

JUAN PABLO MUÑOZ ONOFRE

La brecha entre el reconocimiento y la implementación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas: análisis sobre su configuración en las normas, las políticas y los jueces, tras la aprobación de la Constitución Política de 1991.

**Universidad del Rosario
Maestría en Derecho Administrativo
Facultad de Jurisprudencia
Bogotá D.C., 2014**

JUAN PABLO MUÑOZ ONOFRE

La brecha entre el reconocimiento y la implementación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas: análisis sobre su configuración en las normas, las políticas y los jueces, tras la aprobación de la Constitución Política de 1991.

Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario para obtener el Título de Magister en Derecho Administrativo

Directora de tesis: Dra. Gloria Amparo Rodríguez

Semestre I, 2014

AGRADECIMIENTOS

El empeño, las largas horas de lectura y reflexión aquí depositadas, son mi gratitud a la vida; esta gran oportunidad de desaprender para comprender, ha sido una satisfactoria recompensa. Mi gratitud es también para los pueblos indígenas; la justicia de sus causas es la misma que inspira mi apuesta por el derecho.

Son muchas las personas a quienes debo agradecer por sus diversos aportes a este trabajo, por sus afectos y conocimiento brindado, gracias.

A mi guía y amiga, la Dra. Gloria Amparo Rodríguez, toda mi gratitud por su siempre oportuna y constructiva orientación en el desarrollo de este trabajo. Su labor, vitalidad y perseverancia, inspiran a quienes optamos por poner nuestros aprendizajes y esfuerzos al servicio de los derechos, la diversidad y la justicia social y ambiental.

Al profesor Manuel Fernando Quinche por sus valiosos consejos y aportes, como por su permanente y generosa disposición.

A mi familia por su presencia, cuidado y apoyo incondicional. A mi madre y mi padre, cuya confianza, paciencia y amor, acompañaron y motivaron en todo momento este camino de estudio. A mi hermano Darío, gracias por cada charla, consejo y voz de aliento.

A Cata, mi cómplice en esta y muchas otras aventuras.

“Una concepción satisfactoria del desarrollo debe ir
mucho más allá de la acumulación de riqueza”

Amartya Sen

ÍNDICE

ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL RECONOCIMIENTO Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS.	19
1. Los derechos territoriales indígenas en Colombia.....	19
1.1. El período colonial.	20
1.1.1. Derecho y administración colonial.....	22
1.1.2. Reducciones de indios y tierras comunales de resguardo.....	25
1.1.3. Rasgos de una política colonial de tierras indígenas.	28
1.2. El período republicano hasta los años finales del siglo XX.	31
1.2.1. Un Estado vacilante: Políticas de división, protección y asimilación.	32
1.2.2. Los cimientos de un movimiento social indígena nacional y de cierto posicionamiento normativo e institucional.....	37
2. Los Derechos Territoriales Indígenas en el ámbito internacional.	41
2.1. El Convenio 107 y la Recomendación 104 de la OIT de 1957.	44
2.2. El Convenio 169 de la OIT de 1989.....	46
2.3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.....	53
2.4. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	60
Conclusiones	63
CAPÍTULO II. LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: AVANCES Y LÍMITES NORMATIVOS.	65
1. La Constitución Política de 1991 como contexto de las disputas territoriales de los pueblos indígenas.	66
2. Propiedad sobre la tierra y sus recursos.	69

2.1. Los resguardos indígenas tras una nueva apuesta de reforma agraria.	72
2.2. Las amenazas al territorio durante el primer lustro del siglo XXI.	75
3. Autonomía y ordenamiento territorial.	86
4. Participación y consulta previa.	95
5. Territorios indígenas y ordenamiento ambiental.	103
Conclusiones	112
CAPÍTULO III. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO ESCENARIO DE LAS DISPUTAS POR LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS	115
1. Un escenario <i>de disputa en disputa</i>	115
2. Las cuestiones indígenas en los Planes Nacionales de Desarrollo y los documentos Conpes.	121
2.1. Los Conpes 1726 de 1980 y 2082 de 1984.	124
2.2. Los Planes Nacionales de Desarrollo y los documentos Conpes posteriores a 1991.	128
3. Los derechos territoriales de los pueblos indígenas en las políticas, los planes, programas y proyectos de los Planes Nacionales de Desarrollo y los documentos Conpes: El territorio y su administración.	137
3.1. La <i>revalorización</i> del territorio en las políticas públicas.	140
3.2. La <i>administración</i> del territorio en las políticas públicas.	147
Conclusiones	155
CAPÍTULO IV. EL DERECHO AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LAS DECISIONES DE LOS JUECES: LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS DISPUTAS TERRITORIALES INDÍGENAS.	157
1. La función judicial y los derechos indígenas en la Constitución Política de 1991.	158
1.1. El <i>litigio estratégico</i> de los pueblos indígenas.	160
2. La protección judicial de los derechos territoriales indígenas en Colombia.	163
2.1. Propiedad sobre la tierra y los recursos.	165
2.1.1. La propiedad colectiva como derecho fundamental.	166
2.1.2. El reconocimiento del derecho al territorio.	168

2.2. Derecho a la autonomía y ordenamiento territorial	172
2.3. Consulta previa y Consentimiento Libre, Previo e Informado.	180
2.4. Territorios indígenas y ordenamiento ambiental.	189
2.5. Conflicto armado y desplazamiento del territorio.	194
Conclusiones.	198
LA EXISTENCIA DE UNA <i>BRECHA DE IMPLEMENTACIÓN</i> DE LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN COLOMBIA.	200
CONCLUSIONES	206
REFERENCIAS	212

ABREVIATURAS

ANLA	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.
ANH	Agencia Nacional de Hidrocarburos.
ANM	Agencia Nacional de Minería.
BID	Banco Interamericano de Desarrollo.
BM	Banco Mundial.
CECOIN	Centro de Cooperación al Indígena.
CNRNR	Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CLPI	Consentimiento libre, previo e informado.
CSPPDF	Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado.
CONI	Consejo Nacional Indígena.
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social.
CRIC	Consejo Regional Indígena del Cauca.
CP	Constitución Política de Colombia.
CORMAGDALENA	Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena
CODECHOCO	Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
DNP	Departamento Nacional de Planeación.
FMI	Fondo Monetario Internacional.
FDR	Fondo Nacional de Desarrollo Rural.
INCORA	Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.
INCODER	Instituto Colombiano de Desarrollo Rural.

INAT	Instituto Nacional de Adecuación de Tierras.
INPA	Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura.
INDERENA	Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente.
LOOT	Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.
MP	Magistrado Ponente.
MADS	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
MAVDT	Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
ONG	Organización No Gubernamental.
ONIC	Organización Nacional Indígena de Colombia.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
PND	Plan Nacional de Desarrollo.
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
PRODEIN	Programa Nacional de Desarrollo de las Poblaciones Indígenas.
SMLMV	Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.
SINAP	Sistema Nacional de Áreas Protegidas.
SPNN	Sistema de Parques Nacionales Naturales.
UAESPNN	Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales.
UPME	Unidad de Planeación Minero Energética.
ZMI	Zonas Mineras Indígenas.

INTRODUCCIÓN

El origen de mi interés por el estudio de la problemática territorial de las poblaciones indígenas se remonta al año 2009. Fue en aquel entonces, cuando en el marco de mi último semestre académico como estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, y más precisamente en mi condición de colaborador en la línea de investigación en Derecho Ambiental dirigida desde entonces por la Dra. Gloria Amparo Rodríguez, también directora del presente trabajo, que tuve la oportunidad de experimentar un primer acercamiento académico a esta temática.

Mi modesto aporte al proyecto sobre conflictos ambientales que en ese momento concentraba los esfuerzos de la línea de investigación, consistía en el análisis de los expedientes de algunos procedimientos de licenciamiento ambiental adelantados por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - MAVDT, en los que la ejecución de proyectos, obras o actividades planteaban conflictos con comunidades afectadas por los mismos, entre ellas, los pueblos indígenas. Dicho análisis contemplaba entre otros aspectos, el de la documentación relativa a los diferentes estudios ambientales, los conceptos técnicos, las actas suscritas como memoria de los mecanismos de participación ambiental, así como los actos administrativos de trámite y decisorios propios de estos procedimientos.

Fue en el marco de este ejercicio en el que al ver de primera mano el inquietante número de conflictos ambientales originados por la implementación de proyectos de desarrollo en los territorios de los pueblos indígenas, surgieron en mí algunas primeras claridades y cuestionamientos. Creí haber identificado en aquel momento el escenario determinante del desconocimiento de los derechos de aquellas culturas que desde niño había admirado más con curiosidad y simpatía que de otra manera. Esta impresión fue una año más tarde la semilla del problema de investigación que opté por abordar iniciando mis estudios en la Maestría en Derecho Administrativo a la cual se circunscribe este trabajo de tesis.

Luego, al avanzar en la revisión de varios de los textos que componen la inmensa literatura existente sobre los asuntos indígenas, mi visión sobre los procedimientos de licenciamiento ambiental, cuyo estudio en tanto escenarios de las disputas territoriales con los pueblos indígenas, se constituía hasta ese momento en el interés central de mi proyecto de tesis, comenzó a ser parte de una comprensión mayor del problema. Estas disputas territoriales cuyos rasgos técnicos y procesales en los casos de la implementación de proyectos, obras o actividades evidenciaban los expedientes de licenciamiento ambiental, entendí pronto, debían ser articuladas para su mayor comprensión, al estudio de las dinámicas jurídicas e institucionales en el marco de las cuales las mismas se generan.

Estos antecedentes permiten ya en este punto anunciar y justificar a la vez la elección que se tuvo por un tratamiento del problema de investigación que intenta ser cronológico en la mayor parte del trabajo. En efecto, las dinámicas jurídicas e institucionales mencionadas han respondido a las transformaciones experimentadas por el Estado colombiano en distintos momentos de su historia. El abordaje con esta perspectiva permite entonces entender de qué manera los escenarios en que se adelantan las disputas por el reconocimiento y la eficacia de los derechos territoriales indígenas, no han sido siempre los mismos o se han articulado entre ellos de la misma manera.

Ahora bien, no siendo ésta una tesis de contenido histórico, la mirada propuesta se detiene en las disputas por el reconocimiento y la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, enmarcadas en las transformaciones políticas y normativas que se produjeron en el país tras la aprobación de la Constitución Política de 1991. Si bien este hecho, tal como se deja en claro en varios apartes del trabajo, no puede ser entendido como *el* momento coyuntural a partir del cual se justifique el posicionamiento político que hoy se puede afirmar sin vacilación, ostentan estos pueblos; lo cierto es que a partir esos años comienzan a ser transformados los discursos invocados para la reivindicación de los derechos indígenas, así como variadas las instancias y autoridades ante las cuales serían éstas presentadas.

Es pues a partir de lo anterior que el presente trabajo de tesis busca responder a la siguiente pregunta: ¿Cómo se caracterizan las disputas que, en el marco del ordenamiento jurídico e institucional de la Constitución Política de 1991, han llevado a la existencia de una contraposición entre el reconocimiento y la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia? Nuestra hipótesis consistiría entonces en afirmar que tal contraposición ha sido el resultado de pugnas con expresiones normativas, administrativas y judiciales, que estando determinadas por factores sociales, políticos, económicos y culturales, han llevado a una contradicción manifiesta entre la existencia de un reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el ordenamiento constitucional e internacional y su falta de implementación.

Nuestro objetivo general será el de caracterizar tales disputas desde una mirada a sus antecedentes históricos y posterior configuración en el marco del ordenamiento constitucional de 1991, a instancias de la expedición de las normas, la formulación de las políticas y el control judicial constitucional. Para estos efectos se establecen a su vez cuatro objetivos específicos:

1. identificar la existencia de unos antecedentes históricos que ilustren acerca de lo que han sido en nuestro país estas disputas y su vínculo con las transformaciones del Estado, sus instituciones y las políticas sobre las poblaciones indígenas y sus tierras;
2. evidenciar la coyuntura que supuso en las relaciones entre el Estado colombiano y los pueblos indígenas la aprobación de la Constitución Política de 1991, para analizar desde allí los avances y límites normativos de carácter legal y reglamentario producidos en cuanto a los derechos territoriales de estas poblaciones en el marco de su vigencia;
3. establecer las limitaciones a la implementación de estos derechos en cuanto objetos de las políticas públicas del orden nacional; y

4. evidenciar la existencia de un proceso de judicialización de las disputas territoriales con los pueblos indígenas y su vínculo con los déficits de eficacia que tienen estos derechos en los ámbitos legislativo y administrativo del Estado.

Por su parte, el abordaje del problema de investigación formulado se realiza en el presente trabajo a través de una metodología, que desde un enfoque cualitativo, permita realizar un estudio descriptivo¹ sobre las características de las disputas que subyacen a la contraposición entre el reconocimiento y la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia. Así mismo, al estar centrada en las disputas, esta descripción se ubica al tiempo en una perspectiva crítica del derecho, pues propone develar dicha contraposición a través de su manifestación, sí en la producción legislativa, administrativa y judicial del derecho y las políticas, pero articulada a los conflictos del orden político, económico, ambiental y cultural que la condicionan².

Para el desarrollo del mismo son analizadas cuatro tipos de fuentes documentales de información: 1. fuentes de carácter normativo (Constitución, documentos de políticas, Leyes, Decretos, Resoluciones, Directivas, etc.) 2. fuentes institucionales obtenidas a través de la presentación de derechos de petición, 3. fuentes jurisprudenciales y, 4. Fuentes de carácter doctrinal.

Pues bien, la existencia en nuestro país de 102 pueblos indígenas³ asentados el 79% de ellos en zonas rurales de 28 de los 32 Departamentos del país (DNP, 2012), es por sí misma una razón que invita a reflexionar acerca de la importancia que revisten estas poblaciones para la idea de una nación diversa y multicultural. Si bien esto último se constituye en uno de los reconocimientos más importantes incorporados por la Constitución Política de 1991,

¹ “En este nivel de investigación se establecen relaciones entre variables; relaciones de asociación o covarianza entre ellas” (Sandino, 2009: 102).

² Uno de los objetivos que Warat (citado por Wolkmer, 2003: 33) enuncia como “condiciones para instituir cualquier teoría que intente hacer real una crítica plenamente satisfactoria del fenómeno jurídico”, es aquel que busca “denunciar cómo las funciones políticas e ideológicas de las concepciones normativistas del derecho y del Estado están apoyadas en la ilusoria separación del derecho y de la política y en la idea utópica de la primacía de la ley como garantía de los individuos”.

