un requisito para dar cumplimiento a un mandato internacional,



desconociendo los principios constitucionales que dieron origen a la Constitución política de 1991.

De esta forma en el Estado Colombiano líder en la expedición de normas legales y en derechos como el respeto y la protección de la etnia y de la cultura, acompañada de la prevalencia de las costumbres ancestrales que hacen parte del patrimonio cultural de una nación, sin embargo en materia de protección a estas comunidades impone a las comunidades de los indígenas la obligación de ceder su territorio para el desarrollo económico de proyectos industriales, mineros, energéticos y turísticos, imponiendo de esta forma una carga a esta población que nos les corresponde pues como se ha mencionado ya, son comunidades de especial protección y que además sus costumbres, territorios y cultura no deben ser negociables económicamente ante la imposición de desarrollo económico beneficiando al más poderoso y cercenando los derechos de supervivencia, dignidad humana, preservación de su cultura y demás ante su estado de indefensión y ausencia de poder.

Ante los planteamientos y citas del presente capítulo es posible concluir que efectivamente la falta de formalidad normativa específicamente en el ámbito sancionatorio y de establecimiento de la consulta previa como requisito de procedibilidad pone en riesgo y en estado de vulnerabilidad la garantía de los derechos de las comunidades indígenas en Colombia, frente a lo cual se requiere por parte del Gobierno mayor voluntad para sancionar la norma que cursa en el Congreso pero además no permitir que si esta surge efectos jurídicos se convierta en letra muerta como ha sucedido en muchos casos anteriores.

## Conclusiones

Colombia ha sido un Estado enmarcado en una política bajo la tensión entre la guerra y la paz, que parte desde sus inicios para alcanzar la independencia de España y que hoy en día trasciende al ámbito de los derechos fundamentales desde décadas atrás excluyendo de la convivencia social a las comunidades indígenas. Esta secuencia de hechos produjo en el ámbito jurídico una lucha de los indígenas por visibilizar sus derechos y exigirlos a un Estado ciego ante sus necesidades. A partir de esta necesidad de visibilizarse se comenzó una serie de batallas legales para que el Estado colombiano les respetara derechos ya instituidos por razón de su naturaleza humana. Sin embargo con el nacimiento del Estado Social de Derecho de la Carta Política de 1991 nace la especial protección para estas comunidades y posteriormente con la ratificación del Convenio 169 de la OIT se establece la necesidad de recrear en el ámbito juicio una figura y un derecho conocido como la consulta previa, libre e informada.

Lo cierto es que en los últimos 18 años este mecanismo ha crecido aceleradamente como un trámite simple pero la ocupación de proyectos mineros, turísticos, energéticos y demás se han instalado en los territorios protegidos por las comunidades indígenas que salvaguardan la diversidad étnica y cultural del país ante la mirada de gobiernos que suponen la necesidad de un desarrollo económico ante la próxima exterminación de los territorios protegidos de los indígenas que además terminan por afectar a toda la población colombiana con el gran impacto negativo y daño vertiginoso al medio ambiente.

Finalmente exponer que Colombia sigue siendo un país indolente, se sigue eligiendo a la misma clase política de siempre bajo la cual las comunidades minoritarias como los indígenas del mismo rango de cualquier ciudadano pero con una especial connotación por su origen e

interés de protección de la madre tierra y de la diversidad cultural del Estado no gozan de la materialización de sus derechos, la consulta previa sigue siendo solo letra muerta en la mayoría de los casos.

En el ámbito legislativo la voluntad del Estado se ha planteado en diversas normas que como se expuso en el capítulo dos solo han dado resultados momentáneos a la problemática pero no han establecido un ámbito amplio de protección a la consulta previa como mecanismo dispuesto para que las comunidades expresen su inconformismo o riesgo ante la implementación de proyectos económicos en los territorios que estos habitan, desconociendo las garantías después en Constitución Política y omitiendo la necesidad de sancionar a las partes que incumplen los acuerdos de la Consulta Previa, cuando esta se lleva a cabo porque lo se analizó en el capítulo 3 también la norma ha sido omisiva en estudiar y establecer este mecanismo como requisito de procedibilidad para licencias de explotación, construcción, desarrollo de proyectos y demás sobre los territorios indígenas,

Finalmente es preciso también concluir que tras la investigación y análisis jurídico se pudo constatar que a la fecha se tiene un avance sobre una proyecto de ley presentado por el Ministerio del Interior pero que a la fecha solo es una expectativa en el contexto legal mas no se tiene la certeza de su aprobación y puesta en marcha, por lo que el panorama de vacíos legislativos que sancionen el incumplimiento de las partes que se someten a consulta previa con los pueblos indígenas para desarrollar proyectos en los territorios que estas comunidades habitan pero que desconocen los pactos y contrario a proteger los derechos de los habitantes realizan prácticas con la mirada omisiva del Estado, desconociendo con ello los lineamientos jurídicos internacionales que desde el Convenio 169 de la OIT han enmarcado el camino de garantías para

quienes por sus características han sido invisibles al reconocimiento de sus derechos fundamentales.

## Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá: Leyer.
- Asociación Centro Nacional Salud, Ambiente y Trabajo, CENSAT. (18 de Octubre de 2017). Comunicado Fuerza de Mujeres Wayuú sobre vulneración de derecho a la consulta previa. Recuperado el 22 de Abril de 2018, de <http://censat.org/es/noticias/comunicado-fuerza-de-mujeres-wayuu-sobre-vulneracion-de-derecho-a-la-consulta-previa>
- Aylwin O., J. (2002). El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales. Recuperado el 04 de Abril de 2018, de [http://www.cepes.org.pe/pdf/observatorio\\_tierras/derecho\\_pueblos\\_indigenas\\_tierra.pdf](http://www.cepes.org.pe/pdf/observatorio_tierras/derecho_pueblos_indigenas_tierra.pdf)
- Congreso de la Republica, Ley 165. (9 de Noviembre de 1994). Ley 165 de 1994. Obtenido de Congreso de la República: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0165\\_1994.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0165_1994.html)
- Congreso de la Republica. Ley 21. (4 de Marzo de 1991). Ley 21 de 1991. Obtenido de Congreso de la República: [http://mpcindigena.org/attachments/article/308/Ley\\_21\\_%201991.pdf](http://mpcindigena.org/attachments/article/308/Ley_21_%201991.pdf)
- Congreso de la Republica. Ley 99 . (22 de Diciembre de 1993). Ley 99 de 1993. Obtenido de Congreso de la República: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0099\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html)
- Corte Constitucional, Sala Plena Sentencia T-380 (M.P Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz 1993). de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-769, Referencia: expediente T-2315944. (M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla). de Julio de 2017, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-769-09.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (1992). Sentencia T - 428, Derecho al Ambiente Sano/Teoría de la Imprevisión (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Corte Constitucional, Sala Plena. (1993) Sentencia T 405 , Acción de Tutela (M.P. Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz)

Corte Constitucional. Sala Plena (1993) Sentencia SU-039. Derechos Fundamentales de Comunidad Indígena (M.P. Hernando Herrera Vergara , Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz).

Corte Constitucional. Sala Plena. (1994) Sentencia T-342, Agencia Oficiosa en Tutela ( M.P. Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz 27 de Julio de 1994).

Corte Constitucional. Sala Plena. (2006) Sentencia T-382 , Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional. Sala Plena (2009). Sentencia T 769 , Comunidad Indígena-Protección estatal (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007). Recuperado el 15 de Junio de 2018, de [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)

Decreto 1320 . (13 de Julio de 1998). Decreto 1320 de 1998. Obtenido de Ministerio del Interior: [https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/co-decreto-1320-98-consulta-previa-indigenas-\\_2.pdf](https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/co-decreto-1320-98-consulta-previa-indigenas-_2.pdf)

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF. (s.f.). LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA. Derechos, Políticas y Desafíos. Recuperado el 13 de Agosto de 2018, de <https://www.unicef.org/colombia/pdf/pueblos-indigenas.pdf>

- Ministerio del Interior. (2014). Ministerio del Interior. Recuperado el 15 de Julio de 2018, de En Colombia se hacen más de 2000 consultas previas al año: <https://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/en-colombia-se-hacen-mas-de-2000-consultas-previas-al-ano>
- Ordúz, N. (2013). Indepaz. Obtenido de Consulta previa: se obedece, pero no se cumple: <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/02/Consulta-previa-se-obedece-pero-no-se-cumple.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (1989). Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Recuperado el 19 de Septiembre de 2017, de [http://www.ilo.org/lima/publicaciones/WCMS\\_345065/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/lima/publicaciones/WCMS_345065/lang--es/index.htm)
- Oyaga, J. (2014). La silla vacía. Recuperado el 10 de Agosto de 2018, de <http://lasillavacia.com/historia/asi-se-cruzan-los-indigenas-los-afros-y-la-mineria-48023>
- Proyecto de Ley , “Por la cual se adopta el procedimiento administrativo de consulta previa, se ordena la creación de la Unidad de Consulta Previa en el Ministerio del Interior, y se dictan otras disposiciones. (Ministerio del Interior 2017). Recuperado el 15 de Julio de 2018, de <https://justiciaambientalcolombia.org/2017/09/27/proyecto-de-ley-para-regular-consulta-previa-en-colombia/>
- Rodríguez, G. A. (2011). Proyectos y conflictos en Relación con la Consulta Previa. Opinión Jurídica. Obtenido de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/734/675>
- Toro, B. L. (1998). Instrumentos de Participación Ambiental . Consultoría Ambiental y Colectiva . indigenas.pdf