



Tierra Profanada: Impacto de los megaproyectos
en Territorios Indígenas de Colombia

marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia

estudio realizado por
Vemund Olsen

con la colaboración de
Fidel Mingorance
Flaminia Minelli
Hélène Le Du


HREV
HUMAN RIGHTS EVERYWHERE





Primera edición, Octubre 2008

Fotografías

© Jorge Mata / SURIMAGES

Fotografía portada

Jóvenes de la Guardia Indígena durante la *Misión Internacional de Verificación sobre la Situación Humanitaria y Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia*, Norte del Cauca, septiembre de 2006.

"La Guardia Indígena es un proceso de resistencia y pervivencia en nuestro territorio, en defensa de la vida y de la autonomía de los pueblos indígenas, enmarcados en el Plan de Vida y en respuesta a todos los factores de violencia que atentan contra el bienestar y la armonía de los niños, los jóvenes, los adultos y mayores: Basados en la ley de origen, el ejercicio del derecho propio y la Constitución Nacional Art. 7, 330 y 246." (NASA-ACIN)

Traducido del inglés por

Miguel Ángel Horcajada Velasco

El contenido de esta publicación puede ser reproducido total o parcialmente sin necesidad de autorización previa. No obstante, deberá reconocerse claramente la autoría de Human Rights Everywhere (HREV) y comunicarla a la misma cualquier tipo de reproducción. Para facilitar su acceso y uso, el informe está disponible en varios idiomas en la página web de HREV: <http://www.hrev.org> ó en la página web de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC): www.onic.org.co

Para cualquier consulta o comentario contáctenos a:

HREV: info@hrev.org

ONIC: onic@onic.org.co

Notas metodológicas

Para este estudio, se ha considerado como megaproyecto a un conjunto de proyectos y actividades a gran escala que responden a una estrategia de intervención económica y ocupación territorial, y que imponen políticamente un modelo de desarrollo sobre los habitantes de las zonas intervenidas. Estos megaproyectos tienen un gran impacto sobre los territorios y habitantes de las zonas donde se implementan, en parte por su magnitud, en parte por la naturaleza de los mismos y sobre todo porque se trata de la imposición de un modelo de desarrollo económico y social. Para cuantificar el impacto de estos megaproyectos, se ha utilizado la base territorial conformada por los resguardos indígenas.

Es necesario precisar que los resguardos no son 'los territorios indígenas', sino tan sólo una parte de ellos reconocida legalmente por el Estado, ya que éstos no siempre incluyen las áreas de ocupación tradicional, las sagradas, las invadidas o expropiadas y otras reivindicadas por los pueblos indígenas.

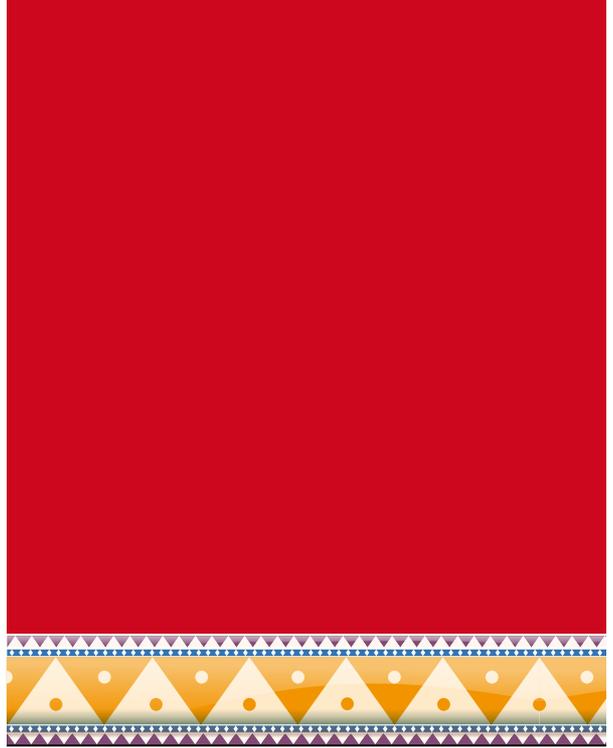
Aunque conceptual y políticamente consideramos que los territorios indígenas son mucho mayores y trascienden los límites legalmente reconocidos de los resguardos, hoy por hoy, no hay un consolidado de territorios ancestrales que permita hacer las cuantificaciones de impacto. Para solventar este problema metodológico, se ha decidido utilizar la base territorial de los resguardos, aunque ofrezca cómo resultado un sub-registro de los impactos. Los resultados de los análisis permiten conocer por lo menos el mínimo de la afectación que los megaproyectos causan en los territorios indígenas. Para los cálculos porcentuales globales de afectación sobre pueblos indígenas y sus territorios, se ha utilizado:

- la relación oficial de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), que incluye 102 pueblos: los 87 reconocidos por el Estado, 12 reconocidos por las organizaciones indígenas y otros 3 que se autorreconocen desde su condición étnica y cultural;
- la cifra oficial de 711 resguardos (2006), que se irá modificando conforme avance la constitución de nuevos resguardos.

La información sobre pueblos indígenas, resguardos y megaproyectos está estructurada alrededor de una base de datos georeferenciada (la geodatabase TP2 o GdBTP2) que pretende convertirse en una herramienta práctica al servicio de la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

índice

Introducción	5
Orígenes internacionales del derecho	7
Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas	7
Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales	8
La Constitución de 1991	9
La Corte Constitucional	11
Jurisprudencia clave de la Corte Constitucional relacionada con los pueblos indígenas	13
La comunidad como sujeto de derechos	13
La importancia del territorio y el derecho a la propiedad colectiva de la tierra	14
El derecho a la integridad cultural, social y económica	15
El derecho colectivo a la vida y a la libertad frente a una desaparición forzada	16
El derecho a la consulta previa y a la participación	17
Legislación en materia de territorios y recursos de los pueblos indígenas	21
Consulta previa	21
Minería	22
Bosques	24
Territorio	25
Conclusión	28



introducción

Queremos agradecer profundamente a Miguel Vázquez, asesor de ONIC en materia de derechos, sus sabios consejos y comentarios al texto. Cualquier error o imprecisión en el mismo es exclusiva responsabilidad de los autores.

Desde el comienzo del proceso de conquista y colonización europea, los pueblos indígenas de Colombia han sido atacados, desposeídos, suprimidos y sistemáticamente discriminados, con catastróficas y graves consecuencias. Prácticamente todo se ha hecho con la aprobación de la ley, una ley impuesta por los conquistadores.

Si bien el régimen colonial y la independiente República de Colombia han promovido en ocasiones cierto número de iniciativas legislativas para reconocer algunos derechos de los pueblos indígenas, la total garantía constitucional de sus derechos data de hace muy poco tiempo. La Constitución política de 1991 marcó el comienzo de una nueva era de protección legal de los derechos de los pueblos indígenas, por lo menos en cuanto a su reconocimiento oficial. Las disposiciones de la Constitución y la jurisprudencia constitucional han permitido a los pueblos indígenas de Colombia usar el derecho occidental a su favor, a la vez que mantienen su propio sistema de derecho, llamado Ley de Origen, Derecho Mayor o Derecho Propio. Ante todo, los pueblos indígenas acatan y actúan conforme a su Derecho Mayor, que incluye sus propias leyes, formas

de gobierno y sistemas de justicia.¹ No obstante, el reconocimiento de los derechos especiales de los pueblos indígenas en la Constitución, en convenios internacionales de derechos humanos y en la jurisprudencia nacional e internacional, ha fortalecido los reclamos y demandas de los pueblos indígenas para la efectiva realización de sus derechos fundamentales. Este estudio no tratará de la Ley de Origen o Derecho Mayor, sino que se enfocará en el reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas en el sistema oficial de derecho del estado colombiano.

Para comprender la actual situación de los pueblos indígenas en Colombia y los medios de que disponen para la protección de sus territorios ancestrales, es necesario en primer lugar examinar el marco legal que establece sus derechos específicos como minorías étnicas y culturales.² Colombia cuenta con un importante récord de ratificaciones de instrumentos internacionales de normativas de derechos humanos y se va a empezar por analizar aquellos de los tratados más importantes que afectan directamente a los derechos de los pueblos indígenas.

A escala nacional, la Constitución de Colombia de 1991 es, por definición, la ley suprema, por lo que se va a examinar aquellas de sus disposiciones más importantes que afectan a las tierras y a los recursos naturales de los pueblos indígenas, incluidos las instituciones y los procedimientos elaborados para su protección. Como se verá, cuando se trata de pueblos indígenas, las cuestiones de territorios y de recursos naturales no se limitan al tema de sus derechos de propiedad, sino que existe una amplia gama de derechos fundamentales que está inseparablemente vinculada al concepto de territorio, como expertamente se ha descrito en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Entre ellos

se cuentan el derecho a la vida y a la salud así como el derecho a la integridad étnica, social y cultural.

Se va a examinar cómo, mediante la aplicación de la legislación y a través de la práctica de la Corte, se han desarrollado las oportunas disposiciones constitucionales. Por último, se analizará la actual oleada de nuevas leyes que regulan la administración territorial y la extracción de recursos naturales y sus posibles consecuencias para los pueblos indígenas.

La intención no es presentar aquí un detallado informe de todas las leyes que afectan a las tierras y a los recursos de los pueblos indígenas en Colombia, la idea es más bien facilitar una rápida introducción al contexto legal en el que se sitúa el interminable conflicto de las poblaciones indígenas de Colombia.³ Con ello se espera poder ayudar a comprender hacia dónde se encamina hoy en día en Colombia la política en vigor para con los pueblos indígenas.

¹ Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)

² Los pueblos indígenas tienen una serie de derechos que trascienden los derechos de las minorías étnicas en general. De hecho, algunas organizaciones indígenas en Colombia rechazan que se les llame "minorías étnicas". Aquí se va a utilizar el término porque aparece frecuentemente en la Constitución Política de Colombia, en referencia a un grupo de poseedores de derechos que incluye a los pueblos indígenas, si bien el término no está restringido a ellos.