³ De acuerdo con el Censo de 2005, en el país existen 84 pueblos indígenas. Sin embargo, la cifra de 102 pueblos, que ha sido reivindicada por la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC, es hoy incorporada de manera relativamente pacífica a los instrumentos de política pública (DNP, 2012).

la realización de la misma ha debido producirse en el marco de la sí más decidida implementación de un modelo de desarrollo y de aprovechamiento del territorio nacional, que busca responder a las necesidades que demanda la inserción del país en una economía de mercado global.

La pugna que plantea la realización de ambos intereses considerados generales⁴ y respaldados por el ordenamiento constitucional, se aprecia con mayor claridad si al estudio de sus manifestaciones históricamente centradas, de manera principal más no exclusiva, en el ámbito administrativo; se le articula con el de aquellas configuradas en el marco de las funciones legislativa y judicial del Estado. Como ejemplo puede retomarse nuestro interés original por el estudio de los procedimientos administrativos de licenciamiento ambiental; podríamos decir desde allí que a la luz de esta perspectiva, las disputas territoriales que en estos procedimientos se desarrollan, no pueden ser integralmente comprendidas sino a través de una mirada a las políticas y las normas legales y reglamentarias que en los últimos años han estado orientadas, por un lado a promover las inversiones privadas en infraestructura y extracción de recursos naturales y, por el otro, a reducir las exigencias, los requisitos y los tiempos de la evaluación ambiental en tales procedimientos.

Adicional a ello, una comprensión integral del problema, no puede ser ajena al importante papel que tras la revalorización de la eficacia normativa de la Constitución Política producida con la reforma de 1991, adquieren en el desarrollo de estas disputas los jueces constitucionales. Siguiendo con el ejemplo de las disputas territoriales desarrolladas en el marco de los procedimientos de licenciamiento ambiental, podríamos señalar la incuestionable necesidad que hoy demanda a quien se interese en el estudio de las mismas desde una perspectiva académica o profesional, de conocer los pronunciamientos jurisprudenciales a través de los cuales la Corte Constitucional ha fijado el contenido y alcance de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas de propiedad colectiva, autonomía o consulta previa.

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Pues bien, con el objeto de intentar dar respuesta a la pregunta que se plantea este trabajo, su desarrollo será presentado en cuatro capítulos. En el primero de ellos se realiza una aproximación histórica a lo que hemos dado en llamar un proceso de reconocimiento y configuración normativa de los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Allí se busca mostrar de qué manera y bajo qué condiciones la tierra ha sido el eje fundamental de las relaciones entre los pueblos indígenas, los poderes de gobierno y la sociedad mayoritaria. Para ello se propone una mirada que abarca el origen de las disputas territoriales indígenas tras la conquista española, pasando por su gestión gubernamental durante el período colonial y el republicano anterior a 1991, así como un breve recuento del reconocimiento de estos derechos en el marco del derecho internacional.

Una mirada histórica como esta permitirá advertir la relación existente entre las normas (nacionales e internacionales) relativas a la propiedad y manejo de las tierras indígenas, y el enfoque de las políticas que hasta inicios de la última década del siglo pasado guiaron el gobierno sobre estas poblaciones. En particular, hablamos tanto del *régimen tutelar* que con sustentos evangelizadores vinculó al entero de la administración colonial a la protección de las tierras comunales de los pueblos indígenas, así como de la concepción *asimilacionista* en virtud de la cual, una vez constituida la República, se impulsaron unas veces medidas de división y otras de preservación de resguardos.

Ahora bien, un segundo capítulo se centra por su parte en el estudio de las disputas por el reconocimiento y la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas desde el punto de vista de los avances y límites normativos en la materia, producidos tras la aprobación de la Constitución Política de 1991. Tal como ya lo mencionábamos, si bien sería ingenuo reducir a este único acontecimiento político-normativo toda una historia de luchas sociales y políticas emprendidas por los indígenas desde la conquista misma, lo cierto es que el nuevo marco constitucional que allí fue establecido, trazaría las pautas para una transformación en el *contenido* de estas disputas, así como en las instancias o *ámbitos* en donde éstas habrían de desarrollarse.

Tras los avances en cuanto a la legalización de tierras producidos en la década de los ochenta, puede afirmarse que la defensa de los derechos indígenas sobre sus tierras y territorios durante los años de vigencia de la Constitución Política de 1991, ha consistido por un lado en hacer frente al despojo violento en el marco de un conflicto armado interno que no cesa, así como en el aprendizaje que supondría la inserción de sus territorios en el marco de las pugnas políticas y normativas en torno a aspectos como el ordenamiento territorial del Estado, las políticas de extracción de los recursos naturales o la adopción de otras de carácter ambiental.

A partir de la selección de cuatro aspectos de análisis que a nuestro juicio integran las dimensiones del reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, este capítulo intenta dar cuenta de las disputas normativas en las que esa defensa de la que hablamos ha debido insertarse en estos años. Esos criterios de análisis de fuerte contenido administrativo son el de los derechos de propiedad sobre la tierra y los recursos naturales, el de los derechos de autonomía en el marco del ordenamiento territorial del Estado, el de los derechos de participación y consulta previa, y el de los derechos territoriales en el marco del ordenamiento normativo ambiental.

Un tercer capítulo está centrado en el análisis de las disputas territoriales indígenas en el marco de la formulación de las políticas públicas. Tras una revisión de los Planes Nacionales de Desarrollo – PND y los documentos expedidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social - Conpes, que desde los años ochenta comienzan a incorporar con decidido interés las cuestiones indígenas como objeto de sus planes, programas y proyectos; advertimos allí de qué manera la adopción de políticas públicas en el orden nacional en la materia, ha sido un escenario no desprovisto de pugnas. Éstas últimas adquieren a partir de los años noventa un particular carácter, pues como allí se mostrará, la implementación en estos años de una determinada perspectiva de políticas públicas, se vio acompañada así mismo por la de un modelo de desarrollo que revaloriza el territorio nacional y dispone lineamientos para su administración.

Para el desarrollo de lo anterior, un rasgo del análisis de las políticas públicas propuesto en este capítulo, consiste en advertir los límites que supone para una mejor comprensión de la naturaleza y contenido de las disputas por el reconocimiento y efectividad de los derechos territoriales que allí se expresan; el hecho de reducir el estudio de las mismas a los capítulos o secciones sobre asuntos étnicos que desde el gobierno de Ernesto Samper Pizano (1994-1998) comienzan a incluir sin falta los PND de los sucesivos gobiernos. Es más bien a partir de un análisis centrado en algunas políticas estatales que durante estos años han buscado implementar un determinado modelo de aprovechamiento y administración del territorio, que en este capítulo se aspira a dar cuenta de esa naturaleza y contenido de las disputas territoriales.

En el cuarto capítulo se buscará mostrar por su parte el que ha sido un desarrollo de la naturaleza, contenido y alcances de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el marco de la función judicial. Resultado de la revalorización de la fuerza normativa de la Constitución Política que se produce en el año 1991, la Corte Constitucional adquirió desde entonces un rol esencial en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Dos aspectos buscaremos poner de presente allí: por un lado, la apuesta de los pueblos indígenas por la reivindicación de sus derechos territoriales a través del ejercicio de las acciones de tutela y constitucionalidad; al respecto se hará mención a la constitución de estos pueblos como *litigantes estratégicos*. De otro lado, se buscarán mostrar algunos rasgos de los contenidos y alcances de los derechos territoriales fijados por la Corte Constitucional en sus sentencias. Esto último se desarrollará a partir de jurisprudencia relativa a los cuatro aspectos de análisis que señalamos fueron seleccionados en el marco de este trabajo como configuradores de un reconocimiento integral de los derechos territoriales indígenas.

Finalmente, en una última sección se buscará establecer un diálogo entre las disputas en torno a los derechos territoriales de los pueblos indígenas estudiadas en el caso colombiano y aquellos rasgos de la evaluación que desde la Relatoría Especial de los Derechos de los

Pueblos Indígenas de la ONU se hizo sobre el estado de la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas en varios países en el mundo, cuyo resultado fue diagnosticado señalando la existencia de una *brecha de implementación* de estos derechos.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL RECONOCIMIENTO Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS.

Hablar del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, es hablar de un largo proceso histórico cargado de fuertes tensiones entre éstos, la sociedad hegemónica y los poderes de gobierno. Estas tensiones del orden jurídico, político, cultural y económico han sido objeto de una regulación normativa cuyas transformaciones a lo largo del tiempo han sido fiel reflejo de aquellas producidas en las políticas internacionales y estatales en esta materia. El objetivo de este capítulo será pues el de realizar un acercamiento histórico cuya pretensión no irá, sin embargo, más allá de establecer el marco del que ha sido un proceso de incorporación o sometimiento de las disputas por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras a las instituciones y normas jurídicas de los ámbitos nacional e internacional.

De acuerdo a lo anterior, se realizará en este capítulo una presentación que estará constituida en dos partes: Una primera en la que buscaremos mostrar los derechos indígenas sobre sus tierras a la luz de sus transformaciones normativas e institucionales en Colombia, primero en el período colonial y luego en el republicano previo a la Constitución de 1991. Un segundo apartado estará dedicado, por su parte, a la exposición de estas transformaciones producidas en el ámbito internacional hasta nuestros días.

1. Los derechos territoriales indígenas en Colombia.

Las disputas por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras se enmarcan en las transformaciones políticas y normativas que en el tiempo ha experimentado el Estado Colombiano. Tres momentos o períodos históricos a partir de los cuales nos proponemos dar cuenta del desarrollo de las mencionadas disputas son: 1. un período iniciado tras la llegada española a tierras americanas finalizando el siglo XV y hasta el advenimiento de la independencia, 2. aquel marcado por la instauración de la

República hasta los años finales del siglo XX, y 3. un último iniciado tras la aprobación de la Constitución Política de 1991 hasta nuestros días.

Así pues, en esta sección buscaremos dar cuenta de las disputas por el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas enmarcadas en los dos primeros períodos. El tercero de ellos será abordado por su parte en el segundo capítulo, al ser propuesto en este trabajo de tesis, como coyuntural en el desarrollo de éstas disputas en el país; pues a partir de esos años fueron posibles nuevos discursos, así como abiertos nuevos espacios democráticos y judiciales para el desarrollo de las mismas.

1.1. El período colonial.

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios es una problemática cuya trascendencia para el pensamiento occidental se inicia con el descubrimiento de América. El encuentro entre los europeos y el “nuevo mundo” producido durante los siglos XV y XVI supuso el surgimiento de hondos debates de carácter filosófico y jurídico, y en este marco, la cuestión relativa a la legitimidad de la conquista y ocupación de los territorios descubiertos y previamente poblados por estos pueblos, se convertiría desde entonces en el centro de variadas y opuestas disertaciones.

Fueron de distinta índole los argumentos que llegaron a ser esgrimidos en favor de dicha legitimidad. Uno de gran peso fue la obtención de títulos jurídicos oponibles a otros imperios europeos, asunto éste que nunca dejó de inquietar a los Reyes Católicos y que fue finalmente satisfecho por el Papa Alejandro VI, quien actuando como máximo vocero de Dios en la tierra y bajo el entonces común entendido según el cual “era lícito apropiarse de los países recién descubiertos que pertenecieran a príncipes no cristianos” (Konetzke, 1974: 21), concedió a los monarcas españoles dichos títulos a través de las llamadas *Bulas Alejandrinas* del año de 1493, invistiéndolos así, en virtud de éstas, de una “plena y libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción” (Konetzke, 1974: 24) sobre estos territorios.

Ésta no fue sin embargo la única razón invocada como justificación del dominio que ejercían los monarcas españoles, otras fueron el hecho mismo del descubrimiento y ocupación, así como las tesis de la guerra justa⁵ y el salvajismo de los pobladores de estos territorios (Díaz, 1992). Justamente esta última fue una de las cuestiones abordadas en las discusiones de la época, ya que no había acuerdo respecto a la naturaleza humana o salvaje de los indígenas, pues mientras que, para aquellos que sostenían lo primero, correspondía reconocer en ellos su condición de seres racionales y libres, quienes consideraban lo segundo, afirmaban desde posturas filosóficas de origen aristotélico, se trataba de seres desalmados, carentes de capacidad para decidir acerca de sus destinos y, por ende, aptos para la servidumbre (Díaz, 1992).

Tal vez la primera de las voces críticas del abuso y maltrato español sobre los indígenas la constituye el *Sermón de Adviento* pronunciado en el año de 1511 por el fraile dominico Antón de Montesinos (citado por De las Casas, 1986: 13), quien en nombre de su comunidad denunció tal situación:

Yo que soy voz de Cristo en el desierto desta isla... Esta voz, dijo el, es que todos estáis en pecado mortal, y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin darles de comer ni curarlos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día?

⁵ De acuerdo con el pensamiento de Tomás de Aquino, “[t]al carácter exige ante todo que la apelación a las armas constituya la *última ratio*, es decir, que sea el único procedimiento para llegar a la paz (...) Pero, además, es preciso que reúna conjuntamente estas cuatro condiciones: 1ª, causa justa; 2ª, autoridad legítima; 3ª, recto ánimo; 4ª, recta manera de hacerla” (Sepúlveda, 1996: 18). La aplicación de este planteamiento a la realidad de la conquista española de América, es abordada y resuelta en el pensamiento de Juan Ginés de Sepúlveda a partir de cuatro justificaciones: 1. La superioridad cultural en virtud de la cual los bárbaros han de ser sometidos; 2. El deber español de guiar a estos pueblos paganos hacia el cumplimiento de la ley natural; 3. El deber español de impedir la práctica indígena de sacrificar inocentes; y 4. El deber español de mostrar a estos pueblos el camino de la verdadera religión. (Sepúlveda, 1996: 28-35).

Es a partir del pensamiento iusnaturalista expuesto por la escolástica europea que comienzan a ser elaborados una serie de planteamientos orientados a la impugnación, tanto de la legitimidad de la ocupación europea en América, como de la legalidad de los títulos otorgados por el Papa. En esta corriente fueron destacados los aportes de los frailes dominicos Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria (Anaya, 2005), quienes asumieron, a su manera, posiciones críticas hacia la campaña de exterminio y desposesión librada por los españoles en contra de los pueblos indígenas.