³ Para informes más detallados de los pueblos indígenas en el Derecho colombiano, consúltese Roldán Ortega, Roque: *Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica a su pasado y su presente*. Bogotá: Tercer Mundo Editores (2000); Sánchez, Enrique y Arango, Raul: *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio*, Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, (2004); y Berche, A. S., García, A. y Mantilla, A: *Los derechos en nuestra propia voz. Pueblos indígenas y DESC: una lectura intercultural*. Bogotá: Publicaciones ILSA (2006).

orígenes internacionales del derecho

En el transcurso de los últimos cincuenta años, y en gran medida gracias al esfuerzo de sus propias organizaciones, los pueblos indígenas han ido apareciendo en la escena internacional. Con todo, no ha resultado fácil crear un instrumento universal de derecho internacional que pueda garantizar adecuadamente su autonomía, su integridad cultural y la protección de sus necesidades específicas. Evidentemente, muchos de los diferentes tratados de derechos humanos que existen amparan a los miembros de pueblos indígenas de igual manera que a otras gentes, pero, salvo la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio OIT N° 169, no se elaboraron pensando en la situación de los pueblos indígenas. La mayoría de los tratados sobre derechos humanos reflejan un concepto individualista de los derechos y de los titulares de derechos y es que para muchos pueblos indígenas la identidad del individuo está inseparablemente vinculada a la comunidad a la que pertenece.⁴

Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas

En su afán por tratar ésta y otras cuestiones de derechos relacionadas con los pueblos indígenas, en 1983, Naciones Unidas empezó a trabajar en la elaboración de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Finalmente, después de más de dos décadas de negociaciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó esta declaración el 13 de Septiembre de 2007. 143 Estados votaron a favor, apenas 4 votaron en contra (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) y 14 se abstuvieron. Colombia se opuso a la declaración siendo el único país de América Latina que se abstuvo de votar. La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas representa un gran avance en la lucha internacional por los derechos indígenas y señala una intención de no aceptar más las injusticias cometidas contra pueblos indígenas. La declaración no es jurídicamente vinculante de la manera en que lo son los convenios de derechos humanos, y por tanto, los Estados no están obligados a informar sobre su cumplimiento. Pero esto mismo ocurre con la Declaración

de Derechos Humanos de Naciones Unidas y a nadie se le ocurriría dudar de la importancia de esta declaración como modelo para todos los tratados jurídicamente vinculantes de derechos humanos que la han seguido. De la misma manera, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas será el punto de referencia obligado para la interpretación de los derechos de pueblos indígenas tanto en los derechos nacionales como en el derecho internacional. La declaración incluye tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Y entre ellos, algunos de los más destacados son:

El artículo 3 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Quizás este reconocimiento sea el mayor avance de la declaración. En virtud de este derecho los pueblos indígenas determinan libremente su condición política y sus propias prioridades para su desarrollo, tienen el derecho a la autonomía y el autogobierno en asuntos internos. El artículo 19 declara que los Estados tienen la obligación de consultar y cooperar de buena fé con los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado en todos los asuntos administrativos y legislativos que los puedan afectar.

El artículo 26 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

El artículo 29 especifica que los Estados tienen el deber de proteger el medio ambiente y la capacidad productiva de los territorios y recursos de los pueblos indígenas. Y - el artículo 30 prohíbe el desarrollo de actividades militares en estos territorios, a menos que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas afectados, "o que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente". Esta última frase es preocupante, ya que pone el concepto de interés público en igualdad de jerarquía con el acuerdo con los pueblos indígenas. Es un ejemplo de los compromisos hechos en las negociaciones de la Declaración, ya que resalta la importancia de evitar actividades militares en territorios indígenas, al mismo tiempo que los Estados retienen su soberanía militar en todo el territorio

⁴ Berche y otros (2006) pág. 46.

nacional. El problema es que resulta demasiado fácil para un estado argumentar que existe una “amenaza para el interés público”, especialmente en un conflicto armado interno como el que existe en Colombia.

Finalmente, el artículo 32 reconoce el derecho de pueblos indígenas a determinar las prioridades y estrategias para el desarrollo y utilización de sus territorios y recursos. Los Estados deben obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y recursos, particularmente en relación con la utilización o explotación de recursos naturales. Aunque la adopción de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas seguramente tendrá efectos importantes en Colombia, se deja de lado en lo que resta del capítulo para así poder enfocarse en el marco legal existente que ampara los derechos de los pueblos indígenas.

Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales

Hasta la adopción reciente de la Declaración de las Naciones Unidas, el único instrumento internacional de derechos humanos que trataba específicamente de pueblos indígenas fue el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado en 1989. Hasta la fecha, este tratado, legalmente vinculante, tan sólo ha sido ratificado por 20 Estados, 13 de los cuales son latinoamericanos. Colombia fue el segundo país que ratificó e incorporó el Convenio en su legislación interna mediante la Ley 21 de 1991.⁵ El Convenio OIT N° 169 reconoce explícitamente que en muchas partes del mundo los pueblos indígenas no disponen de sus derechos fundamentales en la misma medida que el resto de la población y establece una serie de derechos particulares de estos pueblos que los Gobiernos tienen

la responsabilidad de cumplir. El Convenio protege la integridad económica, social y cultural de los pueblos indígenas (arts. 2, 4 y 5) y reclama el respeto a la autonomía de estos pueblos y a su derecho a ejercer el control sobre su propio proceso de desarrollo, incluido el derecho a ser consultados de manera adecuada acerca de todas las medidas legales y administrativas que puedan afectarles (arts. 6, 7 y 15). Asimismo, el Convenio reconoce la especial naturaleza de la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios, en particular los aspectos colectivos de esa relación (art. 13). El artículo 14 reconoce a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y los Gobiernos tienen el deber de garantizar de manera efectiva este derecho mediante la delimitación y la titularidad de las tierras. Este derecho no se limita a las tierras que estén permanente y exclusivamente ocupadas por los pueblos indígenas, sino que incluye territorios a los que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Algo realmente importante para los pueblos nómadas cuya actividad económica, social y cultural depende del acceso a grandes superficies de tierra. El artículo 15 establece que los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente, y que estos derechos comprenden el de participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En aquellos casos en los que el Estado disponga de la propiedad legal de recursos del subsuelo, como ocurre en Colombia, los Gobiernos tienen el deber de consultar a los pueblos indígenas con el fin de determinar si la prospección o explotación de dichos recursos podría perjudicarles y en qué medida.

Como enseguida se verá, el Convenio OIT N° 169 ha sido muy importante para el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia.

⁵ Los siguientes Estados habían ratificado el Convenio 169 de OIT antes de octubre 2008: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, Mexico, Nepal, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, y Venezuela.

la Constitución de 1991

En la Asamblea Constituyente que redactó la nueva Constitución en 1991 había tres representantes indígenas: Francisco Rojas Birry, Lorenzo Muelas Hurtado y Alfonso Peña Chepe.⁶ Su participación permitió la inclusión de ciertas disposiciones que protegen los derechos de los pueblos indígenas y de otras minorías étnicas, empezando por el principio constitucional de que Colombia es un Estado multicultural y pluralista (art. 1). Todas las culturas son iguales en valores y dignidad (art. 70), y el Estado tiene la obligación de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7). Esto supone adoptar medidas especiales para proteger la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas, así como el entorno natural del que depende (arts. 8 y 80). Las lenguas indígenas son reconocidas como lengua oficial en sus territorios y los pueblos indígenas tienen derecho a una educación bilingüe (art. 10) que respeta y desarrolla su identidad cultural (art. 68). Todas las personas nacen iguales ante la ley, pero el Estado adoptará medidas especiales para potenciar una efectiva igualdad y para proteger a los grupos discriminados y marginados (art. 13). El estatus especial de los pueblos indígenas es resumido así por la Corte Constitucional en su sentencia T-188 de 1993:

Las comunidades indígenas –conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, art. 2º)–, gozan de un status constitucional especial. Ellas forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP arts. 171 y 176), ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP art. 246), se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (CP art. 330) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva

y de naturaleza inenajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (CP arts. 63 y 329).⁷

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de las respectivas comunidades.⁸

El artículo 286 reconoce los territorios indígenas, así como los departamentos, distritos y municipios, como entidades territoriales, una entidad político-administrativa que dispone de cierta autonomía. Dentro de estas Entidades Territoriales Indígenas (ETI), las autoridades indígenas ejercerán funciones de gobierno autónomo como la administración de los recursos económicos y la recaudación de impuestos (art. 287). La Constitución no dio instrucciones específicas para la creación de las ETI y el reparto de competencias entre éstas y el Gobierno central, pero declaró que estas cuestiones podrían resolverse mediante la elaboración de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.⁹ No obstante, el artículo 330 proporciona una exhaustiva lista de funciones autónomas que ejercerán las autoridades indígenas en los territorios de su propiedad, sin que tal autonomía se limite a los territorios oficialmente reconocidos como ETI. Una lista que es tanto más importante cuanto que después de 17 años de haberse redactado la Constitución sigue sin haber una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y por consiguiente no existen las ETI. Para ser más exactos, las autoridades indígenas ejercen sus funciones autónomas dentro de los resguardos de las comunidades indígenas. Estos resguardos la ley los define como:

Los resguardos son una institución legal y socio-política de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de

⁶ Arango y Sanchez (2004), pág. 31.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-188/93

⁸ Constitución Política de Colombia, art. 330, parágrafo.

⁹ Constitución Política, arts. 288 y 329.

*éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.*¹⁰

Los resguardos se crean mediante resolución de la Junta Directiva del INCODER.¹¹ El reconocimiento por la Constitución de la propiedad colectiva de los territorios indígenas se ha revelado de especial importancia para la protección tanto de las tierras como de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas de Colombia. Con todo, el carácter muy general de los principios constitucionales no facilita instrucciones precisas sobre cómo han de cumplirse en la práctica. El propósito de la Asamblea Constituyente era elaborar una legislación que regulase el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, pero en algunos casos no fue así, como ocurrió con la Ley de Ordenamiento Territorial, lo cual provocó un gran número de conflictos entre las organizaciones indígenas y los distintos estamentos de las autoridades, de igual forma que la falta de claridad supuso interpretaciones distintas de importantes disposiciones.