En sus planteamientos, Vitoria se ocupó de cuestionar la validez universal de los dictados normativos del Papa y el emperador, reivindicando para ello la existencia de un derecho natural y de gentes, el cual, en virtud de su origen divino, resultaba aplicable, sin distinción, a todos los hombres de la tierra (Hernández, 1992). Fue desde este ordenamiento superior que Vitoria defendió el carácter humano y racional de los indígenas, señalando a su vez que éstos pueblos “poseían ciertos derechos de autonomía y títulos sobre sus tierras que los europeos estaban obligados a respetar” (Anaya, 2005: 39).

Es pues en este contexto de controversia y debate en el cual se dio inició al desarrollo de la normatividad colonial sobre indios. Dichas controversias llegarían a ser transversales a las políticas de la Corona hacia estas poblaciones en relación con aspectos que resultaron claves para los asuntos relativos a sus tierras, como es el caso ya señalado de su condición humana o salvaje, pero también de su civilización y protección, así como de su capacidad y evangelización (Díaz, 1992). Los rasgos de ésta política colonial de gobierno han sido descritos a la luz de la doctrina de la *tutela*, la cual se caracterizó como una visión proteccionista y misional hacia los indígenas, y cuyo sustento es el presupuesto de su condición subordinada y vulnerable.

1.1.1. Derecho y administración colonial.

Tras la conquista y sometimiento de los indígenas americanos por parte del imperio español, el empeño de la Corona estuvo enfocado en lograr, de una manera articulada, su evangelización y gobierno. En relación con la primera, hay que decir, respondía al

cumplimiento que debían los monarcas del mandato impuesto por las ya mencionadas Bulas de 1493 del Papa Alejandro VI, consistente en la conversión de los indígenas a la fe cristiana; obligación que condicionó el sustento jurídico que dieron estos documentos pontificios a la ocupación española en América⁶ (Konetzke, 1974).

La idea de dar a los indios una “instrucción cristiana” encontró también fundamento para los españoles en su firme convencimiento de adelantar, en relación con estas poblaciones, concebidas salvajes y primitivas, toda una campaña civilizadora, pues solo ello permitiría su progresiva incorporación a la nueva sociedad colonial. Este proyecto “civilizador” de los indígenas respondió también al desprecio español por la cultura indígena, pues tal como se desprende de los pensamientos del jurista español Juan de Solórzano (citado por Malagón J. & Ots. Capdequí, 1965: 58), uno de los deberes españoles en relación con estas poblaciones, era el de “quitar sus idolatrías, borracheras, ociosidad, desnudez y otros vicios que casi en todos son generales”.

Otro objetivo de la corona española fue naturalmente el de asegurar el gobierno y obediencia de los ahora indígenas vasallos. En esta empresa fue clave la consolidación de todo un aparato burocrático y jurídico necesario para atender los asuntos propios de las Indias, pues habría de asegurarse no solo un mayor provecho de los recursos existentes en estas tierras, sino el establecimiento de una organización social y política que permitiera, entre otras cosas, el pago y recaudo de tributos, cuyos ingresos eran fundamentales para el sostenimiento de un imperio en expansión como el español de entonces (Suescún, 2001).

De esta manera, con el objeto de atender las necesidades administrativas y gubernamentales propias de las Indias, la corona española se valió de la progresiva consolidación de un *Derecho Indiano* constituido, tanto por todas aquellas normas –

⁶ El vínculo existente entre la donación papal y el cumplimiento de este mandato se evidencia al dar una mirada al contenido de la bula *Intercaetera* primera del 3 de mayo de 1493 (citado por Dougnac, 1994: 28-29): “a vos y vuestros herederos los reyes de Castilla y León... todas y cada una de las tierras e islas ya citadas, así las desconocidas como las hasta ahora descubiertas por vuestros enviados y las que bajo el dominio de otros señores cristianos no estén constituidas en el tiempo presente (y) os mandamos, en virtud de santa obediencia, que, conforme ya prometisteis y no dudamos dada vuestra gran devoción y magnanimidad real que lo haréis, que debéis destinar a las tierras e islas citadas varones probos y temerosos de Dios, doctos, peritos y expertos para instruir a los residentes y habitantes citados en la fe católica e inculcarles buenas costumbres”.

Cédulas, Instrucciones, Ordenanzas, etc.- orientadas a los asuntos del nuevo mundo, usualmente englobadas bajo la expresión “Leyes de Indias”⁷, y que fueron expedidas por distintas autoridades, bien peninsulares o bien asentadas en las propias Indias, y de otro lado, por los derechos consuetudinarios indígenas, siempre “que no se encuentren con nuestra sagrada religión ni con las leyes de éste libro”, tal como fuera señalado en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 (Sánchez, 1992: 91-93). Éste era además, en esencia, un derecho con carácter público y eclesiástico, pues su objeto de regulación era la iglesia en las indias, incluida la evangelización de los indígenas, así como los asuntos de gobierno, administración, milicia, justicia y finanzas (Mayorga, 2003).

Aunado a lo anterior, la complejidad de los asuntos propios de un gobierno ejercido sobre territorios ultramarinos, poblados por culturas diversas y en escenarios naturales agrestes y desconocidos, hicieron necesaria la consolidación de un conjunto de órganos y autoridades que actuaron bajo el mando de la corona, pero siempre de manera descentralizada y gozando de autonomía (Lucena, 1982). Estos órganos y autoridades conformaron una gran estructura burocrática jerarquizada, constituida por Consejos, Audiencias, Gobernadores, Virreyes, Presidentes, Oidores y Visitadores que, entre otras, fueron autoridades cuyos deberes y atribuciones sirvieron a los diferentes asuntos propios del gobierno de los territorios de las indias y de sus pobladores⁸.

Los asuntos relativos a las tierras indígenas fueron, al igual que muchos otros sobre la administración de estas poblaciones, objeto de los diferentes mecanismos de control contemplados por la Corona para ejercer la vigilancia disciplinaria sobre los funcionarios en las Indias, como lo fueron las instituciones de las Visitas y el Juicio de Residencias⁹. Así

⁷ Al ser el carácter casuístico uno de sus rasgos distintivos, el derecho indiano llegó a estar compuesto por un inmenso cúmulo de disposiciones normativas cuya dispersión terminó por entorpecer su conocimiento y acatamiento. Por esta razón, existieron varios intentos compilatorios, siendo uno muy importante la *Recopilación de Leyes de Indias* del año 1680.

⁸ La evangelización de los indígenas fue en todo caso de acuerdo con Lucena (1982), un deber transversal de las autoridades constituidas para el gobierno de las Indias.

⁹ Como ejemplo puede señalarse que a través de la *visita a la tierra* se procuró “el recuento de la población indígena y el examen de sus condiciones de vida, la tasación de los tributos y el control del cumplimiento de las normas que regulaban el régimen de encomiendas” (Jaramillo (1989) citado por Malagón, 2007: 202). Así mismo, al describir el ejercicio del control disciplinario adelantado mediante el *juicio de residencias*, por medio del cual se buscaba “comprobar el buen gobierno, la policía, y la correcta administración de justicia”,

mismo, muchas reclamaciones y conflictos sobre tierras y aguas en los que hacían parte indígenas fueron tramitadas a través del ejercicio de algunos de los recursos entonces existentes para controvertir los actos de las autoridades y órganos, como fueron los de Amparo¹⁰ y Agravios¹¹ (Malagón, 2007).

1.1.2. Reducciones de indios y tierras comunales de resguardo.

Un paso previo y necesario para adelantar con éxito el gobierno de las poblaciones indígenas debió ser el de superar las dificultades propias de su existencia dispersa, situación agravada por el hecho de ser algunas de éstas sedentarias y otras nómadas. Es por ello que los españoles optaron por su concentración y agrupamiento a través de la conformación de reducciones y pueblos de indios, figuras antecedentes de los *resguardos indígenas*¹², y cuyo surgimiento se da en el nuevo mundo hacia la tercera década del siglo XVI¹³ (Pineda, 1995; Suescún, 2001).

El agrupamiento de indios se constituye, de acuerdo con Malagón (2007), en la primera manifestación de la vida en policía en las Indias. Su implementación estuvo en gran medida orientada a consolidar la condición de súbditos de los pobladores indígenas, buscándose asegurar especialmente su evangelización, su administración –siendo en este objeto

Malagón (2007) señala cómo, entre otros aspectos, en virtud suya “se preguntaba sobre el uso y respeto de las tierras comunales de los resguardos”.

¹⁰ “Los quejosos podían ser los indios, individual o colectivamente, como en el caso de los pueblos de indios. (...) Como agraviantes se tenían a las autoridades españolas, a las autoridades indígenas y a los particulares que tuvieran alguna relación con las personas agraviadas” (Malagón, 2007: 261-262).

¹¹ Por intermedio de este recurso “se atacaban todas las conductas administrativas que causaran una lesión a un particular” (Malagón, 2007: 273).

¹² En una Real Cédula al gobernador de Guatemala del 26 de febrero de 1538 citada por De Solano (1990: 338), cuya disposición fuera luego replicada, se dijo “si no se juntan los dichos indios no pueden ser adoctrinados, y que para el remedio dello convenía que se llamasen todos los principales indios y se les diese a entender cuán conveniente cosa era juntarse... porque dello redundaría muy gran bien para sus ánimas... era necesario que sólo entendieren en se juntar y hacer sus casas y sementeras”.

¹³ Un antecedente de las primeras reducciones de indios, fue la expedición en el año de 1512 de las Ordenanzas para el buen tratamiento de los Indios, también llamadas Leyes de Burgos, en donde se dijo: “el principal estorbo que tienen los indios para enmendar sus vicios y que la doctrina no les aproveche, ni en ellos imprima, es tener sus asientos y estancias tan lejos como los tienen y apartados de los lugares donde viven los españoles” citado por De Solano (1990: 335).

destacada la administración fiscal y tributaria-, así como la prestación de sus servicios personales, cuando se tratara de indios mitayos¹⁴ (Díaz, 1992).

El surgimiento de un régimen legal de tierras indígenas bajo la modalidad de resguardos empezó a consolidarse con la expedición de las Reales Cédulas de El Pardo del año de 1591¹⁵, pues fue en virtud de estas normas que se ordenó identificar las tierras que “los indios naturales de cada pueblo habían menester para sus labranzas y crianzas y resguardos”, facultándose en ese sentido a oidores y visitadores para que asignaran a pueblos determinados, tierras inalienables en propiedad común (Martini & Mayorga, 2004: 39).

Una consecuencia de la política de reducciones que señala Suescún (2001), fue la consolidación de una sociedad colonial fuertemente jerarquizada y desigual, pues el agrupamiento de los indígenas facilitó a los conquistadores una expedita disposición de la mano de obra requerida para su provecho¹⁶, así como el acceso de éstos a grandes extensiones de tierra que, al quedar despoblada, pudo ser ocupada y apropiada por españoles que pronto devinieron en terratenientes.

Las tierras comunales o de resguardo estaban constituidas, de un lado, por aquellas fracciones de tierra destinadas al usufructo de cada núcleo familiar y en virtud de las cuales podía éste satisfacer sus propias necesidades de subsistencia, y del otro, por las tierras o “pastos comunales”, cuyas aguas, bosques y campos satisfacían también las necesidades de la comunidad pero de una manera colectiva (González, 1992: 37-40).

¹⁴ La *mita* consistía en un deber de trabajo forzoso, temporal y remunerado que recaía sobre indígenas en relación con labores de tipo doméstico, agrario y minero. Estas labores debían ser prestadas en tierras distintas de las de los resguardos, muchas de las veces en haciendas y minas cuyos patrones buscaban con frecuencia impedir el retorno de los indígenas a sus tierras de comunidad (Ots Capedequí, 1959: 92).

¹⁵ De acuerdo con Muñoz (2001), estas Cédulas representaron un importante intento de la Corona en el sentido de adelantar un juzgamiento al origen y conservación de la propiedad territorial en el nuevo reino a través de la *composición*, figura que buscó corregir los problemas derivados de la posesión ilícita de la tierra.

¹⁶ En este provecho fue clave la figura de la *encomienda* que, de acuerdo con Hernández Rodríguez (citado por Machado, 2009: 38), consistía en “un núcleo de indígenas, por lo general un clan o una tribu, que era obligada como grupo, primero, y más tarde per cápita a pagar temporalmente a un español meritorio un tributo que fijaban los oficiales de la Corona, como cesión de la carga fiscal debida al rey y con obligación para el beneficiario, entre otros deberes, de ocuparse de la catequización y adoctrinamiento de los indios”.

No existe sin embargo una única postura en relación con los derechos que les fueron reconocidos a los indígenas sobre las tierras constituidas en resguardo. Para algunos autores como Tirado (1988: 75), “no se trataba de una verdadera propiedad sobre la tierra sino de una cesión limitada, pues los resguardos nunca dejaron de ser una regalía”¹⁷. Esta postura parece encontrar sustento en las limitaciones bajo las cuales la Corona otorgaba el resguardo, que suponían, como consta en una memoria de las *Visitas a Boyacá* que reposan en el Archivo Histórico Nacional citado por González (1992: 46), que la Corona española reconocía esas tierras pero “(...) reservando su merced en sí el poder alargar o acortar este resguardo como más pareciere convenir al servicio del rey nuestro señor”. Ésta autora llega incluso afirmar que “la innovación que se hacía al constituir en resguardo un globo de tierra perteneciente a los indígenas era simplemente la de pasar la propiedad de esas tierras a manos de la Corona (...) (por cuanto) el resguardo limitaba, circunscribía pero no confería propiedad” (1992: 50-51).

Sin embargo, en contravía de esta tesis se ubica aquella de acuerdo con la cual los indígenas detentaban un verdadero derecho de dominio, si bien, debido a la política tutelar aplicada por la Corona española, limitado en cuanto a las facultades de disposición, en especial su venta y arriendo¹⁸; suponía eso sí un derecho pleno, en la medida en que eran predicables de él todos los atributos que a este derecho le son propios (Mendoza, 1898; Martini & Mayorga, 2004).

Las tierras indígenas debieron en todo caso ser determinadas y alinderadas con claridad. Un límite fue el suelo, pues el reconocimiento de derechos reales a los pueblos indígenas sobre sus tierras de resguardo nunca comprendió en cualquier caso aquellos sobre los

¹⁷ “[P]or virtud del descubrimiento y de la conquista subsiguiente, todas las tierras de las llamadas Indias Occidentales fueron consideradas jurídicamente, como *regalía* de la Corona castellana; en consecuencia, el dominio privado sobre las tierras de referencia había de derivar forzosamente de una *gracia o merced real*”. Ots Capdequí (1959: 6).

¹⁸ El objeto de esta prohibición era el de proteger las tierras comunales contra abusos de terceros, a pesar de ello, la práctica del arriendo a personas ajenas a los resguardos fue recurrente en la clandestinidad durante la colonia (González (1970) Citado por Chaves, Morales & Calle 1995: 111). Los ingresos obtenidos de estos arriendos aliviaron sin embargo el peso de las obligaciones tributarias de los indígenas (Martini & Mayorga; 2004: 41-42; Capdequí, 1959: 134).

recursos naturales del subsuelo¹⁹. El dominio sobre estos recursos mereció una consideración especial a la luz del derecho indiano, tal como lo advierte Ots Capdequí (1959: 65) al señalar con ocasión de este tema dos principios jurídicos que habrían de mantenerse intactos durante el gobierno español en el Nuevo Reino:

1º Todo yacimiento minero, cualquiera que fuera su calidad, y lo mismo si se encontrase en lugares públicos que en tierras y posesiones de personas particulares, debía ser considerado como regalía de la Corona;

2º El dominio del suelo no daba derecho ninguno al dominio del subsuelo.

El amojonamiento de las tierras colectivas fue objeto por su parte de no pocas controversias, pues como señala González (1992: 30), si bien se consideraban tierras indígenas “aquellas que habían sido ocupadas y cultivadas por los aborígenes con anterioridad a la llegada de los españoles (...) no todos los terrenos de los cuales los indígenas se decían poseedores estaban poblados ni efectivamente cultivados”. Este llegó a ser un asunto trascendente en la medida en que las poblaciones no indígenas procuraban constantemente la invasión de estas tierras comunales, situación que se vio facilitada por las dificultades que generaban no solo las imprecisiones propias de unos sistemas naturales de alinderación utilizados por los indígenas, en los que eran referenciados puntos geográficos con montañas, piedras, ríos, etc., sino también por los continuos cambios en la denominación topográfica de muchos de estos puntos, pues éstos comenzaron a ser usualmente remplazados por otros de origen castellano (González, 1992).

1.1.3. Rasgos de una política colonial de tierras indígenas.

Puede entonces señalarse el período colonial como el momento histórico en el que se inicia un discurso gubernamental de reconocimiento de los derechos indígenas sobre las tierras que éstos poblaban con anterioridad a la conquista, y por ende, un discurso en el que

¹⁹ Ello no fue sostenido continuamente en el tiempo, pues de acuerdo al caso que citan Martini y Mayorga (2004), al resolver sobre la legalidad de unos contratos celebrados entre algunos municipios de los departamentos del Atlántico y Bolívar con una empresa petrolera extranjera, la Corte Suprema de Justicia terminó por reconocer en un fallo del año de 1921 el que había sido un dominio pleno de los indígenas sobre sus tierras de resguardo que incluso llegó a abarcar el del subsuelo.

tales derechos son derivados del dominio de hecho y de derecho que entonces ejercían los monarcas españoles sobre los territorios de América.

Del mismo modo, en este período histórico comienzan a ser sometidos a un complejo de normas, autoridades y mecanismos de control, los conflictos surgidos en la defensa que estos pueblos debieron hacer de sus tierras ancestrales ante los abusos de distinta índole al que se vieron expuestos. Estos conflictos tuvieron, de acuerdo a su naturaleza jurídica, unas veces carácter privado y otras público, y fueron resueltos ante autoridades con facultades de justicia y/o administración; lo cual, propio de un régimen absolutista, garantizó en cierta medida, una sola política de gobierno sobre estas poblaciones, incluyendo el manejo de sus tierras.

De otro lado, la política colonial ejercida por los españoles sobre los indígenas se caracterizó por un marcado carácter misional y tutelar. Yrigoyen (2009: 18) describe esta política de tutela como aquella, en virtud de la cual, la “inferioridad e incapacidad se convirtieron en los descriptores indígenas de las políticas públicas y las prácticas sociales”. Es en este contexto en el cual debe entenderse la relevancia que para la Corona tuvo este asunto de las tierras indígenas; relevancia expresada en las innumerables disposiciones que fueron dictadas con el fin de *proteger y tutelar* los derechos de las poblaciones indígenas sobre sus tierras (Martini & Mayorga, 2004; Bushnell, 2007).

Sin embargo, tal protección normativa no garantizó, por sí misma, que durante la colonia éstos derechos fueran respetados y las disposiciones que los reconocían efectivamente atendidas y obedecidas. En efecto, durante este periodo fue común el desconocimiento de los derechos comunales de los pueblos indígenas sobre sus tierras. Ello fue consecuencia, según señala el historiador del derecho Ots Capdequí (1959: 82-85), tanto de la ambición de los conquistadores por hacerse a la mayor cantidad de tierra posible, como de los efectos que en estos derechos tuvieron las instituciones de la *mita* y la *encomienda*, lo cual, en palabras del mismo autor, resultó en una “dramática divergencia” entre la finalidad proteccionista y tutelar de tales normas y las realidad social y económica que entonces se vivía.

Justamente un factor que determinó las acciones que a lo largo del período colonial buscaron de distintas maneras desconocer los derechos comunales indígenas sobre las tierras de resguardo, es el relacionado con el incremento de su valor económico producido, bien por un mayor interés sobre los recursos naturales en ellas existentes, bien por la creciente expansión de los centros urbanos. Tal como señala Ots Capdequí (1959: 86), la “proximidad a los caminos y la feracidad de las tierras, hacía(n) que su dominio y explotación fuera más apetecible”, lo cual muestra que la valorización de las tierras comunales terminó por incrementar la presión proveniente de diversos sectores de la sociedad colonial, dirigida a provocar su ingreso al mercado de tierras.

En este escenario, fue la existencia de todo un aparato de administración y gobierno, compuesto por normas, autoridades e instituciones de control destinadas a garantizar el buen cumplimiento de las primeras y el actuar de las segundas, el que dio en definitiva a los indígenas un cierto margen de actuación jurídica para hacer valer, al interior de la sociedad y organización colonial, los derechos que les fueron reconocidos sobre sus tierras comunales, pues “solo litigando sin descanso, pudo defender el indio alguna parte de su patrimonio territorial, ya que la legislación le amparaba y las altas autoridades tenían obligación de protegerle” (Ots Capdequí, 1959: 86). Esta situación describe las condiciones en que el indígena debió defender lo propio en el marco de un gobierno colonial, pero que fueran a la larga las que determinarían su realidad en los siglos venideros.

Sin embargo, no todas las disposiciones dictadas durante el período colonial estuvieron orientadas a la protección de las tierras comunales, pues en sus años finales, específicamente durante la segunda mitad del siglo XVIII, llegaría el que fuera un primer período de iniciativas orientadas a la disolución de las tierras indígenas de comunidad, bajo el argumento de su ociosidad (Pineda, 1995: 8). Se trató en palabras de Tirado (1988: 77) de una “segunda desposesión masiva” de los pueblos originarios, en la cual resultaron confabulados factores como la presión que sobre estas tierras ejercían el latifundismo laico y clerical, la pobreza de sectores colonos y mestizos sin acceso a la propiedad de la tierra y las inaplazables y agobiantes obligaciones tributarias en cabeza de los indígenas.

1.2. El período republicano hasta los años finales del siglo XX.

La situación de las tierras de resguardo al momento de producirse la independencia está caracterizada por una acérrima defensa en la que venían empeñados los pueblos indígenas al hacer frente a la campaña de disolución, que ya señalamos, se había iniciado hacia la segunda mitad del siglo XVIII. La extinción de gran cantidad de resguardos en este período de más de medio siglo fue, de acuerdo a lo señalado por Ots Capdequí (1958), uno de los motivos decisivos que permitieran la consolidación de las primeras grandes acumulaciones de tierra en la naciente república.

Absalón Machado (2009) conviene en ello al señalar que para el año de 1810, la tenencia de la tierra ya estaba altamente concentrada en las pocas manos de personas que no siempre estaban en capacidad de demostrar justos títulos. De esta manera, el despojo del cual habían sido víctimas, había llevado a los pueblos indígenas a engrosar las filas de los desposeídos a lo largo de la nación, pues su problema era el mismo del campesino: la carencia de tierra. La república nació así en medio de una sociedad latifundista e inequitativa.

Adicional a ello, con la independencia no se produjo un rompimiento abrupto con las prácticas y estructuras coloniales. La religión por ejemplo continuó siendo una protagonista central en la sociedad y el Estado y “la esclavitud y la servidumbre subsistían en la economía, aunque habían desaparecido en las leyes” (García, 1952:29). Esta situación supuso que todas estas arraigadas tradiciones y estructuras convivieran con las entonces innovadoras ideas políticas liberales que fueran importadas desde Francia e Inglaterra por los criollos ilustrados (Palacios & Safford, 2002).

Una breve mirada al vaivén normativo en materia de tierras indígenas que caracterizó el período de vida republicana de Colombia comprendido entre los siglos XIX y hasta finales del XX deja ver: 1) La inexistencia de una línea clara y continua en las políticas estatales que orientaron su manejo, lo cual respondió de alguna manera a la sincronía que existió entre las prácticas y políticas de raigambre colonial y las nuevas de origen liberal, de

manera más o menos constante durante estos años, y con mayor claridad en el siglo XIX y los primeros años del XX; y 2) cómo luego, la irrupción política de los movimientos sociales indígenas devino en un cierto posicionamiento normativo e institucional con impacto, entre otros aspectos, en las dinámicas y discursos de reivindicación de sus derechos territoriales.

1.2.1. Un Estado vacilante: Políticas de división, protección y asimilación.

En materia de resguardos indígenas la postura republicana cargada de retórica liberal no se hizo esperar. Así, en el mismo año de 1810 fue expedido el 24 de septiembre un Decreto en el que, apelando a la nueva condición de ciudadanía de los indígenas, se ordenaba la repartición de las tierras que éstos detentaban en comunidad (Tirado, 1988). De esta manera, a pesar de haber sido una consigna retórica utilizada por las hordas independentistas, la del rechazo a la desposesión y sometimiento que habían sufrido los indígenas tras la conquista y colonia del imperio español (Palacios & Safford, 2002), con esta primera orden de repartición de las tierras de resguardo, se dio inicio a la negación del “ser indígena”.

Esta negación se dio ya no desde la tutela y protección, sino desde la “libertad”, pues en nombre de ésta, se buscó en adelante combatir uno de sus rasgos más preciados: su entender y vivir colectivo. Ello deja ver cómo, en materia de tierras, las autoridades del período republicano no mostraban las mismas consideraciones que sí habían tenido por largos años, cuando menos por mandato, las españolas de la colonia (Friede, 1972). Este momento histórico confirmaba así que “el Estado republicano no sabía remover el orden colonial que estaba debajo de sus pies, pero volcaba todo el peso de su poder sobre las comunidades indígenas” (García, 1952: 29).

Obtenida definitivamente la independencia, con un Decreto de Simón Bolívar del 20 de mayo 1820 inició la expedición de una serie de disposiciones que expresarían el convencimiento de la nueva dirigencia política sobre las bondades que para los indígenas habría de traer su incorporación a la economía individualista y, por ende, su

desprendimiento de la forma colectiva de propiedad que suponía el resguardo. Esta norma, según Cabrera (1944: 11), marcó una tendencia dirigida a ordenar el reintegro de las tierras de resguardo con el objeto de su inmediata división; en ella se dispuso “(devolver) a los naturales, como propietarios legítimos, todas las tierras que formaban los resguardos, según sus títulos, cualquiera que sea el que aleguen para poseerla los actuales tenedores”, para luego ordenar que “[i]ntegrados los resguardos en los que les hayan usurpado, los Jueces Políticos repartirán a cada familia tanta extensión de terreno cuanto cómodamente pueda cultivar cada una”.

Dentro de las disposiciones expedidas con posterioridad que muestran lo anterior podemos señalar la Ley del 4 de octubre de 1821 que dispuso la “[d]eclaración de igualdad jurídica, entendida como sometimiento de los indios al derecho común” y una “[o]rden de reparto de los resguardos, en pleno dominio y propiedad, antes de cinco años” (García, 1952: 24) y la Constitución de 1832, de reconocido carácter liberal, que reafirmó la intención de repartir las tierras de resguardo, al tiempo que prohibió a los indígenas la venta de la parte correspondiente por un término de diez años (Tirado, 1988).

Luego fueron aprobadas dos leyes, una del 2 de junio de 1834 que condicionó la adjudicación de porciones de tierra a los indígenas que cumplieran con sus obligaciones tributarias y otra del 23 de julio de 1843, que extendió a 20 años la prohibición de venta, puso un límite de tres años a los contratos de arrendamiento que acordaran los indígenas respecto de sus porciones de tierra y proscribió la obligación de pagar mejoras a quienes fueran arrendatarios²⁰ (García, 1952: 32). Estas normas reflejan una continuidad de la visión tutelar durante la república, debido a que, las prácticas sociales siguieron “codificadas” bajo la lógica del atraso y la modernidad, pues fueron frecuentes los abusos y engaños perpetrados por particulares que amenazaron constantemente la propiedad del indígena sobre su tierra, que ahora como propietario individual, resultaba aún más vulnerable ante el atropello y el despojo.

²⁰ Esta prohibición buscó frenar el despojo de las tierras indígenas de propiedad individual que venía dándose tras ser arrendadas a particulares por largo tiempo, tan largo, como suficiente para valorizar las mejoras allí hechas por éstos últimos, hasta el punto de superar el valor de la tierra misma (García, 1952: 32).

A mediados del siglo XIX, durante el gobierno de José Hilario López, al tiempo que se tomaron importantes medidas progresistas, entre ellas algunas orientadas a abolir la esclavitud y fortalecer el Estado frente a la iglesia, fue dictada la Ley del 22 de junio de 1850 mediante la cual se dio una estocada final a los resguardos, pues a partir de este año éstos desaparecerían casi en todo el país²¹ (Tirado, 1988). Con la intención de equiparar completamente al indígena con el resto de la sociedad nacional a la luz de la abstracción liberal de ciudadanía, esta ley pareció desechar el carácter tutelar de la legislación precedente al abolir la prohibición de venta que ya señalamos recaía sobre estas porciones de tierra.