¹⁰ Decreto 2164 de 1995, art. 21.

¹¹ Instituto Colombiano de Desarrollo Rural.

la Corte Constitucional

El artículo 241 de la Constitución establece la Corte Constitucional y le encomienda “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. En aquellos casos en los que las disposiciones constitucionales no se entiendan con claridad o cuando surja un aparente conflicto entre los derechos garantizados por la Constitución, la Corte Constitucional está facultada para suministrar una interpretación autorizada que sienta jurisprudencia. La mayoría de los casos en los que la Corte Constitucional ha tratado los derechos de los pueblos indígenas han sido revisiones de casos de tutela, pero también ha habido casos importantes en respuesta a acciones públicas de inconstitucionalidad.

La tutela es un mecanismo legal destinado a proteger a personas cuyos derechos fundamentales se hallan en peligro de un daño inmediato e irreparable; sin embargo, como se podrá ver, la especial naturaleza de las comunidades indígenas les da derecho a utilizar este mecanismo en defensa de la colectividad. Una acción pública de inconstitucionalidad es una acción legal que requiere que la Corte declare inconstitucional una ley o un decreto con fuerza de ley, y el caso puede presentarse sin necesidad de una violación directa de los derechos del demandante. Las resoluciones de la Corte son inapelables y de cumplimiento obligatorio.

El artículo 93 de la Constitución declara que los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por el Congreso prevalecen en la jerarquía legal nacional.¹² Además, los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte Constitucional elaboró este artículo con el fin de clarificar la normativa internacional de derechos humanos en relación con la Constitución. Y al hacerlo introduce el concepto de “bloque de constitucionalidad”:

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional (...).¹³

La Corte aclaró posteriormente que el bloque de constitucionalidad está compuesto por la Constitución Política, todos los tratados sobre derechos humanos y leyes humanitarias ratificados por Colombia así como por la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de la interpretación de dichos tratados (los órganos de tratados de Naciones Unidas, los comités de la OIT, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos).¹⁴ Se aumenta así la posibilidad de una efectiva protección legal de los derechos humanos en Colombia y se impide la referencia a leyes internas como una excusa para el no cumplimiento de las leyes internacionales sobre derechos humanos. Si se tiene en cuenta la ya mencionada falta de legislación implementadora, resulta evidente que la labor de la Corte Constitucional se ha visto facilitada por la disposición del artículo 93 de la Constitución de interpretar los derechos y deberes en conformidad con los tratados internacionales. Prueba de ello es la frecuente referencia al Convenio OIT N° 169 en casos relacionados con los pueblos indígenas así como a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un importante reto para la Corte Constitucional ha sido interpretar la Constitución para que también tenga sentido en culturas radicalmente diferentes a la sociedad occidental, en la que se ha desarrollado su propia tradición legal.¹⁵ La garantía de la Constitución de reconocer y proteger la diversidad cultural

¹² Véase Olsen, Vemund. *Protecting Indigenous Peoples' Lands and Resources. The Role of the Constitutional Court of Colombia*. Tesis de Maestría, Universidad de Oslo (2006), págs. 16 y 17. Publicado por Human Rights Everywhere en <http://www.hrev.org/media/documentos/protectingindigenous.pdf>

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-225/95, sección II.12.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-568/99 y C-010/00.

¹⁵ Véase Olsen (2006) págs. 25 y 26.

de la nación (art. 7) obliga a la Corte a interpretar en cada caso el término legal de la Constitución de una manera acorde con el pertinente contexto cultural. Al reconocer ambas que ciertos casos relacionados con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas no pueden ser arbitrados simplemente mediante la interpretación de textos legales y que el horizonte de interpretaciones legales de los jueces puede no ser el adecuado para garantizar la comprensión de muchas de las culturas involucradas, la Corte Constitucional ha buscado la ayuda de otras disciplinas para reafirmar su competencia multicultural.¹⁶

Tanto la antropología como la filosofía moral y política se han convertido en elementos importantes de la jurisprudencia de la Corte, así como la práctica de juicios *in situ*, la utilización de investigaciones de campo y de opiniones de expertos antropólogos, biólogos, geólogos, etc.¹⁷

Los esfuerzos de la Corte Constitucional han sido, sin duda alguna, muy importantes para el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. Gracias a su jurisprudencia progresista, los derechos establecidos en la Constitución no han quedado en una vaga expresión de buenas intenciones, sino que se han aplicado en casos concretos en los que se habían violado los derechos de los pueblos indígenas. Y cierto es también que la Corte ha logrado que los pueblos indígenas sean más conscientes de lo que los derechos constitucionales significan para ellos en la práctica y quizá haya generado la creencia de que cabe la posibilidad de remediar la injusticia y la marginalización a la que han sido condenados.¹⁸ Otra cuestión es saber si las reglas de la Corte se han revelado eficaces para hacer

que las autoridades nacionales cumplan sus obligaciones para con los pueblos indígenas. La extremadamente grave situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia hace pensar que, a pesar de la positiva influencia de la Corte Constitucional, en el país no se hayan producido cambios efectivos y palpables.

¹⁶ Marino, Catalina Botero. "Multiculturalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional", *Anuario Jurídico Precedente*, (2003) pág. 78.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Restrepo, Esteban. "Constitutional Reform and Social Progress: The Constitutionalization of Daily Life in Colombia". Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA): *Law as Object and Instrument of Transformation*, Punta del Este, Uruguay (2002) pág. 6. Olsen (2006) pág. 44.

jurisprudencia clave de la Corte Constitucional relacionada con los pueblos indígenas

A continuación se examinan algunos ámbitos importantes en los que la Corte Constitucional ha proporcionado interpretaciones muy útiles de los derechos de los pueblos indígenas relacionados con los territorios y recursos naturales. Para comenzar, se presenta el concepto de comunidades como titulares de derechos. Seguidamente se analiza la opinión de la Corte acerca de la importancia del territorio para los pueblos indígenas y los derechos fundamentales relacionados con él, principalmente el derecho a la vida y a la libertad frente a una desaparición forzada así como el derecho a la integridad cultural, social y económica. Por último se analizará cómo el derecho a una consulta previa se convierte en derecho fundamental en el caso de los pueblos indígenas y cuál es el alcance de este derecho.

La comunidad como sujeto de derechos ¹⁹

La Constitución de 1991 reconoce derechos tanto individuales como colectivos. En el caso de los pueblos indígenas, la comunidad adquiere una importancia especial que no está adecuadamente reflejada en la dicotomía individual-colectivo.

En la relevante sentencia T-380/93, la Corte declaró que una comunidad indígena es por sí misma propietaria de derechos fundamentales. Las bases de esta afirmación se hallan en los artículos 1, 7 y 8 de la Constitución, en los que se declara que Colombia es un Estado pluralista que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural así como la riqueza cultural de la nación colombiana. Con el fin de proteger apropiadamente esta diversidad, es necesario intentar comprender las muy distintas formas de vida y maneras de entender el mundo de los grupos étnicos minoritarios que existen

¹⁹ Véase Olsen (2006), págs. 21 y 22.

en el país. En el caso de los pueblos indígenas, la Corte admite que la realización personal de los miembros de estas comunidades se logra en buena medida a través del propio grupo. Para algunos pueblos indígenas resulta incomprensible una existencia separada de su comunidad, la vida de una persona únicamente se entiende como parte integrante de un todo. Es ésta una de las razones por las que el concepto de derechos humanos individuales no siempre es fácil de entender y aceptar por los pueblos indígenas,²⁰ sobre todo por aquellos que han vivido relativamente aislados de la manera de pensar occidental. Como dice la Corte:

El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una 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. ²¹

La existencia de la comunidad como un todo integrado va más allá de sus miembros individuales y depende de una variedad de factores tanto materiales como espirituales. La comunidad puede verse afectada por factores externos, como guerras o alteraciones en su hábitat natural o bien por dinámicas internas como luchas por el poder o disputas entre distintas facciones. Desde este punto de vista, la comunidad considerada como un sólo sujeto tiene intereses vitales de los que

²⁰ Berche y otros (2006), pág. 46. Ekern, Stener. "Visions of the Right Order: Contrasts between Communitarian Law in Guatemala and International Human Rights Law", en *Human Rights in Development* 9. Local/Living Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers (2003) pág. 12.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-380/93, sección II. 8.

depende su existencia y que pueden diferir de los intereses individuales de algunos de sus miembros. Con el fin de proteger de manera adecuada esta forma colectiva de existencia, la comunidad, considerada como un todo, debe disponer del estatus de propietaria de derechos. Según la Corte, la garantía constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural no dejaría de ser pura retórica si las comunidades indígenas no dispusieran de una personalidad legal con la que defender sus derechos fundamentales:

La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirlos. (Constitución Política, arts. 1 y 7).²²

Este gran paso del paternalismo al pleno reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos con derechos es una victoria importante en la lucha de los pueblos indígenas por su autonomía. En tanto que grupos, las comunidades indígenas disponen de derechos fundamentales como si fueran individuos. Si bien, por definición, se trata de derechos colectivos, la Corte hace hincapié en que no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos, como la comunidad nacional en su conjunto. *“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”*.²³ De ahí que las comunidades indígenas puedan utilizar el mecanismo de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales, mientras que los derechos colectivos normales están protegidos mediante el mecanismo de acción popular.²⁴

La importancia del territorio y el derecho a la propiedad colectiva de la tierra²⁵

De todos los derechos que la Constitución garantiza a las comunidades indígenas, el derecho a la propiedad colectiva de la tierra y de los territorios resulta esencial. La Corte Constitucional ha tenido, en repetidas ocasiones, la oportunidad de explicar detalladamente el significado y el contenido de este derecho, que no sólo es importante en sí mismo sino también como instrumento para proteger otros derechos fundamentales. En la sentencia T-188/93, la Corte establecía que el derecho de propiedad colectiva de sus territorios reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas.²⁶ Con ello se está haciendo una referencia explícita al Convenio OIT N° 169 que en su artículo 13.1 establece lo siguiente:

(...) los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

La Corte llegó a explicar que la especial importancia de la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios no sólo se debe al hecho de que en ellos se encuentre el material básico para su subsistencia, sino también a que para los pueblos indígenas sus territorios son elementos integrantes de su cosmovisión y de su religión. Asimismo, la Corte hizo referencia a los trabajos preparatorios de la Asamblea Constituyente para explicar el significado y la importancia de estos derechos y citó las declaraciones del representante indígena Francisco Rojas Birry: *“sin el derecho al territorio, los derechos fundamentales a la identidad cultural y a la autonomía serían sólo reconocimientos formales. [Los*

²² Ibídem.

²³ Ibídem.

²⁴ Constitución Política (1991), art. 88.

²⁵ Véase Olsen (2006) págs. 24 y 25.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-188/93, sección II.1.

*pueblos indígenas] requieren para sobrevivir del territorio en el cual están asentados, para desarrollar su cultura."*²⁷

Basándose en consideraciones como las anteriormente expuestas, la Corte declaró que el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de sus territorios es un derecho fundamental que, junto con el principio constitucional de protección de la diversidad cultural y étnica, supone implícitamente el derecho a la constitución legal de resguardos en sus tierras.²⁸ Este derecho incluye la propiedad colectiva de los recursos naturales renovables y no renovables existentes en sus territorios,²⁹ excepto los recursos del subsuelo, que, de conformidad con la Constitución, pertenecen al Estado.³⁰

El derecho a la integridad cultural, social y económica³¹

El artículo 330 de la Constitución declara que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas.³² La Constitución no define tal integridad, pero la Corte Constitucional, en la sentencia SU-039, de 1997, declaró que la extracción de recursos naturales en territorios indígenas supone un conflicto de intereses entre el desarrollo económico del país y la protección de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas, que ella definió como: *"los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia."*³³

La Corte ha dejado claro que este concepto está vinculado al deber del Estado de respetar y proteger la diversidad cultural, según establece el artículo 7 de la Constitución.³⁴ Algunas referencias de la ley internacional de derechos humanos sirven también para entender el concepto. El Convenio OIT N° 169 declara que los Estados signatarios tienen el deber de promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones.³⁵ Más aún, deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente. Por último, deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.³⁶ Conjuntamente, estos artículos facilitan una interpretación de la integridad cultural social y económica en relación con cuestiones de identidad y diversidad cultural. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad distintiva, una identidad que es ejercida a través de su cosmovisión, costumbres, creencias religiosas, lenguas, organización socio-política, prácticas económicas, en una palabra: su forma de vida. Los Estados tienen la obligación de reconocer y proteger esta diversidad de culturas y adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas un disfrute de sus derechos equiparable al del resto de la población.³⁷ Así figura también, en términos más generales, en la Constitución de Colombia, que prohíbe cualquier forma de discriminación y declara que el Estado tiene el deber de hacer que la igualdad de derechos sea efectiva, mediante la adopción de medidas especiales para proteger a los grupos marginados.³⁸ Se requiere, pues, una puesta en marcha de los mecanismos e instrumentos apropiados

²⁷ Birry, Francisco Rojas. *Los derechos de los grupos étnicos*, Asamblea Constituyente de Colombia (1991), citado en Sentencia T-188/93, sección II. 1.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-188/93, sección II. 1.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-380/93, sección II. 12.

³⁰ Constitución Política de Colombia (1991), art. 332.

³¹ Véase Olsen (2006) págs. 30 a 32.

³² Constitución Política de Colombia (1991), art. 330, parágrafo.

³³ Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, sección II.3.2.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-380/93, sección II. 7-8.

³⁵ Convenio OIT N° 169 (1989), art. 2 (b).

³⁶ *Ibidem* art. 5 (a) y (b).

³⁷ *Ibidem* art. 2 (a).

³⁸ Constitución Política de Colombia (1991), art. 13.

para las características culturales sociales y económicas de los pueblos indígenas para que, simultáneamente, sean compatibles con la organización legal y política del Estado. Reconocer la gran importancia que para los pueblos indígenas tienen los aspectos de la vida colectiva y la propia comunidad, y adoptar las medidas para garantizar la posibilidad de esta forma de vida es un primer paso para proteger su integridad cultural social y económica.

En Colombia, la posesión colectiva de tierras es un mecanismo fundamental de protección y como tal significa asegurar a los pueblos indígenas la posibilidad de mantener su tradicional forma de vida y las prácticas económicas que garanticen su subsistencia.

En lo que respecta al uso de los recursos naturales, la Corte Constitucional ha observado una diferencia entre los modelos económicos de los pueblos indígenas y la sociedad en general. En el ya citado caso T-380 de 1993, la Corte declaró que la relación entre el sistema económico capitalista y el entorno natural es de dominación y explotación, lo cual provoca una gran tensión entre la búsqueda de beneficios y la necesidad de una administración sostenible de los recursos naturales.³⁹ A menudo, la supervivencia de los pueblos indígenas depende de frágiles ecosistemas y sus prácticas económicas reflejan esta necesidad de una equilibrada y sostenible explotación de los recursos naturales. La explotación indiscriminada destruye los recursos básicos necesarios para la economía de subsistencia de que disponen muchos pueblos indígenas, especialmente en las regiones de las tierras bajas, y que simbólicamente está vinculada a todos los aspectos de su vida.⁴⁰

La Corte Constitucional sostiene que el principio constitucional de diversidad cultural implica el reconocimiento y protección de los diferentes modelos económicos, incluida la economía de subsistencia de los pueblos indígenas. Como quiera que este tipo de economía es muy vulnerable a las actividades que pueden dañar el equilibrio de los ecosistemas de que depende, la Constitución establece un límite para la extracción de recursos naturales en los territorios indígenas, que, de

ninguna manera, debe causar perjuicio a su integridad cultural, social y económica.⁴¹

El derecho colectivo a la vida y a la libertad frente a una desaparición forzada

La Corte Constitucional estableció en el caso T-380/93 que entre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas está el derecho a la subsistencia, directamente derivado del derecho a la vida, consagrado por el artículo 11 de la Constitución.⁴² Tras haber estipulado que la destrucción del entorno natural en el que los pueblos indígenas llevan a cabo sus prácticas económicas es una violación de su integridad cultural, social y económica al no permitir que se continúe ejerciendo la identidad del grupo, la Corte estableció lo siguiente:

*La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido –a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo–, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (Constitución Política art.12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social.*⁴³

La sentencia T-380 de 1993 se ocupó de un caso de tala ilegal a gran escala por parte de la compañía privada MADARIEN en el territorio de los Embera-Katio de Chajeradó en Chocó. Además de ordenar a MADARIEN el pago de una compensación por este delito contra los Embera, CODECHOCÓ, la autoridad pública, cuya responsabilidad legal era proteger los recursos naturales y garantizar la reparación de cualquier daño ecológico, fue condenada por grave descuido de su deber. La Corte argumentó que la omisión del deber de CODECHOCÓ

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-380/93, sección II . 7.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Constitución Política de Colombia (1991), art. 330.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-380/93, sección II. 8.

⁴³ *Ibidem*.

supuso una seria amenaza para el derecho a la vida y a la libertad frente a una desaparición forzada de la comunidad Embera-Katio de Chajeradó:

La estrecha relación entre ecosistema equilibrado y sobrevivencia de las comunidades indígenas que habitan los bosques húmedos tropicales, transforma los factores de deterioro ambiental producidos por la deforestación, la sedimentación y la contaminación de los ríos –en principio susceptibles de acciones populares por tratarse de la vulneración de derechos e intereses colectivos (Constitución Política art. 88)–, en un peligro potencial contra la vida y la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios que, dada su diversidad étnica y cultural, requieren de una especial protección del Estado (Constitución Política art. 13). La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia (Constitución Política art. 12) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias.⁴⁴

⁴⁴ Ibídem sección II. 18. Por desgracia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no es del todo sistemática en lo que respecta a la aplicabilidad del mecanismo de tutela en situaciones de derechos colectivos directamente relacionadas con derechos fundamentales. En dos casos de graves amenazas para la salud de los miembros de comunidades indígenas debido a la contaminación medioambiental por maniobras militares, la Corte llegó a conclusiones opuestas: En el caso T-405/93, la Corte consideró que mientras que el derecho a un medio ambiente saludable era un derecho colectivo y como tal debía ser protegido a través de la acción popular, en el presente caso la amenaza para la vida y la salud de los miembros de la comunidad indígena, demostrada por enfermedades producidas por beber agua contaminada, hacía entrar en juego los derechos fundamentales y en consecuencia la aplicabilidad de la acción de tutela. En el caso SU-383/03, relativo a un brote de enfermedades de la piel y otras dolencias entre la población indígena en áreas afectadas por fumigación aérea de cultivos ilícitos, la Corte resolvió que el mecanismo correcto para lograr la protección de los derechos colectivos a la salud y a la seguridad era la acción popular y no la tutela. Véanse las sentencias T-405/93, sección III.4 y SU-383/03, sección II.6.