Con la expedición de esta ley fue entonces ratificada la voluntad del Estado consistente en imponer toda una cultura individualista sobre estos “ciudadanos” que se apegaban a la propiedad colectiva. Su finalidad da luces acerca de la mentalidad liberal del momento y su desprecio por el vínculo del indígena con la tierra; esta finalidad fue, en palabras de Gerardo Cabrera (1944: 12-13), la del “establecimiento de una masa libre de su enraíce a la tierra, desvinculada de su adherencia al fundo y dueña de los medios de producción”; lo cual sin embargo, como éste mismo autor advierte, no pudo alcanzarse, por cuanto “los indios vendieron sus tierras y pasaron a ser siervos sumisos de sus nuevos propietarios”.

La dinámica del despojo territorial adelantado sobre los indígenas con ocasión de las campañas divisionistas de resguardos de mediados del siglo XIX, tuvo entonces, a la luz de la orientación normativa de estos años, el rasgo de un abandono gubernamental de las políticas proteccionistas que recaían sobre dichas tierras. Este abandono y su relación con la inequidad territorial reinante entonces, fueron descritas por el político y pensador liberal Miguel Samper Agudelo (citado por Cabrera, 1944: 13) de la siguiente manera:

Los indígenas vendieron las tierras del antiguo resguardo, poseídas ahora por ellos, en régimen estricto de propiedad individual, y el propietario que las compró, los convirtió en sumisos arrendatarios y por tanto, la extinción de los resguardos consolidó y aún formó, el latifundio neogranadino.

²¹ El artículo 4º de esta Ley señaló: “[c]orresponde a las Cámaras de provincia arreglar la medida, repartimiento, adjudicación i libre enajenación de los resguardos de indígenas, pudiendo en consecuencia, autorizar a estos para disponer de sus propiedades del mismo modo i por los propios títulos que los demás granadinos”.

Un semblante de los ideales que apoyaban las iniciativas divisionistas de los resguardos puestas en práctica por los gobiernos de éstos años lo ofrecen los planteamientos expuestos por Diego Mendoza Pérez (1898: 105), uno de los pensadores liberales más representativos de finales del siglo XIX en Colombia, y una de cuyas expresiones más destacadas la constituye su *Ensayo sobre la Evolución de la Propiedad en Colombia*, en donde señaló

Nuestra organización social tiene dos desigualdades: la de la riqueza y la de la libertad; pero obsérvese que van de la mano estos dos fenómenos: a medida que la tierra queda sometida al imperio de la apropiación individual y permanentemente, la libertad va creciendo; casi pudiéramos decir que se corona con las espigas que la tierra produce.

La división de resguardos fue entonces, de acuerdo con el pensamiento liberal individualista de la época, una política que estuvo orientada a dar a los indígenas la libertad que las concepciones comunales de éstos, a su juicio, no sabían darles.

Ahora bien, las políticas divisionistas no fueron, a pesar de lo que se viene señalando, un rasgo que pueda afirmarse homogéneo y constante en la Colombia del siglo XIX, básicamente por dos razones: éstas, en primera medida, no fueron puestas en práctica en todas las regiones (Martini & Mayorga, 2004), ya que, a diferencia de la división implacable que debieron afrontar los resguardos ubicados en el centro del país, debido más que nada al mayor influjo del capitalismo en esta región, al sur, en Popayán y Pasto, se mantuvieron las tierras de resguardo debido a la fuerte resistencia indígena frente a la política divisoria (García, 1952; Pineda, 1995).

En segundo lugar, el siglo XIX finalizó con un intento de retorno a la política de reconocimiento de las tierras comunales (Ramos, 2001). Tal fue el caso de la Ley 89 de 1890, mediante la cual el Estado colombiano, abordando la cuestión indígena desde una óptica integracionista, buscó, para usar su lenguaje, determinar “la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”²². Con ella se excluyó

²² El lenguaje utilizado por esta Ley se caracterizó por ser despectivo y racista, sus expresiones fueron objeto de un juicio constitucional en virtud del cual fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-139 de 1996.

a estas poblaciones del espectro de aplicación de la legislación de la República, al tiempo que se les dio dos calidades diferentes: la de “salvajes” en cuanto fueran “reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones”, y la de “ciudadanos” al ser sus “garantías” un límite al gobierno de los cabildos en materia económica.

Las disposiciones de esta Ley, aunque segregacionistas, tuvieron efectos valiosos para los indígenas y su identidad como pueblos culturalmente diferenciados, pues al retomar la que fuera una política colonial de control indirecto sobre los resguardos (Martini & Mayorga, 2004), en virtud suya no sólo se les facultó para ejercer un autogobierno a través de los cabildos, sino que además se reconocieron los derechos sobre sus tierras comunales²³, por lo menos en el transcurso de su progresiva “reducción a la vida civilizada”. Sus disposiciones fueron por ello reivindicadas por los movimientos políticos indígenas de la primera mitad del siglo XX y se constituyeron en argumentos que respaldaron la recuperación posterior de miles de hectáreas (Fontaine, 2007).

Vale decir finalmente que la Ley 89 de 1890 no evitó tampoco que durante los primeros años del siglo XX continuaran las iniciativas orientadas a la división y liquidación de resguardos. Así, a su expedición siguieron la Ley 55 de 1905 por medio de la cual se reconoció la propiedad de particulares sobre tierras de resguardo; Ley 104 de 1919 orientada a contrarrestar la defensa anti divisionista promovida desde el Cauca, Nariño, Tolima y Huila; Ley 19 de 1927 que pugnara por la división de resguardos y la asignación de las tierras que lo componían a particulares, y Ley 111 de 1931, en cuya virtud se diera facultad a las autoridades judiciales y administrativas para ordenar divisiones de resguardos (Espinosa, 2007).

²³ El artículo 38 de la Ley 89 de 1890 se ubicó en la postura de quienes afirman que los indígenas nunca tuvieron un derecho real de dominio sobre sus tierras, al disponer que “[m]ientras dure la indivisión, los indígenas continuarán como hasta aquí, en calidad de usufructuarios, con sujeción a las prescripciones de la presente ley”.

1.2.2. Los cimientos de un movimiento social indígena nacional y de cierto posicionamiento normativo e institucional.

Durante el período comprendido entre los últimos años de la primera mitad del siglo XX y hasta los albores de la aprobación, a finales del mismo siglo, del Convenio 169 de la OIT, se produjeron una serie de acontecimientos y fueron expedidas algunas normas que permiten afirmar la existencia, durante estos años, de un cierto posicionamiento de las causas indígenas. Durante este período las cuestiones indígenas, incluida la territorial, comienzan a adquirir cierta visibilidad en la agenda nacional e internacional, dando lugar así a la creación de alguna institucionalidad en estos mismos ámbitos. Dicho posicionamiento se produjo algunas de las veces a la luz, o porque no, a la sombra, de normas con una marcada orientación asimilacionista y civilizadora pero, de otro lado, tuvo como una de sus causas latentes, un fuerte y organizado actuar político de los movimientos sociales indígenas gestados durante estos años.

Un antecedente de gran representatividad para los movimientos sociales indígenas que vinieran a consolidarse en Colombia durante años posteriores, fue el pensar y actuar del movimiento de resistencia encabezado por el líder indígena Paéz Manuel Quintín Lame durante la primera mitad del siglo XX²⁴. Su ideología buscó reivindicar al indígena a través del rechazo a la imposición histórica de un modelo de civilidad occidental, razón por la cual “Lame vio la necesidad de luchar por los resguardos que aún sobrevivían, como mecanismos de preservación y transacción de esa identidad; además esto le brinda al indígena la autonomía socio económica que necesita como raza y cultura” (Fajardo, Gamboa & Villanueva, 1999: 82).

Así, sosteniendo Manuel Quintín Lame entre sus planteamientos la “traición al principio de libertad” que en relación con sus tierras supuso para los indígenas el proceso de independencia (Espinosa, 2007: 409), éste movimiento tuvo entre sus objetivos la recuperación y ampliación de resguardos, el fortalecimiento del autogobierno de los pueblos indígenas, así como la promoción y cumplimiento de las leyes favorables a sus

²⁴ Véase Espinosa M. (2007).

derechos, entre éstas, las disposiciones de la Ley 89 de 1890 (Arango & Sánchez, 2004). De allí que uno de los rasgos destacables de Quintín Lame consistió en que “el manejo que hizo de la ley del blanco logró que centrara las armas de su lucha en los aparatos jurídicos de su enemigo, ideas que no abandonó y que le hicieron ganar el respeto personal de muchos blancos terratenientes” (Fajardo, et. al., 1999: 81). La reivindicación de disposiciones normativas en vigor hechas por Quintín Lame y sus seguidores, dejó ver la capacidad para resignificar la historia que tuvo desde entonces el que fuera un movimiento étnico y político en construcción.

La palabra dicha y escrita por Quintín Lame entre los años 1930 y 1967 fue fundamental para la posterior consolidación de una conciencia indígena en torno a la unidad y la lucha (Espinosa, 1996); ella fue semilla a su vez de los movimientos sociales indígenas gestados y articulados nacionalmente años más tarde. Hablamos en primera medida del nacimiento en el año 1971 del Consejo Regional Indígena del Cauca – CRIC, el cual supuso un paso inicial hacia la consolidación de un movimiento agrario propio de los pueblos indígenas (Arango & Sánchez, 2004: 47).

El CRIC “se constituyó en un dinamizador de los procesos reivindicatorios y de resistencia que adelantaban los pueblos indígenas colombianos a lo largo de la geografía nacional” (ONIC). A partir de su constitución fueron fortalecidas la conciencia y banderas étnicas de la problemática indígena de acceso a la tierra, esencialmente a la luz de dos elementos centrales que Houghton (2008: 85) señala, dieron identidad propia a las reivindicaciones de estos pueblos: una fue la pretensión de titulaciones colectivas de la propiedad bajo la forma ya conocida de resguardos y otra, la de la “recuperación de las tierras usurpadas”, idea que se contraponía al lema emblemático campesino de “la tierra para el que la trabaja”.

Otro paso importante hacia el fortalecimiento político se produjo iniciando la década de los años ochenta²⁵, más precisamente en el año 1982, con el nacimiento de la Organización

²⁵ Durante estos años también se produjo el afianzamiento del movimiento armado Quintín Lame como resultado del asesinato en el año 1984 del sacerdote Paéz Álvaro Ulcué Chocué (Rodríguez, Pulido, Prada & Rojas, 2005).

Nacional Indígena de Colombia-ONIC. Resultado de un exitoso ejercicio de articulación de pueblos y organizaciones indígenas de todo el país “[e]l Primer Congreso Indígena Nacional adoptó para la ONIC los principios de Unidad, Tierra, Cultura y Autonomía que configuran las líneas de acción de la entidad”²⁶ (ONIC).

Ahora bien, para señalar algunas de las normas sobre indígenas expedidas durante la segunda mitad del siglo XX en Colombia, en momentos en que estas cuestiones venían teniendo un impulso importante también a nivel regional, podemos mencionar, por un lado, la Ley 81 de 1958 “sobre fomento agropecuario de las parcialidades indígenas”. Inspirada en el pensamiento asimilacionista que guiaba entonces el tratamiento de las cuestiones indígenas a nivel nacional e internacional, esta norma contempló la creación de una Oficina de Gestión de Negocios Indígenas dependiente del Ministerio de Agricultura, en aquellos departamentos en donde existieran diez o más resguardos indígenas (artículo 1), así como de un Fondo de Fomento Agropecuario de las parcialidades indígenas (parágrafo 3 artículo 5) y del Instituto Indigenista Colombiano (artículo 11).

En materia de tierras de resguardo, esta Ley estableció en contra de los indígenas la carga probatoria de la tenencia de “títulos escriturarios emanados del Estado o de la Corona Española”, so pena de ser declaradas dichas tierras como baldíos de la Nación y ser considerados los indígenas que allí habiten, como “poseedores de sus respectivas parcelas para los efectos de su derecho preferente a la adjudicación”, lo cual, de acuerdo con Martini & Mayorga (2004), supuso un giro radical respecto de las reglas vigentes desde el período colonial hasta entonces, cuando las disposiciones les reconocían derechos reales sobre las tierras habitadas previamente a la conquista.

Otra ley que podemos mencionar es la 135 de 1961 “sobre reforma social agraria”; norma en la cual fuera creado el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) – hoy Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), y entre cuyas disposiciones se

²⁶ Tras poco más de treinta años de existencia, la importancia política de la ONIC hoy se aprecia en el hecho de haberse constituido ésta recientemente en la “autoridad tradicional de gobierno, justicia, legislación y representación de los pueblos indígenas de Colombia”, atributos que le fueron asignados por el “Mandato Político General de los Pueblos Indígenas” al proclamarla como Autoridad Nacional de Gobierno Indígena (ONIC, 2013).

incluyeron las de impedir “la adjudicación (a particulares) de terrenos baldíos ocupados por indígenas sino con el concepto favorable de la División de Asuntos Indígenas” (inciso 5 artículo 29); la de autorizar al INCORA para “constituir (...) resguardos de tierras, en beneficio de los grupos o tribus indígenas que no los posean” (inciso 3 artículo 94), así como la de facultar al mismo instituto para “adquirir tierras de propiedad privada” con estos fines.

Si bien esta ley dio a los indígenas un respaldo normativo para la legalización de las tierras poseídas al contemplar la constitución de *resguardos nuevos* - llamados así en oposición a aquellos cuya constitución se dio en la colonia ó *antiguos*-; no fueron sin embargo muchos los avances que en un principio de ella derivaron en éste sentido (Houghton, 2008:83), pues los efectos de sus disposiciones fueron limitados pocos años más tarde con la expedición del Decreto 2117 de 1969 que, al contemplar la creación de la figura de las *reservas indígenas*²⁷, pretendió desplazar las aspiraciones de titulación de tierras colectivas, ofreciendo a cambio a los indígenas la calidad de meros usufructuarios con la “promesa” de su división y distribución posterior (Ramos, 2001).