El derecho a la consulta previa y a la participación

En uno de los más famosos casos de la Corte Constitucional hasta la fecha, SU-039 de 1997, la Corte definía

el objetivo y el alcance del derecho a la consulta previa en casos de extracción de recursos naturales. El caso versaba sobre una queja formulada por la oficina del defensor del pueblo en defensa del pueblo U'wa, cuyas tierras ancestrales están situadas al Oeste de Colombia. La zona es rica en petróleo y en 1995 el Ministerio de Medio Ambiente concedió una licencia a Occidental Petroleum Company (OXY) para realizar exploraciones sísmicas en un área que incluía el resguardo de los U'wa. Las comunidades U'wa protestaron enérgicamente y atrajeron la atención de la sociedad internacional cuando amenazaron con cometer un suicidio colectivo si la compañía petrolera violaba sus tierras ancestrales.⁴⁵ Con el fin de establecer si el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y OXY habían cumplido o no su obligación constitucional de llevar a cabo un procedimiento de consulta previa a la comunidad U'was, la Corte Constitucional analizó el alcance y el contenido del citado derecho tal y como aparece en el bloque de constitucionalidad. Al tiempo que reiteraba que el derecho de los pueblos indígenas a su integridad cultural social y económica es un derecho fundamental debido a su relación con su subsistencia en tanto que grupos humanos, la Corte declaró que, de conformidad con el artículo 330 de la Constitución, esta subsistencia estará protegida mediante la participación de las comunidades indígenas en decisiones relacionadas con la extracción de recursos naturales en sus territorios.⁴⁶ El derecho a participación está recogido en el artículo 40.2 de la Constitución. La Corte consideró que, en el caso de los pueblos indígenas, el derecho a participar, mediante el mecanismo de consulta previa, tiene rango

⁴⁵ Véase Rodríguez-Garavito, César. "Indigenous Rights, Transnational Activism and Legal Mobilization: The Struggle of the U'wa People in Colombia", en *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge: Cambridge University Press (2005) págs. 241-266.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, sección II.3.2.

de derecho fundamental debido a su importancia para la protección de su integridad cultural, social y económica.

Este derecho fundamental se ve reafirmado por el Convenio OIT N° 169, que presta una especial atención a la cuestión de la participación.⁴⁷ La Corte citó los artículos 5, 6, 7.1 y 15 del Convenio OIT como fuentes obligatorias para la interpretación del derecho a la participación en la ley colombiana. El artículo 5 reclama la protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales de los pueblos indígenas y el respeto de su integridad. El artículo 7.1 aborda el espinoso tema de la autodeterminación al reconocer el derecho de los pueblos indígenas a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo” y a “controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. Los artículos 6 y 15 exigen que los Estados consulten a los pueblos indígenas y garanticen su participación bien fundada cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, sobre todo en lo que respecta a la utilización, administración y conservación de recursos naturales en sus territorios. El artículo 6 establece el principio general de que las consultas deberán efectuarse de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de lograr el libre consentimiento. Tomando como base estos artículos, la Corte reconocía que un procedimiento de consultas con una comunidad indígena implica una relación de comunicación y entendimiento entre la comunidad y las autoridades, caracterizada por el respeto mutuo y la buena fe⁴⁸ y proponía una lista de tres elementos que se han de tener en cuenta para llevar a cabo un procedimiento de consultas válido:

1. 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,

2. 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,
3. 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. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.⁴⁹

De este análisis se deduce que la mera información a una comunidad indígena de planes para explorar recursos naturales en su territorio, como ocurrió en el caso de los U'wa, dista mucho de ir acorde con los requerimientos de un verdadero procedimiento de consultas.⁵⁰ La importancia fundamental del derecho a la participación implica que dicho procedimiento de consultas sea serio y se lleve a cabo de buena fe; de esta forma, la comunidad indígena tiene la oportunidad de conocer las consecuencias y manifestar su aprobación o rechazo del proyecto. Ello supone que la información se realice en una lengua y de una manera que los miembros de la comunidad indígena puedan entender, algo de especial importancia si se tiene en cuenta el alto nivel de analfabetización de muchos pueblos indígenas que viven aislados. Asimismo, el tiempo mínimo ha de ser lo suficientemente amplio como para permitir que la información llegue a todos los miembros de la comunidad afectada, teniéndose en cuenta el modo de asentamiento de los pueblos indígenas, que a menudo habitan en regiones remotas de difícil acceso. En aquellos casos en

⁴⁷ *Ibidem* sección II.3.3.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

los que no se alcance un acuerdo a pesar de un esfuerzo de buena fe que cumpla con los requerimientos establecidos por la lista de control, la Corte considera que corresponderá a la autoridad pública la responsabilidad final de tomar una decisión. Cada decisión deberá, sin embargo, ser objetiva, razonable y proporcional al fin constitucional de proteger la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas.⁵¹

La Corte retomó el punto de desacuerdo final en el caso C-891 de 2002, en el que cita las directrices de la OIT para la aplicación del Convenio N° 169: “Como los demás segmentos de la población nacional de cualquier país, los pueblos indígenas y tribales no tienen derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país.”⁵² El tema del veto es un constante punto de discusión y los representantes internacionales indígenas se han lamentado de que la falta de veto reducirá la consulta a una mera formalidad, permitiendo a los gobiernos actuar libremente en cualquier parte. No obstante, las directrices de la OIT explican que los Estados tienen el deber de garantizar una verdadera consulta a los pueblos indígenas, lo cual implica dar a las comunidades indígenas la auténtica posibilidad de influir con sus decisiones y procurar un entorno y unas condiciones apropiadas que permitan la importante participación de estos pueblos.⁵³

Otros documentos internacionales declaran que los pueblos indígenas tienen *derecho* a “un consentimiento libre, previo y bien informado”, no sólo a consultas que tengan por *objetivo* lograr su consentimiento. Éste es un tema donde el derecho internacional está progresando, fortaleciendo cada vez más el derecho al libre consentimiento. La Recomendación General del CEDR⁵⁴ para pueblos indígenas publicada el mismo año del caso SU-039/97, apela a los Estados para que “*garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos*

iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”.⁵⁵ El Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha insistido en repetidas ocasiones en la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en lo que respecta a la explotación de recursos.⁵⁶ El caso *Awas Tingni* de la Corte Interamericana así como varios informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ponen de relieve el vínculo entre la consulta resultante de un consentimiento total e informado y la protección de los derechos de propiedad de los indígenas.⁵⁷

En este asunto, la Corte Constitucional únicamente se rige por el Convenio de la OIT, e ignora el hecho de que Colombia también tiene obligaciones conforme a los otros instrumentos internacionales de derechos humanos que se acaban de mencionar. Entonces no exige que los pueblos indígenas den su consentimiento en un caso concreto siempre que el proceso de consulta haya sido el adecuado de acuerdo con la lista de control sugerida anteriormente. No obstante, si el Estado de Colombia autorizase un proyecto contra la expresa voluntad de la comunidad indígena afectada, la decisión de realizarlo ha de cumplir los requisitos de ser objetiva, razonable y proporcionada así como de no poner en peligro en ningún momento los derechos fundamentales de la comunidad indígena a su subsistencia y a su integridad cultural. A primera vista, parece ser ya una garantía suficiente, pero depende fundamentalmente de que las autoridades estatales actúen de buena fe, y el

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Tomei, Manuela y Swepston, Lee. *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional de Trabajo (1996), sección 1. Citado en Sentencia C-891/02, sección VI.4.2. parágrafo 17.

⁵³ Tomei y Swepston (1996), sección 1.

⁵⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas.

⁵⁵ Recomendación General 23 del CEDR (1997), art. 4.d.

⁵⁶ Motoc, Antoanella-Lulia. *Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent*. Naciones Unidas: Grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas (Documento de ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1) (14 Julio 2005) pág. 5.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso de Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), pág. 6. Como se ha visto, la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de Pueblos Indígenas reconoce plenamente que los Estados tienen la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los asuntos que los puedan afectar.

gran número de quejas de las organizaciones indígenas sugiere que no siempre es éste el caso. Es más, el gran vacío entre la normativa legal relativa a los derechos de los pueblos indígenas y la actual ejecución de dicha normativa es un claro signo de que existe una mínima base para confiar en las buenas intenciones del Estado de Colombia para con los pueblos indígenas.

Seguidamente se van a analizar algunas de las más importantes leyes y normativas recientes que afectan a los territorios y derechos indígenas, y que tendrían que ejecutar las disposiciones constitucionales relativas a los pueblos indígenas. Con el fin de continuar el debate sobre participación y consulta, este apartado se presentará en orden inverso al de la presentación de la jurisprudencia. Se comienza por investigar las normas legales que regulan la consulta y la participación para pasar a continuación a las normas específicas en materia de explotación de recursos y propiedad colectiva de territorios ancestrales.

legislación en materia de territorios y recursos de los pueblos indígenas

Consulta previa

Un año después de que la Corte Constitucional explicase el derecho a la consulta previa en el caso SU-039/97, el Gobierno promulgó el Decreto Presidencial n° 1320 de 1998, que regula la consulta previa con las comunidades indígenas y negras en asuntos de explotación de recursos en el interior de sus territorios. Según el Gobierno, con el Decreto se pretendía evitar demoras en la autorización y aplicación de proyectos, al tiempo que se les daba a los pueblos indígenas y a las comunidades negras una posibilidad de expresar sus opiniones.⁵⁸ El Decreto n° 1320 fue duramente criticado por las organizaciones indígenas, los sindicatos y las organizaciones de derechos humanos por considerar que tanto su procedimiento como su contenido violaban la Constitución y el Convenio OIT N° 169. Las organizaciones indígenas no fueron consultadas a la hora de elaborar el Decreto n° 1320, lo que supone una clara violación del artículo 6.1 (a) del Convenio OIT N° 169, que dispone que los pueblos indígenas serán consultados en todas aquellas medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles. El Decreto n° 1397 de 1996, que creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, estableció explícitamente que los pueblos y organizaciones indígenas deberían estar involucrados en la preparación de las normas legales para los procedimientos de concertación.⁵⁹ Por lo que respecta a su contenido esencial, el Decreto n° 1320 fue criticado por establecer un procedimiento de consulta que no tuvo en cuenta las diferentes realidades culturales de los pueblos indígenas de Colombia ni la antes mencionada lista de control sobre los resultados requeridos en los procedimientos de

consulta, propuesta por la Corte Constitucional en el caso SU-039/97.⁶⁰ De esta crítica se hizo eco más tarde la Corte Constitucional en el caso T-652 de 1998, relativo a la inundación por el embalse de Urrá de las tierras de las comunidades Embera-Katio del Alto Sinú. La Corte declaró que el Decreto n° 1320 era contrario a la Constitución y al Convenio OIT N° 169 y ordenó a las autoridades estatales que se abstuvieron de aplicarlo.⁶¹

Sin embargo, cuando el Decreto fue llevado ante el Consejo de Estado con la petición de que se declarase su nulidad el Consejo dictaminó que, en tanto que establecía procedimientos de consulta previa, el Decreto no debería ser a su vez objeto de consulta.⁶² Convencida de que se trataba de una flagrante violación del Convenio de la OIT, la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) llevó el caso ante el Consejo General de la OIT. Un Comité de Expertos estudió el caso y emitió una serie de observaciones y recomendaciones que fueron adoptadas en su totalidad por el Consejo de Administración de la OIT en su sesión número 282 de 2001.⁶³

El Comité de Expertos declaró que el hecho de que el Decreto n° 1320 no hubiera sido consultado con las organizaciones indígenas era una pura y simple violación del artículo 6.1(a) del Convenio OIT N° 169 y que, según dicho artículo, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas es aplicable a leyes, decretos y decisiones administrativas así como a enmiendas y revisiones de la Constitución.⁶⁴ El hecho de que el Decreto convocase un encuentro para escuchar la

⁵⁸ Mackay, Fergus. *Una guía para los derechos de los pueblos indígenas en la Organización Internacional de Trabajo*. Forest Peoples' Programme (2002) págs. 46 y 47.

⁵⁹ Decreto n° 1397 de 1996, arts. 8 y 9.

⁶⁰ Véase pág. 18.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia T-652/98, cuarta decisión.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicación 5091 (20 de mayo de 1999). Mackay (2002) pág. 47. Corte Constitucional, Sentencia SU-383/03.

⁶³ OIT documento GB.282/14/3.

⁶⁴ Mackay (2002) pág. 49.

opinión de los pueblos indígenas después de su propia adopción, fue declarado como una violación del requisito de consulta previa. En cuanto a las disposiciones del Decreto para los procedimientos de consulta en los casos de explotación de recursos en territorios indígenas y de las comunidades negras, el Comité de Expertos consideró que no cumplieron con los requerimientos de un verdadero procedimiento de consultas. La estricta definición de fechas límite, el número de encuentros necesarios y el grado de participación no eran los apropiados para el objeto y propósito de una consulta previa. El Comité llegó a la conclusión de que:

*Por las razones antes expuestas, El Comité considera que el proceso de consulta previa, tal como expresado en el Decreto n° 1320, no está en conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio. La adopción de decisiones expeditas no debe hacerse en perjuicio de una consulta efectiva, para la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales. Aunque el Comité no pretende sugerir que dichos modelos sean los únicos que pueden servir de base para un proceso de consulta en conformidad con el Convenio, considera que si éstos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación.*⁶⁵

En consecuencia, el Consejo de Administración de la OIT recomendó que Colombia enmendase el Decreto n° 1320 con el fin de que fuera conforme al Convenio; y que se realizaran consultas con las comunidades indígenas y negras para garantizar su participación en las enmiendas.⁶⁶

⁶⁵ Informe del Comité de Expertos elaborado para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). Doc. GB.276/17/1; GB.282/14/3, presentado en 1999. Citado por Mackay (2002) pág. 49.

⁶⁶ Ibidem pág. 51.

Pero a pesar de las inequívocas decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Administración de la OIT, instituciones ambas de obligatoria conformidad en Colombia, las autoridades continúan aplicando el Decreto n° 1320 en todos los casos de consulta a los pueblos indígenas y comunidades negras. Aferrándose a la decisión del Consejo de Estado de 1999, el Gobierno opta por ignorar que el Decreto ha sido declarado anti-constitucional y que viola los acuerdos internacionales de derechos humanos del país. Esta práctica arbitraria de hoy sí mañana no, según la conveniencia de las autoridades, que leyes y decisiones jurídicas pueden respaldar, va en contra del principio del imperio de la ley.

Minería

La Ley 685, a la que a menudo se alude como Código de Minas, fue promulgada el 15 de agosto de 2001. Destinada a fomentar y regular la explotación de los recursos mineros, esta ley contiene una serie de disposiciones que afectan directamente a los pueblos indígenas. Mediante ella se establece que las actividades mineras no han de atentar contra la integridad cultural, social o económica de los pueblos indígenas (art. 121), y se ordena que cualquier propuesta de prospección o explotación de los minerales en territorios indígenas sea consultada de manera apropiada con las respectivas comunidades (art. 122). Es más, el artículo 122 establece que siempre que los posibles yacimientos mineros se encuentren en territorios indígenas, la autoridad minera competente reconocerá dichos yacimientos como Zonas Mineras Indígenas, dentro de las cuales se aplicarán medidas especiales para la protección de las comunidades indígenas. El artículo 123 define los territorios indígenas como “áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991”, la ley mediante la cual se ratificó el Convenio OIT N° 169. El artículo 271 alude también a comunidades indígenas con “asentamiento permanente” en el área. Este requisito de posesión y asentamiento permanentes es una interpretación restrictiva de los territorios indígenas que en el Convenio OIT N° 169 quedan definidos como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos

interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.⁶⁷ Como hemos visto, esto quiere decir tierras en las que las comunidades indígenas pueden no vivir exclusiva o permanentemente, pero a las que habitualmente han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.⁶⁸ No deja de ser una contradicción legal el hecho de que el Código de Minas utilice una interpretación más restrictiva que la del Convenio OIT, al tiempo que se proclama en conformidad con dicho Convenio.

La Corte Constitucional ha examinado en dos ocasiones acciones públicas de inconstitucionalidad en contra del Código de Minas y en ambos casos falló que la norma es conforme a la Constitución.⁶⁹ No obstante, la Corte se encargó de explicar detalladamente lo que ella consideraba la correcta interpretación de las disposiciones de la ley con el fin de evitar interpretaciones que pudieran suponer una amenaza para los derechos de los pueblos indígenas. En lo que se refiere a la correcta definición de territorios indígenas, el requisito de ocupación permanente excluye en potencia no sólo a los pueblos nómadas y cultivadores itinerantes, sino también a los grupos indígenas que se han visto desplazados por la fuerza de sus territorios debido al conflicto armado en Colombia. La Corte ha dejado bien claro que el Convenio OIT requiere una interpretación de los territorios indígenas que incluya tanto las tierras de grupos que cambian de asentamiento dentro de un territorio, como a aquellos grupos que, por diferentes razones, han abandonado sus territorios, como en el caso de las comunidades desplazadas por la fuerza.⁷⁰

El artículo 124 del Código de Minas confiere a las comunidades indígenas el derecho de prelación para la explotación de los recursos minerales dentro de su territorio. Las comunidades indígenas pueden solicitar concesiones mineras dentro de las Zonas Mineras Indígenas que serán explotadas por toda la comunidad. Estas concesiones no podrán ser otorgadas individualmente a los integrantes de la comunidad ni tampoco a

personas ajenas a la misma.⁷¹ Si la comunidad indígena no desea hacer uso de este derecho de prelación dentro de un determinado período de tiempo, personas que no pertenezcan a ella pueden solicitar y obtener concesiones para las Zonas Mineras Indígenas. En tales casos, se debe llevar a cabo un proceso de consultas con las comunidades indígenas afectadas.⁷² No está claro, en cambio, si una comunidad indígena podría utilizar su derecho de prelación para obtener una concesión minera para su territorio sin llevar a cabo actividades mineras en él. Es de suponer que las comunidades indígenas utilicen esta táctica para impedir que la minería se apodere de sus territorios, sin embargo también cabe la posibilidad de que las autoridades cancelen dicha concesión pasado un tiempo. La filosofía del Código de Minas parece indicar que el derecho de prelación es válido únicamente para aquellas comunidades que aceptan la prioridad de la explotación comercial de los recursos frente a la conservación medioambiental y cultural.

El artículo 127 prevé la creación de Áreas Indígenas Restringidas dentro de las Zonas Mineras Indígenas. Las autoridades de una comunidad indígena indicarán aquellos lugares dentro de su territorio en los que, debido a su significado cultural, social o económico, no pueda ejercerse una actividad minera. Si bien en principio es una buena idea que permite que las comunidades indígenas puedan proteger de toda intervención aquellos emplazamientos que para ellas son más sagrados, el artículo 127 no establece con precisión si existe algún tipo de limitaciones en cuanto al tamaño y al número de estas áreas restringidas. La identificación de áreas claramente delimitadas para su protección corresponde a un concepto del mundo en el que la esfera económica poco tiene que ver con las esferas cultural y social. Sin embargo, para muchos pueblos indígenas resultaría

⁶⁷ Convenio OIT N° 169, art. 13.

⁶⁸ *Ibidem* art. 14. Véase pág. 8

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencias C-418 y C-891 de 2002.

⁷⁰ Sentencia C-891 de 2002, sección 6.11.

⁷¹ Código de Minas, art. 125.

⁷² *Ibidem* arts. 122 y 275. La Corte Constitucional ha aclarado que dicha consulta es obligatoria en todos aquellos casos en los que los pueblos indígenas pueden verse afectados por actividades relacionadas con la extracción de recursos en sus territorios o sus inmediateces, incluso si dicha obligación no es mencionada en las disposiciones pertinentes de la ley en cuestión.

imposible dividir sus territorios en zonas en las que se pudiera intervenir y zonas en las que no. En muchas culturas la tierra es considerada como una entidad espiritual íntimamente ligada a todos los aspectos de la vida, un hecho que la Corte Constitucional ha reconocido en repetidas ocasiones.⁷³ Si se respetase de manera adecuada la importancia que para los pueblos indígenas tienen sus territorios ancestrales, las comunidades indígenas podrían, si así lo desearan, declarar la totalidad de sus territorios como áreas protegidas. No obstante, es muy improbable que el Estado lo acepte como una interpretación del artículo 127 del Código de Minas.