Así, entre los años de 1967 y 1972 fueron reconocidas 74 reservas indígenas que, posteriormente y gracias a una activa resistencia de los pueblos indígenas, respaldada en las disposiciones de las Leyes 89 de 1890, 135 de 1961 y 31 de 1967 (aprobatoria del Convenio 107 de 1957), serían reconocidas su mayoría en propiedad, bajo la modalidad de resguardos indígenas (Houghton, 2008: 84). Este fue el sentido de una orden que diera el gobierno nacional en el año de 1980, orientada a constituir en lo sucesivo solamente resguardos indígenas, así como de revisar y convertir a éstos las reservas existentes²⁸ (Arango & Sánchez, 1998: 214).

²⁷ El Decreto 2001 de 1988 definía la reserva indígena en su artículo 2º como el “globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas, delimitado y legalmente asignado por el INCORA a aquella (s) para que ejerza en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros”. De esta manera, la diferencia entre *reserva* y *resguardo* indígena radica en los derechos que de cada figura derivan.

²⁸ El artículo 11 del Decreto 2001 de 1988, reglamentario de la Ley 135 de 1961, crearía posteriormente la figura de “conversión de reservas en resguardos”.

La fuerza política alcanzada por el movimiento indígena colombiano en los años ochenta se vio reflejada jurídicamente en el hecho de haber sido el período comprendido por los gobiernos de Turbay Ayala, Belisario Betancur y Virgilio Barco, aquel en el cual fueran titulados casi el 80% del total de los resguardos hoy existentes (Houghton, 2008: 86). Si bien para ello fue muy importante contar con la existencia de las herramientas legales que ofrecían las Leyes 89 de 1890, 135 de 1961 y 31 de 1967, la recuperación de muchas hectáreas se logró, sobre todo, gracias a la presión generada por las acciones de ocupación adelantadas por los indígenas en varias regiones del país²⁹.

2. Los Derechos Territoriales Indígenas en el ámbito internacional.

En sus *relecciones*³⁰ acerca de la situación de los indios americanos y la guerra librada por los españoles en contra de éstos, Francisco de Vitoria sentó los cimientos y principios que habrían de orientar las relaciones entre todos los pueblos de la tierra, y por tanto, aquello que terminara por darle el rótulo de padre fundador del derecho internacional. A pesar de ello, durante los tres siglos subsiguientes al encuentro colonial, los pueblos indígenas fueron invisibilizados en el plano del derecho internacional, pues, a la luz de los desarrollos normativos y doctrinarios, estos pueblos carecían de los atributos necesarios para ser sujetos de derechos y obligaciones internacionales, debido a que la titularidad de estos derechos estaba reservada para los Estados (Anaya, 2005). Esto permitió, de acuerdo con Anaya (2005), la consolidación del despojo colonial como un estado de cosas incuestionable en el plano supraestatal, al tiempo que impidió la reivindicación de los

²⁹ “Entre 1970 y 1980 se dieron en los departamentos del Cauca, Tolima y Córdoba más de 1.000 acciones de recuperación de tierras campesinas e indígenas que cambiaron el mapa territorial indígena de esos departamentos y de otras regiones como la Sierra Nevada de Santa Marta, Meta, Nariño y Valle, que aunque intervinieron de forma menos intensa en las luchas, lograron recuperar el dominio sobre muchas de las tierras ocupadas ilegalmente por terratenientes o declaradas baldías por el Estado” (Houghton, 2008: 84).

³⁰ “El magisterio ordinario de la época, y concretamente el de la Universidad de Salamanca, se impartía, de acuerdo con los estatutos de la propia universidad, en una doble docencia, a saber, las *Lecturas* y las *Relecciones*. Las primeras no eran otra cosa que la actividad cotidiana, rutinaria pudiéramos decir, del maestro en la cátedra, o dicho en otras palabras, la explicación normal de su asignatura. Las Relecciones o Repeticiones, en cambio, eran las disertaciones o conferencias públicas que sustentaban los catedráticos, dos veces al año por lo menos (por lo común en la Pascua de Adviento y en la de Resurrección) sobre algún punto doctrinal conectado más o menos con la materia que cada cual profesaba” (Gómez, 1973).

derechos de estos pueblos sobre sus territorios, validados por este ordenamiento como tierras sin dueño o *res nullius*.

El interés del derecho internacional por las cuestiones relativas a los pueblos indígenas adquiere un impulso a partir de los años finales del siglo XIX. En esta época se produce el advenimiento de la internacionalización progresiva de una visión tutelar que venía siendo aplicada por algunos Estados, de acuerdo con la cual, lo que correspondía a los gobiernos era “apartar gradualmente a los pueblos indígenas de su naturaleza «atrasada» y «civilizarlos»” (Anaya, 2005: 72). Posteriormente, a partir de la entrada de las cuestiones relativas a estos pueblos en la agenda de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a inicios de la segunda década del siglo XX, la cuestión indígena fue abordada por largos años como un asunto relacionado principalmente con los vínculos y las condiciones laborales de los miembros de estas poblaciones al interior de los Estados (González, 2000).

Otro aspecto que debe señalarse, consiste en que la configuración de los derechos indígenas en el plano internacional, ha sido resultado de disputas conceptuales, con efectos jurídicos y materiales, en torno al reconocimiento de la naturaleza colectiva de los mismos, como a su articulación y plena satisfacción en el marco de un derecho internacional con un fuerte raigambre liberal-individualista. Se trata de la pugna resultante a la afirmación de la diversidad cultural cuando la misma ha debido darse en el marco de la universalización de una exclusiva dimensión de los derechos humanos. Pues bien, dos perspectivas desde las cuales se ha dado respuesta a esta pugna que quieren citarse son: una desde el propio pensamiento liberal y otra desde la afirmación que de sus derechos vienen construyendo los movimientos sociales indígenas.

Expresión de la primera de las respuestas son los planteamientos del llamado multiculturalismo liberal. En esta línea, autores como Will Kimlycka y Joseph Raz han hecho una defensa liberal de la existencia de los derechos de las minorías étnicas nacionales, esgrimiendo para ello la congruencia entre los intereses culturales y los principios de autonomía, libertad e igualdad que protegen derechos de los individuos

(Ibarra, 2005). Esta perspectiva edifica entonces su defensa de los derechos de grupos en cuanto medio para garantizar los individuales de los miembros que los componen.

Ahora, la segunda de las respuestas discute con la anterior en la medida en que cuestiona que sea solamente desde una concepción individualista de los derechos humanos, que puedan ser reconocidos los derechos de los pueblos culturalmente diferenciados. Acá se ubican las reivindicaciones que hoy plantean pueblos y movimientos indígenas de diferentes latitudes del continente, construidas a partir de la afirmación de aspectos como la libre determinación, los lazos comunitarios o el vínculo colectivo y espiritual con la tierra, propios de su identidad cultural. Éste es en esencia un cuestionamiento que desde la reivindicación misma de los derechos humanos se viene planteando a las aun hoy dominantes doctrinas individualista y estatalista en el derecho internacional, y el cual ha contribuido a despertar en este mismo escenario un interés por valores culturales y asociativos que se muestran alternativos a los propios de las estructuras estatales (Anaya, 2005).

Si bien parte importante de los cuestionamientos que plantea esta perspectiva se han visto apoyados y enriquecidos por las disposiciones de instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU de 2007, cuyos avances en materia de derechos territoriales serán a continuación expuestos; ha sido también en el campo de las reivindicaciones nacionales que los pueblos indígenas han venido posicionando el que podría llamarse un discurso propio de los derechos humanos. Citando los ejemplos de países como Bolivia y Ecuador durante la primera década del presente siglo, Boaventura de Sousa (2010:85) nombra este proceso como un “constitucionalismo transformador” y lo describe de la siguiente manera:

[...] la voluntad constituyente de las clases populares en las últimas décadas en el subcontinente se manifiesta en una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, mediante una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades).

Puede entonces afirmarse que el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en general y de sus derechos territoriales en particular, no solo ha respondido a disputas en torno al *qué* derechos son reconocidos, sino también al *carácter* y *contenido* de los mismos. La reivindicación de estos derechos sigue por ello mismos siendo al día de hoy un reto para un derecho internacional que afronta el desafío de comprender las dinámicas contemporáneas, resultantes de la emergencia de nuevos grupos e identidades culturales otrora por él invisibilizadas.

2.1. El Convenio 107 y la Recomendación 104 de la OIT de 1957.

Con la adopción del Convenio 107 de la OIT del año de 1957 “relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes” –aprobado en Colombia mediante la Ley 31 de 1967- y la expedición de la Recomendación 104 que lo completa, la cuestión referente a las tierras indígenas comienza a ser abordada de manera más profunda por el derecho internacional³¹. El tratamiento que ambos documento dan a dicha temática se enmarcó en una visión integracionista³² de los pueblos indígenas que resulta apreciable tras una lectura del artículo segundo del Convenio:

Artículo 2

Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países.

El tema de las tierras indígenas fue abordado por el Convenio en su parte segunda. En ésta se ordenó el reconocimiento de la propiedad colectiva e individual sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas (artículo 11) y se prohibió el traslado de sus territorios sin su consentimiento, excepto por razones de seguridad nacional, desarrollo económico o por estar en riesgo su propia salud. Para tales casos el Convenio estableció la

³¹ Un antecedente de la aprobación de este Convenio fue la celebración en el año de 1940 de la Convención Internacional de Pátzcuaro. Junto a ello se dio la creación del Instituto Indigenista Americano, así como el pacto para la creación de institutos del mismo orden a nivel nacional (Arango y Sánchez, 2004: 45).

³² La política integracionista se orienta a la asimilación de la cultura indígena a la sociedad mayoritaria.

obligación de compensarlos, bien con tierras de igual calidad o en dinero o especie cuando así lo dispusieran o existieran para ellos posibilidades distintas de ocupación, así como de indemnizarlos por cualquier pérdida o daño causado por dicha decisión (artículo 12).

En el mismo apartado se dispuso la obligación de respetar los modos propios de transmisión de los derechos de propiedad y goce de la tierra, sujetando ello sin embargo, a la no obstrucción de su propio desarrollo económico y social, así como al respeto de las leyes nacionales (artículo 13). De otro lado, en él se estableció como un fin la existencia de condiciones de igualdad para los pueblos indígenas en el marco de los programas agrarios nacionales, ordenando para ello y a efectos de garantizar su normal existencia y crecimiento demográfico, la asignación de tierras adicionales cuando las existentes fueran insuficientes (artículo 14).

Si bien sus disposiciones no tenían carácter vinculante para los Estados parte en el Convenio, la Recomendación 104 de la OIT dio especificidad a ciertos asuntos abordados en el mismo, que vale la pena mencionar. En ella fue señalada la necesidad de adoptar medidas legislativas o administrativas que reglamentaran las situaciones de hecho o de derecho en que los indígenas detentaban la tierra (numeral 2), así como de garantizarles reservas de tierras adecuadas a las necesidades del cultivo trashumante, mientras no fuera posible la introducción de sistemas mejores (numeral 3.1). Adicional a ello, en relación con la administración de las tierras, en ella se les reconoció la posesión efectiva de las mismas y el uso de los recursos naturales³³ (numeral 36). Así mismo, en relación con los pueblos seminómadas, se estableció la necesidad de determinar las áreas en que pudieran pastorear sus ganados libremente (numeral 3.2).

En general, tanto el Convenio 107 como la Recomendación 104 de la OIT representaron un avance significativo en el sentido de dar los primeros pasos orientados al desarrollo de la problemática indígena en el plano internacional, en relación con materias de trato inédito al interior de este. Sus avances tuvieron sin embargo, de acuerdo con Anaya (2005: 90), un

³³ En relación con los recursos del subsuelo y del derecho a su explotación, el numeral cuarto de la Recomendación 104 de la OIT estableció que “los miembros de las poblaciones en cuestión deberían gozar del mismo trato que los otros miembros de la colectividad nacional”.

carácter transitorio, pues los reconocimientos que como el de la propiedad comunal fueron allí hechos, daban preferencia a los programas nacionales de integración y asimilación de estos pueblos a la sociedad dominante³⁴.

2.2. El Convenio 169 de la OIT de 1989.

Durante los últimos decenios del siglo XX los pueblos indígenas vieron posicionar su causa en el ámbito internacional y regional de una manera y con un impacto sin precedentes. En estos años se produjo la consolidación de un estándar de protección de los derechos de los pueblos indígenas, que no solamente serviría de fundamento a sus demandas por la recuperación de los territorios ancestrales, sino que ello además les daría un nivel mayor de visibilidad y reconocimiento que actualmente les permite ser activos sujetos políticos en la construcción de Estados comprometidos con la promoción y defensa multicultural (Toledo, 2005).

Los principios asimilacionistas de los pueblos indígenas que caracterizaron al Convenio 107 de 1957, devinieron rápidamente en anacrónicos ante la veloz transformación que venía experimentando la manera como eran abordadas las cuestiones indigenistas en los diferentes escenarios internacionales y especialmente en el seno de las Naciones Unidas (Leary, 1999). Un primer hecho que antecede lo que fue el proceso de revisión de la concepción asimilacionista vigente hasta entonces, fue el encargo que hiciera en el año de 1972 al ecuatoriano José Martínez Cobo, en su condición de Relator Especial, la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, para la realización del “Estudio Sobre el Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas”³⁵.

³⁴ “[E]l Convenio 107 de la OIT reconoce que los Pueblos Indígenas han estado en condición de siervos de hacienda justamente por las políticas del siglo xix, cuando pierden sus tierras, y que es necesario reconocerles derechos, sus tierras, etc., pero mientras no afecten las políticas de integración. Esto significa que los Estados todavía tienen la tutela de los pueblos. Ello cambia radicalmente a nivel normativo recién a partir de finales del xx e inicios del siglo xxi. El modelo del constitucionalismo social y el constitucionalismo integracionista cambia con el constitucionalismo pluralista, que arranca hacia finales del siglo xx” (Yrigoyen, 2013:151).

³⁵ Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4

Con el aporte que a la larga tendría dicho estudio al estado del arte en la materia, su encargo se constituyó en el primero de una serie de eventos que contribuyeran durante los años setenta y ochenta a la tarea de los indígenas consistente en labrar el camino a nivel internacional, hacia el que fuera su posterior reconocimiento normativo como *pueblos* con derechos. Uno decisivo fue el de una progresiva y estratégica incidencia indígena adelantada en estos mismos ámbitos; James Anaya (2005: 92-93) lo relata de la siguiente manera en el caso de la primera de estas décadas:

Durante la década de los años setenta los pueblos indígenas incrementaron sus esfuerzos en el nivel internacional a través de una serie de conferencias y pronunciamientos directos a las instituciones intergubernamentales. Estos esfuerzos se condensaron en una auténtica campaña de ámbito global, apoyada por numerosas organizaciones no gubernamentales internacionales, así como por una importante producción académica y de divulgación desde perspectivas morales, sociológicas y jurídicas.