Bosques

El 13 de diciembre de 2005 fue aprobada una nueva Ley Forestal,⁷⁴ con la expresa intención de regular la explotación de los recursos forestales. Ya que esta ley impactaría directamente en el manejo de los recursos forestales en territorios indígenas, el Estado tenía el deber constitucional de realizar un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas. A pesar de las protestas de las organizaciones indígenas, esto nunca se hizo. Esta falta de consulta previa llevó a la Corte Constitucional a declarar inexecutable la Ley General Forestal, el 23 de febrero de 2008.⁷⁵ En el momento de la publicación de este estudio el Congreso de la República tramita nuevamente, a iniciativa del gobierno nacional, un proyecto de Ley General Forestal, que tampoco fue consultado previamente con las autoridades y organizaciones de los pueblos indígenas con el argumento de que no las va a afectar, ya que no tiene en cuenta que el 27 % de la población indígena actual no cuenta con el reconocimiento, garantía, protección y restablecimiento de sus derechos territoriales en calidad de Resguardos. Aunque en el momento de la publicación de este estudio aún no se sabe cuál va a ser el futuro de la ley, puede ser útil hacer una breve análisis de cómo la Ley General Forestal trataba los

derechos de los pueblos indígenas. Desde el principio, la intención que se percibe detrás de la ley pareció ser el reducir el control y limitar la propiedad de los pueblos indígenas y comunidades negras sobre los recursos forestales en sus territorios. Las primeras propuestas de esta ley fueron muy controvertidas al pretender que dichos recursos no estuvieran bajo el control de los pueblos indígenas y de las comunidades negras. El texto definitivo de la ley prevé una mejor protección del derecho de estas comunidades a los recursos naturales en sus territorios y, según garantiza específicamente el artículo 2.10, de conformidad con el Convenio OIT N° 169, el derecho de los pueblos indígenas y de las comunidades afro-colombianas a determinar con toda libertad si desean explotar y cómo los recursos forestales que se encuentren en sus territorios. El artículo 20 establece que los pueblos indígenas tienen derechos exclusivos para la explotación de los recursos forestales dentro de sus territorios, limitados tan sólo por la legislación sobre la administración y conservación sostenible de los bosques. Antes de permitir cualquier forma de explotación de los recursos forestales deberá completarse un procedimiento de consulta previa. Como quiera que los recursos forestales no están recogidos bajo el término “recursos del subsuelo”, que la Constitución define como pertenecientes al Estado, no cabe duda de que los bosques que se encuentren en los resguardos indígenas pertenecen legalmente a las comunidades que viven en ellos. Así pues, para los pueblos indígenas, la Ley General Forestal no supone más que la repetición de sus derechos constitucionales para controlar sus tierras y sus recursos. No obstante, la ley se aleja inquietantemente del principio de que los territorios indígenas son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La principal finalidad de la ley es conseguir la explotación comercial de las zonas forestales, incluidos los territorios indígenas. El requisito de obtener el permiso de las autoridades indígenas para explotar los recursos forestales no tiene por qué ser una garantía efectiva. Son muchos los ejemplos de jefes indígenas que han sido sobornados, engañados o coaccionados para permitir la tala en sus tierras; tal fue, en efecto, el caso de la comunidad Chajeradó de los Embera-Katio, de que trataba la sentencia T-380/93 de la Corte Constitucional. La situación de la violencia

⁷³ Véanse, por ejemplo, las sentencias T-188/93, T-380/93, C-891/02 y SU-383/03.

⁷⁴ Ley 1021 de 2006, Ley General Forestal.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-030/08

en Colombia así como las condiciones de desigualdad en las que se encuentran los propios pueblos indígenas les hacen vulnerables a las presiones de aquellos que deseen explotar sus recursos. Si bien la Ley General Forestal mantiene importantes garantías sobre el papel, cierto es que tiende a debilitar seriamente la autodeterminación de las comunidades indígenas.

Territorio ⁷⁶

El 13 de junio de 2007, el Congreso aprobó un proyecto de ley que regula la administración de las tierras en zonas rurales. La Ley Estatuto de Desarrollo Rural, ⁷⁷ presentada por el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez pretende facilitar oficialmente la inversión y el desarrollo económico del campo en Colombia. Este amplio proyecto no está exento de controversia, pero aquí únicamente se va a tratar algunas de sus cuestiones cruciales, específicamente relacionadas con los pueblos indígenas. La ley ha sido ya severamente criticada por defensores de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia que aseguran que echará por tierra importantes victorias del movimiento indígena en lo que respecta a la protección legal de sus territorios. La primera crítica hace referencia a la falta de consultas con las organizaciones de los pueblos indígenas acerca del contenido del proyecto de ley. Según se ha intentado mostrar, el Estado colombiano está firmemente obligado a realizar una consulta previa entre los pueblos indígenas acerca de todos los asuntos legislativos y administrativos que puedan afectarles directamente, que en definitiva es de lo que se trata aquí. Ignorar tal obligación constituye una violación tanto de la Constitución como de las leyes internacionales. En el momento de la publicación de este estudio se adelanta una demanda por inconstitucionalidad contra la Ley de Desarrollo Rural en la Corte Constitucional, y dentro de este proceso la Procuraduría General de la Nación presentó concepto sobre la inconstitucionalidad de la ley por no haberse cumplido con el derecho fundamen-

⁷⁶ Véase Bastidas, Edith. "Territorios indígenas y Proyecto de Desarrollo Rural". *Revista Etnias y política*, no. 4. CECOIN (Abril de 2007)

⁷⁷ Ley 1152 de 2007.

tal a la consulta previa a los pueblos y organizaciones indígenas,⁷⁸

En segundo lugar, la ley es poco clara en cuanto a los procedimientos para la creación de nuevos resguardos y la ampliación de los ya existentes, hasta el punto de que hay serias dudas sobre si se pueden crear nuevos resguardos en Colombia. Una de las muy pocas referencias explícitas a la creación de nuevos resguardos, en el artículo 116, añade más confusión al establecer que el Gobierno constituirá, reestructurará, saneará y ampliará los resguardos de origen colonial, cuando es evidente que no se pueden constituir o crear resguardos de origen colonial puesto que la época de la colonia desapareció hace casi doscientos años.

Un tercer punto de preocupación está relacionado también con el proceso de creación y ampliación de resguardos. La experiencia demuestra que las autoridades municipales de Colombia se oponen a menudo a la creación de resguardos indígenas porque merma su autoridad en las respectivas zonas. Muchas autoridades locales perciben la presencia de comunidades indígenas como un obstáculo al desarrollo económico de la región debido al especial marco legal para la protección de los pueblos indígenas. Si bien, hasta la fecha, la aprobación por las autoridades municipales no ha sido un requisito legal previo para la creación de resguardos, las organizaciones indígenas critican a INCODER, la institución nacional responsable de crear resguardos, por no cumplir sus obligaciones cuando se encuentran con la oposición de las autoridades municipales o regionales. La Ley Estatuto de Desarrollo Rural pretende dar un carácter oficial a esta situación al declarar, en su artículo 123, que "las solicitudes de constitución, saneamiento, reestructuración o ampliación de resguardos indígenas deberán obligatoriamente articularse a los procesos y decisiones de Ordenamiento Territorial", que es competencia de las autoridades municipales y regionales. Si se tiene en cuenta la frecuente oposición de tales autoridades a las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas, esta medida puede dañar seriamente el reconocimiento del derecho a las tierras y territorios de los pueblos indígenas. Como ya ha quedado demostrado en anteriores ocasiones, el argumento del

⁷⁸ Comunicación con Miguel Vázquez, asesor de ONIC.

“desarrollo” es utilizado comúnmente para justificar proyectos de explotación de recursos naturales, producción de energía, infraestructura, monocultivo de plantaciones y una extensa gama de proyectos con un impacto negativo en las comunidades indígenas.

Además, la Ley Estatuto de Desarrollo Rural incluye varias disposiciones que, en idénticas condiciones, tratan de manera diferente a los pueblos indígenas y a las comunidades negras,⁷⁹ violando, por lo tanto, el derecho de no discriminación. La Corte Constitucional ha establecido que el Convenio OIT N° 169 es igualmente válido para los pueblos indígenas y las comunidades afro-colombianas que conservan una forma de vida culturalmente diferente,⁸⁰ no existiendo base legal alguna para un tratamiento distinto como el presentado por la Ley Estatuto de Desarrollo Rural. La decisión más grave es la incluida en el artículo 123, que establece que no se crearán ni ampliarán resguardos para los pueblos indígenas en la región de la costa del Pacífico, con el fin de no impedir la creación de territorios colectivos para las comunidades negras en esta región. Hasta la fecha, las comunidades negras y los pueblos indígenas han convivido en paz en la región del Pacífico cooperando a la hora de presentar reivindicaciones autonómicas a las autoridades. Una decisión que excluya toda consideración de los derechos y reivindicaciones de un grupo en favor de otro no puede ser sino totalmente arbitraria y carece de justificación alguna. Defensores de los derechos indígenas consideran que esta decisión fue presentada con el fin de fomentar la conflictividad entre las comunidades negras y los pueblos indígenas,⁸¹ en un intento por romper la alianza política entre estas comunidades marginadas que luchan por el reconocimiento de sus derechos.

Por último, la Ley Estatuto de Desarrollo Rural hace una interpretación restrictiva de los territorios de los pueblos indígenas, como ya hiciera también el Código

de Minas en 2001. El artículo 121 establece que aquellas tierras que comúnmente sean reservas forestales y que los indígenas utilicen para cazar, para reunirse o para cultivos itinerantes podrán ser convertidas en resguardos indígenas. Sin embargo, este artículo también exige que sean territorios “regular y permanentemente utilizados” por los pueblos indígenas. Este requisito va totalmente en contra del Convenio OIT N° 169, como ocurrió con el Código de Minas. La Corte Constitucional lo dejó bien claro en la sentencia C-891 de 2002: tal interpretación restrictiva violaría los derechos no sólo de los pueblos nómadas y seminómadas y de los cultivadores itinerantes, sino también de aquellos indígenas víctimas de desplazamientos forzados.⁸² Con el fin de respetar la Constitución y el Convenio OIT N° 169, el Estado de Colombia ha de reconocer como territorios indígenas aquellos que tradicionalmente han sido ocupados y utilizados por los pueblos indígenas, incluidas las tierras que no son ocupadas como asentamientos permanentes.

En resumen, la Ley Estatuto de Desarrollo Rural menoscaba y pone en peligro los logros constitucionales del movimiento indígena en Colombia de diferentes maneras: socava la soberanía territorial de las comunidades indígenas sobre sus resguardos, prepara el terreno para la fragmentación y la reducción de los territorios indígenas, merma la intervención de los pueblos indígenas en asuntos de su incumbencia, violando de esta forma su derecho de participación, favorece intereses de desarrollo económico en detrimento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, reduciendo sus recursos para proteger sus tierras frente a las presiones externas, viola el derecho a la no discriminación e ignora el deber del Estado colombiano de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación así como el verdadero significado del derecho a una integridad económica, social y cultural.

Con el fin de obtener protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas a la vida, la pervivencia y al territorio en propiedad colectiva, la ONIC presentó demanda de tutela contra los Ministros

⁷⁹ Artículos 116, 123 y 125.

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-955/2003.

⁸¹ Bastidas, Edith. *Estatuto de Desarrollo Rural: Contra territorio, autoridad y autonomía indígena* (2007), pág. 6.

⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-891 de 2002, sección 6.11.

del Interior y de Justicia y de Agricultura, así como contra las instancias administrativas encargadas de la titulación en propiedad, el saneamiento y la ampliación de los resguardos indígenas, por omisión reiterada en cumplimiento de sus responsabilidades, competencias y funciones en la materia, Recientemente la Corte Constitucional decidió revisar el fallo de esta tutela, con lo cual se abre una posibilidad de garantía y protección a los derechos territoriales de los pueblos indígenas.⁸³

⁸³ Comunicación con Miguel Vázquez, asesor de ONIC.

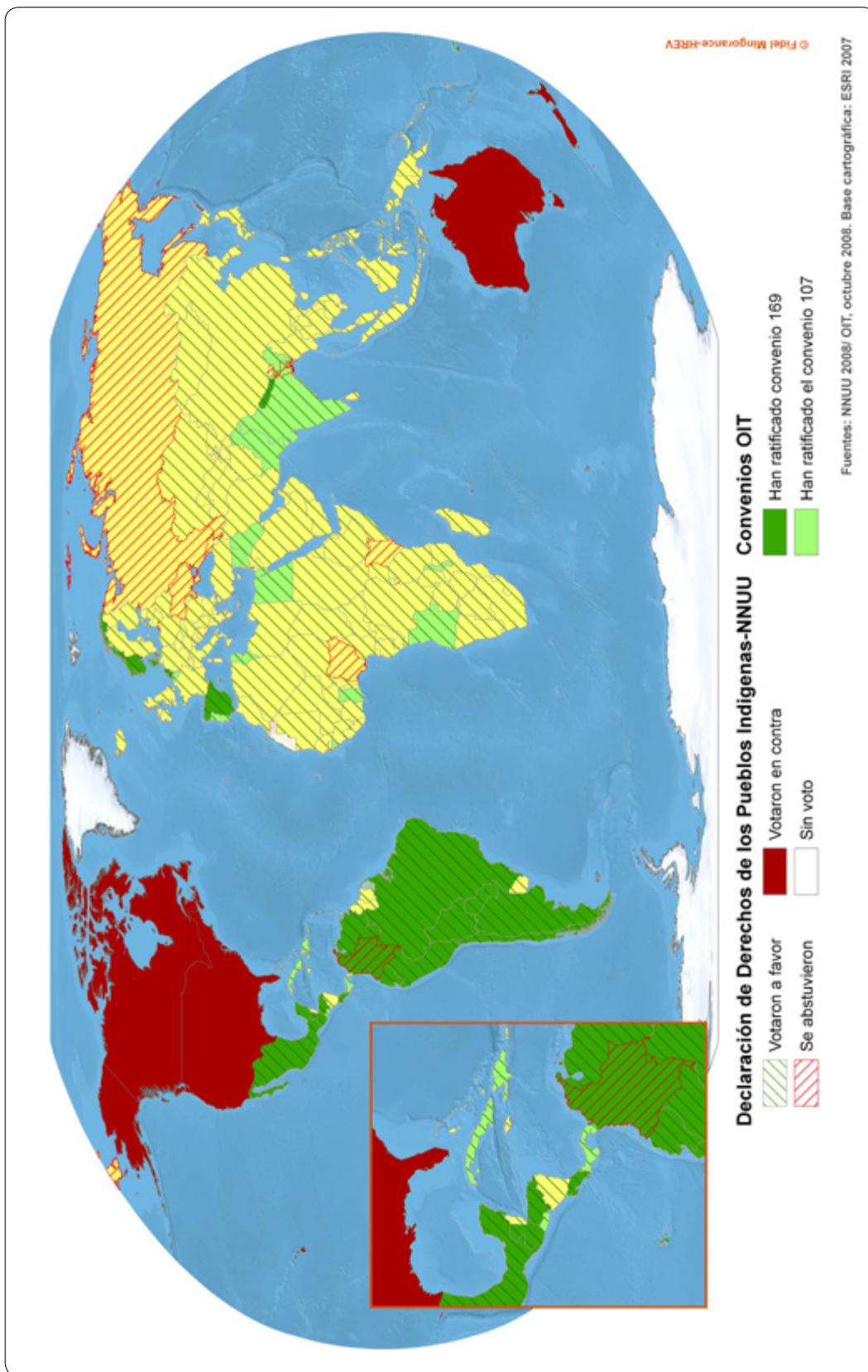
conclusión

El estudio del marco legal de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia muestra la influencia mutua entre la política y la ley y cómo se convierten ambas en instrumentos de intereses opuestos. Por una parte, la Constitución de 1991 prevé una excelente base para el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, tendencia que se vio reforzada con la ratificación del Convenio OIT N° 169. El constante trabajo de la Corte Constitucional ha hecho posible que los derechos y principios recogidos en estos textos legales hayan sido aplicados en gran número de casos concretos, y de esta manera la Corte ha contribuido a que la ley sea aplicable a todos. En el caso de los pueblos indígenas, la Corte ha intentado hacer real y efectivo el reconocimiento por la Constitución de la diversidad cultural como un principio fundamental de la nación. Al realizar la difícil labor de interpretación cultural, la Corte ha mostrado que la Constitución puede ser igualmente válida y pertinente para todos los grupos étnicos y culturales que coexisten dentro de lo que la Corte denomina la nación multicultural colombiana. Especialmente importante ha sido también comprender que las tierras y los territorios son fundamentales para la protección de la integridad económica, social y cultural de los pueblos indígenas. Las comunidades indígenas tienen derechos fundamentales de igual forma que cada individuo tiene los suyos y la mejor manera de proteger estos derechos es reconociendo su autonomía sobre sus tierras y sus recursos. El movimiento indígena ha comprendido las posibilidades que le ofrece la justicia constitucional e internacional y se ha convertido en un experto en utilizar estos mecanismos para proteger sus derechos.

Por otro lado, estos avances en la protección legal de los derechos de los pueblos indígenas distan mucho de reflejarse de forma adecuada en la vida real. Desde la redacción de la Constitución ha habido siempre un gran vacío entre el reconocimiento formal de los derechos de estos pueblos y la actual situación de los derechos humanos en Colombia. Dicho vacío se va reduciendo en la actualidad, aunque lamentablemente no porque la situación de los pueblos indígenas esté mejorando, sino porque las reformas legislativas están menoscabando la protección legal de sus derechos. Tanto el Decreto n° 1320, como el Código de Minas, la Ley Forestal y la

Ley Estatuto de Desarrollo Rural contribuyen a reducir la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios. Una tras otra, las reformas legales son presentadas para favorecer los intereses económicos de los inversores y de las compañías comerciales antes que los de los indígenas y de las comunidades negras y campesinas, que dependen de la tierra para su supervivencia física y cultural. Algunas de estas leyes y algunos de estos decretos son claramente inconstitucionales y van en contra de la ley internacional de derechos humanos. Tanto la Corte Constitucional como la OIT han comunicado en repetidas ocasiones a las autoridades de Colombia que su comportamiento habitual es ilegal y que debe ser adaptado de conformidad con el Convenio OIT N° 169. En este contexto, hoy más que nunca es importante que los defensores de los derechos humanos en general y de los derechos de los pueblos indígenas en particular, continúen utilizando todos los medios de que dispongan para luchar contra la reducción de sus derechos constitucionales y proteger la dignidad de la Constitución.

MAPA 1. Tratados internacionales de derechos de los pueblos indígenas



Sobre el papel, Colombia tiene uno de los sistemas más avanzados del mundo para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Tristemente, la realidad es bien diferente. La abundancia de recursos naturales en las tierras indígenas se convierte en detonante de la violación de sus derechos fundamentales tanto por parte del Estado como de grupos armados ilegales y empresas privadas en busca de beneficio económico.

Este estudio pretende dar una breve introducción al marco legal para los derechos de los pueblos indígenas a territorios y recursos naturales. Esta cuestión no se limita al tema de derechos de propiedad, sino que, cuando se trata de pueblos indígenas, existe una amplia gama de derechos fundamentales que está inseparablemente vinculada al concepto de territorio. Entre ellos se cuentan el derecho a la vida y a la salud así como el derecho a la integridad étnica, social y cultural.

El estudio examina el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 1991 hasta el presente, así como en el derecho internacional de derechos humanos. Se analiza también la actual oleada de nuevas leyes que regulan la administración territorial y la extracción de recursos naturales y sus posibles consecuencias para los pueblos indígenas.

Las conclusiones son alarmantes: las reformas legales recientes socavan la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales, y favorecen los intereses económicos de los inversores y de las compañías comerciales antes que los de comunidades que dependen de la tierra para su supervivencia física y cultural. Algunas de estas leyes son claramente inconstitucionales y van en contra de la ley internacional de derechos humanos.

La comprensión de las bases legales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas es necesaria para proteger sus territorios y recursos ancestrales de la explotación. La finalidad de este estudio es contribuir a este proceso de empoderamiento.

este estudio hace parte de

Tierra Profanada: Impacto de los megaproyectos en Territorios Indígenas de Colombia