Como ejemplo de lo anterior puede citarse la celebración en el año de 1977 de la “Conferencia Internacional de Organizaciones no Gubernamentales sobre la Discriminación de los Pueblos Indígenas en América”, en el marco de la cual representantes de pueblos indígenas de 15 países del continente, mediante un importante ejercicio de articulación y coordinación, se pusieron cita para denunciar los rasgos que subyacen a la discriminación, el genocidio y el etnocidio (Stavenhagen, 1988).

Por su parte, durante los años ochenta, dos hechos podemos citar como antecedentes de la revisión al Convenio 107 de la OIT de 1957: por un lado, el establecimiento en el año de 1982 por parte de la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas³⁶; el mismo, de acuerdo con Santamaría (2008: 194) no solamente posibilitó una inédita participación del primer grupo de dirigentes indígenas en las sesiones de Naciones Unidas, sino que en adelante “se constituyó como uno de los principales escenarios internacionales para la movilización de la causa indígena”³⁷.

³⁶ Resolución 1982/19 de la Comisión de Derechos Humanos.

³⁷ Al relatar su experiencia como asistente a la sesión del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas llevada a cabo el 22 de julio de 2004 en Ginebra, Ángela Santamaría (2008: 202) advertía lo siguiente: “[p]ara las organizaciones indígenas colombianas la participación en estos espacios buscaba incidir en dos niveles diferentes de acción. Por un lado las organizaciones indígenas del mundo entero buscaban apoyar el proceso

Así mismo, en los años finales de ésta década, fue en el marco de la convocatoria realizada por la OIT en el año de 1986 a una “Reunión de Expertos” en la que fueron incluidos miembros del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, que se abrieron paso las discusiones para la aprobación de un nuevo Convenio (Anaya, 2005). Resultado de la revisión que dicha reunión hizo sobre tratamiento vigente dado a las cuestiones indígenas por el Convenio 107 de la OIT, se concluyó que el “enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno” (OIT).

Así, con la adopción en el año de 1989 del Convenio 169 de la OIT sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (en adelante Convenio 169) -aprobado luego por Colombia mediante la Ley 21 de 1991-, se hacía evidente la relación existente entre el posicionamiento de estos pueblos como actores activos en el marco de los organismos internacionales y la producción de estándares normativos. Señala incluso al respecto el propio Anaya (2005: 110) que “[l]a redacción y aprobación del Convenio 169 de la OIT constituyó de hecho una extensión de las discusiones del Grupo de Trabajo sobre la elaboración de estándares”.

Ahora bien, fueron varios los aspectos sobre los cuales el Convenio 169 de la OIT aportó transformaciones a la perspectiva indigenista imperante hasta entonces en el derecho internacional. Uno de fondo, y por ello mismo de aguda polémica en los debates previos a su aprobación, fue el relativo al uso en el texto de la noción de “pueblos” para identificar a los sujetos destinatarios del mismo y no el de “poblaciones” manejado en el Convenio 107. Tal como señala Anaya (2005:100) “[l]os gobiernos se resistieron [...] al uso del término *pueblos* debido a su asociación con el término *autodeterminación* [...], un principio a su vez asociado con el derecho a formar un Estado independiente”.

La solución a esta disputa fue formalmente zanjada con la inserción de una cláusula aclaratoria en el texto final del Convenio, más precisamente en el numeral 3º de su artículo

de discusión de la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas (como un proceso colectivo y con pretensiones universales: es decir para todos los pueblos indígenas del mundo). Simultáneamente las organizaciones indígenas aprovechaban estos espacios para negociar con las delegaciones diplomáticas de sus países, y también para consolidar sus redes de acción colectiva con otras organizaciones indígenas de su región o de otras regiones del mundo”.

1º, según la cual, “[l]a utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. A pesar de lo anterior, desde un punto de vista material, adherimos a Anaya (2005: 101-102) cuando sostiene que “resulta evidente que el Convenio 169 consolidó el concepto normativo subyacente a la retórica sobre autodeterminación de los pueblos indígenas. Incluso la utilización del término *pueblos* conlleva una cierta afirmación de la identidad de grupo y de los atributos propios de una colectividad”.

Ahora bien, en estrecha relación con ello, el Convenio 169 de la OIT supuso un importante reforzamiento del derecho de autonomía de los pueblos indígenas, lo cual sería trascendente para las aspiraciones de éstos en lo relativo al acceso a la tierra, así como de la consolidación de los derechos sobre la ya poseída. Este reforzamiento se advierte en el reconocimiento que el artículo 7º del Convenio hace en relación con el derecho de los pueblos indígenas a decidir y controlar sus propios destinos y prioridades de desarrollo.

Artículo 7.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Como corolario de ese reconocimiento de autonomía, el mismo artículo 7º contempla, de otro lado, la necesidad de contar con la cooperación de los pueblos indígenas para efectos del cumplimiento de los deberes en cabeza de los gobiernos, consistentes en adelantar estudios de evaluación de impactos sociales, espirituales, culturales y medioambientales sobre las actividades de desarrollo que prevean adelantarse (artículo 7 numeral 3), así como en la elección de las medidas que se tomen para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios habitados por éstos (artículo 7 numeral 4).

Adicional a este reconocimiento de autonomía y en estrecha relación con el mismo, el Convenio 169 dio una gran importancia a los derechos de los pueblos indígenas a participar

y ser consultados en relación con los temas y las decisiones que los afectan. En este sentido, el artículo 6º se ocupó de establecer y caracterizar una serie de obligaciones en cabeza de los Estados, cuyo cumplimiento habría de orientar el sentido de la aplicación de la totalidad de su articulado. De acuerdo a lo señalado en la Guía para la aplicación del Convenio³⁸, las disposiciones de este artículo se constituyen junto con las del artículo 7º, en la “política fundamental” del mismo, razón por la cual se transcribe in extenso:

Artículo 6.

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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

De esta manera, se tiene que a la luz del Convenio 169 fueron establecidos una serie de condicionamientos que, estando sustentados en el reconocimiento de la alteridad cultural de los pueblos indígenas, se orientan a garantizar su efectiva participación a través del mecanismo de la consulta previa. Estos condicionamientos están referidos a las obligaciones de los Estados consistentes en entablar diálogos con estos pueblos por intermedio de autoridades que los representen, suministrándoles para ello la información necesaria que permita su pleno conocimiento de las medidas o proyectos propuestos, así como de sus impactos; todo ello actuando siempre en el marco de la buena fe y con el objetivo de lograr su consentimiento.

³⁸ Esta Guía fue expedida como resultado de las peticiones e inquietudes relacionadas con el alcance y sentido del contenido del Convenio 169, presentadas ante la OIT por diferentes gobiernos, organizaciones indígenas y agencias intergubernamentales.

Adicional a lo anterior, el Convenio estableció en cabeza de los Estados el deber de consultar previamente a los pueblos indígenas en dos eventos relacionados directamente con sus derechos territoriales: por un lado, a efectos de poder determinar la existencia e intensidad de los perjuicios que puedan sufrir los intereses de estos, debido a la ejecución de programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras, cuando quiera que de acuerdo a las normas internas, estos le pertenezcan al Estado (artículo 15 numeral 2); y de otro lado, con el objeto de obtener su consentimiento libre y dotado de pleno conocimiento, cuando de manera excepcional sea necesario su traslado y reubicación de las tierras en que habitan (artículo 16 numeral 2).

El Convenio articula entonces el reconocimiento de los derechos indígenas sobre sus territorios con su derecho a la participación. En ese sentido, la consulta previa surge como una apuesta que permite conciliar la pugna entre los derechos territoriales indígenas y el ejercicio inconsulto y unilateral de las prerrogativas del Estado relativas al aprovechamiento de ciertos recursos naturales. La importancia que hoy se adjudica al deber de los Estados de consultar previamente a los pueblos indígenas radica precisamente en ser éste, el mecanismo a través del cual se busca garantizar la incidencia y participación de éstos respecto de la ejecución de un gran número de medidas o proyectos que por sus características tienen la entidad de menoscabar los fuertes vínculos que unen a estos pueblos con sus territorios (Rodríguez, et al. 2010).

Debe señalarse, en relación con la consulta previa, que la misma ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial a nivel nacional y regional, siendo en ese sentido las decisiones y contenidos de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH, piezas clave para un entendimiento completo acerca de sus alcances y límites. Una mención a estos contenidos jurisprudenciales se hará en el cuarto capítulo de este trabajo como parte del objetivo de poner de presente la importancia del escenario judicial en cuanto a la definición de los alcances y límites prácticos de los derechos territoriales indígenas (Rodríguez G.A., 2014).

Ahora bien, otro de los aspectos relevantes en materia de derechos territoriales indígenas que trajo el Convenio 169, fue el de haber reconocido un valor jurídico y político a la existencia de una relación entre estos derechos y la cultura y espiritualidad de los pueblos indígenas, reconocimiento este que al tiempo lo es de sus formas colectivas e individuales de propiedad, ocupación y utilización tradicional sobre la tierra (Houghton, 2007). Es este el sentido del artículo 13, de acuerdo con el cual se establece un deber en cabeza de los gobiernos consistente en “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”.

Estrechamente ligado a este reconocimiento, el artículo 13 dispuso en su numeral 2º que “la utilización del término «tierras» (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de una u otra manera”, estableciendo de esta manera una diferencia clave entre dos conceptos que en principio podrían pensarse iguales. Por medio de este artículo, el Convenio buscó ampliar el alcance del primero de los términos, al desvincularlo del ejercicio del clásico derecho real de propiedad que establece una relación entre una persona y un bien, en este caso, perfectamente delimitado en su espacialidad, lo cual se queda corto ante la realidad cultural de los pueblos indígenas. Para ello ordena que en él sea incluido el segundo, pues este reconoce además vínculos jurídicos a través de los usos y las ocupaciones colectivas de los pueblos (Rodríguez et al., 2010).

Esta diferencia terminológica tiene importantes connotaciones prácticas, pues de acuerdo con ella han sido protegidos los derechos de los pueblos indígenas sobre territorios ocupados o utilizados por estos para los ritos, la caza, la pesca, las vías de acceso y en general para todos los espacios en que construyen y consolidan permanentemente sus tradiciones y cultura (CIDH, 2009). En esta línea, el artículo 14 del Convenio reconoce a los pueblos indígenas no solo los derechos de propiedad sobre las tierras y territorios sino también los de posesión; a través de lo cual se buscó proteger sus derechos territoriales de una manera independiente a la existencia o no de un título jurídico, tal como lo señala la Guía para la aplicación del Convenio.

Si bien el Convenio 169 mantuvo la previsión señalada en la Recomendación 104 de 1957 en relación con el reconocimiento de los derechos de los Estados sobre los recursos naturales del subsuelo que de acuerdo a la normatividad interna detentan; a diferencia de ésta, en él no se contempló un trato a los pueblos indígenas idéntico al del resto de los ciudadanos, sino que se ordenó, por un lado, una protección especial a los derechos de estos sobre los recursos naturales en general, entre estos el de participar en su utilización, administración y conservación, y por el otro, estableció el derecho de los pueblos indígenas a participar, en la medida de lo posible, en los beneficios que reporten las actividades de prospección y explotación de los recursos del subsuelo en sus territorios, así como de percibir una indemnización por cualquier daño derivado de estas actividades (artículo 15).

El Convenio 169 sigue siendo hoy el instrumento internacional más importante en materia de derechos de los pueblos indígenas, no por ser necesariamente el más avanzado y garantista en la materia, sino por ser de carácter vinculante para los Estados que lo han ratificado. En general sus disposiciones tienen el valor superlativo de haberse constituido en referentes normativos indispensables para los procesos constituyentes adelantados en los diferentes Estados latinoamericanos, durante los años subsiguientes a su adopción, lo cual ha permeado en diferente medida la producción normativa de rango legal y reglamentaria al interior de los distintos países del continente (CIDH, 2009). Aunado a ello, la importancia de los avances que este Convenio supuso en cuanto al reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas se deja ver en su apropiada dimensión a través de una mirada a su influencia sobre los ejercicios de interpretación judicial adelantados por tribunales constitucionales como el colombiano, así como los regionales encargados de esta labor; jurisprudencia a la cual se hará referencia en el segundo capítulo de este trabajo.

2.3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

Una de las claves para entender la importancia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 (en adelante Declaración ONU) parece estar en poder apreciar lo que fue su proceso de elaboración, construcción y

discusión (Méndez & Martín, 2006: 337). Los primeros pasos encaminados hacia la elaboración de un proyecto de Declaración se remontan a inicios de la década de los años ochenta, cuando la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías³⁹ planteó la necesidad de redactar una lista de principios en la materia.

En este marco resultaría destacada la labor del para entonces recién creado Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas⁴⁰, a quien la mencionada Subcomisión encomendó tal responsabilidad. Así, en desarrollo de su mandato consistente en la promoción de estándares en la materia, en el año 1988 este Grupo de Trabajo presentó el que fuera un primer proyecto de declaración, el cual “reflejaba sustancialmente las propuestas presentadas por los representantes de los pueblos indígenas” (Anaya, 2005: 109).

Luego, tras una falta de consenso en torno al mismo, en el año 1995 fue establecido por la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social, un Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración. A pesar de tener la importante misión de coordinar el proceso de negociación del contenido del proyecto de declaración entre los Estados y las organizaciones indígenas, la participación de éstas últimas se caracterizó, tal como señala Santamaría (2008: 243), por ser más limitada a la producida en el seno del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones indígenas, pues “sus sesiones estaban reservadas para “expertos jurídicos” titulares de una acreditación especial”.

Respecto de las condiciones en que la participación de los pueblos indígenas se produjo en este Grupo de Trabajo, Kempf (2009: 53) señala lo siguiente:

Como en otros órganos similares que se ocupan de derechos humanos, las organizaciones indígenas y otras organizaciones no gubernamentales (ONG) que no tienen el Estatuto del Consejo Económico y Social no pueden acceder a sus actuaciones. No obstante, la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos también fijó procedimientos para la participación de organizaciones indígenas no reconocidas como entidades consultivas.

³⁹ Desde el año 1999 denominada Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

⁴⁰ Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1985/22 del 29 de agosto de 1985.

Debe señalarse así mismo que en beneficio de la participación de representantes de los pueblos y organizaciones indígenas en el Grupo de Trabajo Sobre el Proyecto de Declaración, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió en el año 1995 que los recursos del Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Poblaciones Indígenas, creado en el año 1985 con el objeto de asistir financieramente ésta participación en el marco de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, fuera también destinado a estos efectos (Kempf, 2009).

Lo cierto es que solo en el año 2006, después de muchas discusiones, el Consejo de Derechos Humanos aprobó el texto final de la Declaración⁴¹, recomendando lo propio a la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo cual solo se produjo hasta el año 2007⁴². Y si bien su aprobación no debe hacer pensar que con ella fueron satisfechas la totalidad de las expectativas de los pueblos indígenas en relación con el reconocimiento de sus derechos, entre ellos los territoriales⁴³, autores como Anaya (2005) sostienen que su legitimidad y autoridad deriva del hecho de haber sido su texto el resultado de esforzados acuerdos logrados tras agitados y complejos debates que contaron con la activa participación de los pueblos indígenas, los representantes de los Estados y de diferentes especialistas en la materia.

La Declaración ONU representa un avance para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos porque en ella no solo se les aborda de una manera más completa y enfática, sino porque además su texto permitió que éstos fueran articulados con otros derechos de inmensa importancia, como lo son el derecho a la libre determinación (artículo 3) y el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento previo, libre e informado en relación con las medidas que tengan la entidad de afectar su integridad como pueblos.

⁴¹ Resolución 1/2 del Consejo de Derechos Humanos del 29 de junio de 2006.

⁴² Doc. A/RES/61/295 del 10 de diciembre de 2007.

⁴³ Una de las objeciones al texto final que Edith Bastidas (2006: 160) pone de presente, fue la presentada por el Consejo Internacional de Tratados Indios, de acuerdo con la cual se extraña en la Declaración ONU el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer la relación “material” con sus tierras, territorios y recursos, toda vez que ello fue eliminado del texto de su artículo 25 y con esto limitada su protección únicamente a la relación “espiritual”.

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas⁴⁴ constituye la base en que se apoyan el resto de los derechos reconocidos en la Declaración (Clavero, 2011). Su importancia es transversal al ejercicio de aquellos derechos sobre los territorios y recursos naturales, pues en virtud suya, además de protegerse que los pueblos indígenas puedan determinar con libertad sus opciones de desarrollo económico, social y cultural (artículo 3), les es reconocido el derecho a su autonomía y autogobierno (artículo 4).

De otro lado, el derecho de los pueblos indígenas a obtener de ellos un consentimiento libre, previo e informado –CLPI- consiste en “un derecho reforzado de carácter específico, que constituye un requisito adicional al ejercicio de otros derechos (como la participación o la consulta previa) para que el Estado pueda tomar una decisión, cuando la materia en cuestión está referida a hechos que puedan afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas y poner en riesgo su integridad” (Yrigoyen, 2009: 30). Este derecho está contemplado en la Declaración ONU de 2007 como una finalidad genérica predicable de todo proceso de consulta a los pueblos indígenas (artículo 19)⁴⁵.

De acuerdo con Yrigoyen (2009: 30), cabe hacer una distinción entre el derecho al CLPI como *finalidad* de las consultas realizadas a los pueblos indígenas, y de otro lado, como *requisito* o presupuesto para la toma de decisiones. Mientras que en el primero de los casos, señala, la validez de la consulta no está sujeta al logro de esa finalidad, el CLPI como requisito supone en el segundo de los casos que su obtención es obligatoria e indispensable para decidir sobre una medida determinada⁴⁶.

⁴⁴ “Derivado de los valores fundamentales de libertad e igualdad, asociado expresamente con los pueblos y no con los estados, y proclamado en varios instrumentos de derechos humanos, el principio de autodeterminación surge dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos y por tanto beneficia a los seres humanos *en cuanto que seres humanos*, y no a las entidades soberanas como tales” (Anaya, 2005: 139-140).

⁴⁵ Sobre el derecho al CLPI y su diferencia con el derecho a la consulta previa véase a Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Cooperación alemana, GIZ & Universidad del Rosario.

⁴⁶ Si bien el Convenio 169 ya había contemplado la obtención de un consentimiento libre y dotado de un pleno conocimiento como requisito necesario para llevar a cabo el traslado y reubicación de pueblos indígenas (artículo 16, numeral 2), la Declaración ONU de 2007 amplió el mandato de esta obligación a los eventos relacionados con el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en sus territorios (artículo 29 numeral 2).

La distinción señalada por Yrigoyen atiende también, en la práctica, a la disputa entre el Estado y los pueblos indígenas por la decisión final de adelantar o no un determinado proyecto. En ese marco debe destacarse lo señalado por el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2009: 18) cuando advierte acerca de la importancia que tienen, a efectos de identificar la necesidad de adelantar la consulta como requisito o no, tanto la determinación del tipo de derecho que está en juego, como de la intensidad de los efectos que se generen sobre éste tras la ejecución de la medida que pretenda implementarse, pues de acuerdo con el Relator, “un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción solida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas”⁴⁷.

En términos generales, puede entonces afirmarse que la Declaración ONU de 2007 aborda los derechos territoriales indígenas de una manera más completa y directa. Dos referencias en las consideraciones iniciales del documento llaman la atención de manera especial: en primer lugar, el reconocimiento, tanto de las injusticias históricas que estos pueblos han padecido, como de su relación causal con la desposesión de sus tierras, territorios y recursos; y en segundo lugar, la afirmación de la existencia de un vínculo necesario entre el derecho a controlar sus tierras, territorios y recursos y el mantenimiento y reforzamiento de sus tradiciones, instituciones y culturas.

Sobre este último punto quiere hacerse énfasis particular en la contundencia de la expresión “control”, que si bien el Convenio 169 ya había utilizado al hablar del derecho de los pueblos indígenas a controlar su desarrollo económico, social y cultural; resulta destacable que la Declaración se refiera de manera enfática, y en más de una ocasión, al derecho de estos pueblos a controlar sus tierras, territorios y recursos. Ello vuelve a expresarlo en el artículo 26.2 donde señala que “Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización”.

⁴⁷ Este planteamiento comparte la misma línea de una tendencia en actual construcción, a la luz de la cual se ha dado un mayor alcance al requisito del consentimiento previo, libre e informado a instancia de la Corte IDH. Ver Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam del 28 de noviembre de 2007.

Un logro importante de los pueblos indígenas en el ámbito del derecho internacional fue como se dijo, el reconocimiento de un vínculo cultural y espiritual con sus territorios, pues ello lo es al tiempo de una diferencia básica que los caracteriza como pueblos. Pues bien, la Declaración ONU de 2007 revela en este punto y una vez más, un interés en clarificar y concretar ciertos temas tratados de una manera más general por el Convenio 169. Tal es el caso del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a “mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente” (artículo 12), así como a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado (...)” (artículo 25).

De igual manera, otra de las preocupaciones de esta Declaración fue la de hacer explícitas las garantías que deben observar los Estados en los procesos de reconocimiento y adjudicación de derechos de posesión, uso y propiedad sobre las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas. Estas garantías deben ser de acuerdo con ésta, las de “un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas” (artículo 27). La importancia de tales garantías radica entre otras cosas en que las mismas se ocupan de establecer estándares aplicables a los procesos administrativos en los que se busca decidir acerca del reconocimiento y adjudicación de estos derechos.

La manera en que son abordados por la Declaración dos asuntos con importancia directa en los derechos territoriales de los pueblos indígenas, como lo son las cuestiones ambientales y militares, respalda el carácter vanguardista que se le adjudica a la misma. Sobre la primera de ellas debe destacarse el reconocimiento que ésta hace del derecho de los pueblos indígenas a la “conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos”, derecho cuyo cumplimiento demanda para los Estados según la misma Declaración, un deber consistente en “establecer y ejecutar programas de asistencia” (artículo 29).

Tan novedoso como polémico es por otra parte el aspecto relacionado con la problematización que hace la Declaración ONU de 2007 acerca del desarrollo de actividades militares en territorios indígenas; una cuestión que si bien es de interés para los pueblos indígenas de aquellos países que no padecen conflictos armados internos, adquiere una relevancia trascendente para aquellos pueblos indígenas que habitan países como Colombia, en donde el ideal constitucional de una entera presencia Estatal en el territorio nacional, viene siendo abordado mediante políticas marcadas prevalentemente por conceptos militares y de la seguridad.

En relación con este aspecto, la Declaración no solo destaca en sus consideraciones iniciales la “contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales”, sino que a su vez proscribe la realización de actividades militares en las tierras o territorios indígenas salvo para los casos en que el interés público lo amerite o así se haya acordado o solicitado, estableciendo adicionalmente, para estos casos excepcionales, el deber de los Estados de adelantar consultas previas con los pueblos indígenas (artículo 30). La complejidad del punto es tal en nuestro país, que explica una de las causas que motivaron la renuencia inicial del Estado Colombiano para adherir a la Declaración⁴⁸.

Finalmente, en relación con el valor normativo de esta Declaración, debe señalarse que si bien ha hecho carrera la tesis jurídica que sostiene la idea que de ella no deriva en estricto sentido un carácter vinculante para los Estados parte⁴⁹; no solo la adhesión de estos a la misma se constituye en un fuerte compromiso político (Rodríguez, et. al., 2010), sino que, por el solo hecho de tratarse de un instrumento internacional con plena vigencia, los derechos y deberes que allí se recogen constituyen un referente y estándar, tanto para la

⁴⁸ Junto a esta salvedad, Colombia señaló otras dos relacionadas con la propiedad del Estado sobre el subsuelo y la imposibilidad de interpretar el consentimiento libre, previo e informado como un derecho de veto de los pueblos indígenas.

⁴⁹ Acerca del debate suscitado en torno al carácter vinculante o no de esta Declaración, en su condición de miembro experto del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Bartolomé Clavero señaló: “En el derecho internacional contemporáneo se suele afirmar que las declaraciones son instrumentos no-vinculantes. Tal afirmación encierra indudablemente un sentido, pues así se distinguen de los pactos o tratados de derechos humanos que vinculan a los Estados mediante su ratificación y consiguiente supervisión por parte internacional. Sin embargo, esta contraposición entre tratados vinculantes y declaraciones no-vinculantes transmite el mensaje equivocado de que las declaraciones carecen de fuerza normativa” (ONU, 2009).

producción de normas, como para su interpretación por parte de los diferentes operadores jurídicos. Su promoción es además un mandato para el Relator Especial⁵⁰, el cual cumple, entre otras maneras, a través de sus informes y recomendaciones orientadas al seguimiento sobre la vigencia y efectividad de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

2.4. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el plano regional existen avances jurídicos significativos en lo que tiene que ver con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos. Esta evolución sin embargo tiene la característica de haberse producido gracias a la labores interpretativas realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte IDH sobre instrumentos normativos que no mencionan ni ésta, ni otras cuestiones relativas a los pueblos indígenas. Tales instrumentos son la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del año 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CIDH, 2009).

La ausencia de una referencia expresa y diferenciada, relativa a los derechos de los pueblos indígenas en estos instrumentos, ha supuesto en la práctica que los avances relacionados con los niveles de protección de aquellos, se hayan producido a instancias de la CIDH y de la Corte IDH como corolario de su empeño en dar un mayor desarrollo y eficacia en la región de los derechos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU de 2007, esfuerzo que se corresponde con el cumplimiento de sus mandatos de promoción, interpretación y aplicación de los derechos humanos.

El desarrollo jurisprudencial en el sistema regional ha venido elaborándose en el caso de los derechos territoriales indígenas, principalmente, como resultado de la interpretación hecha por la Corte IDH sobre dos disposiciones relativas a la garantía del derecho de propiedad privada individual, como lo son los artículos XXIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de estos dos artículos, caso a caso, y con fundamento en los instrumentos

⁵⁰ Resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos.

internacionales mencionados, la Corte IDH ha protegido los derechos territoriales de los pueblos indígenas, así como otros derechos de estos pueblos cuya satisfacción se condiciona a la de aquellos.

De esta manera, dentro de los derechos que han sido protegidos y progresivamente desarrollados por la Corte IDH, podemos mencionar aquellos relativos a los sistemas de propiedad comunal de estos pueblos⁵¹, su relación especial con los territorios y recursos naturales⁵², el vínculo existente entre el reconocimiento de sus derechos sobre los territorios ancestrales y su supervivencia, identidad e integridad cultural⁵³; así como el derecho a obtener de ellos un consentimiento libre, previo e informado como requisito para determinados proyectos en sus territorios o como finalidad de una consulta acerca de estos⁵⁴ (CIDH, 2009).

Desde dos puntos de vista puede sostenerse el relevante papel que desempeña la Corte IDH en el marco de la garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas a nivel regional. Por un lado, en atención al carácter vinculante de sus sentencias, cuya obligatoriedad deriva de principios y normas del derecho internacional que sujetan a los Estados al cumplimiento de buena fe de los tratados de los cuales éstos son parte, así como

⁵¹ Sobre el particular, en el Caso de la *comunidad indígena Sawhoyamaya Vs Paraguay*, la Corte IDH señaló que “[e]sta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes”.

⁵² En relación con los recursos naturales, la Corte IDH en la sentencia del Caso del *Pueblo Saramaka Vs Surinam* del 28 de noviembre de 2007 señaló que “los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado y ocupado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”.

⁵³ En el caso de la comunidad *Yakye Axa Vs Paraguay*, la Corte IDH advertía bajo los hechos allí demostrados que “la posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable”.

⁵⁴ En el caso *Pueblo Saramaka Vs Surinam*, la Corte IDH fijó de la siguiente manera una regla para determinar los eventos en que resulta un deber para los Estados obtener de los pueblos indígenas y tribales un consentimiento libre, previo e informado: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”.

al de las sentencias de los tribunales encargados de hacerlos valer (Berraondo, 2013). Adicional a ello, las razones a través de las cuales la Corte IDH justifica las decisiones en los casos sobre disputas entre Estados y pueblos indígenas del continente que resuelve, se han venido constituyendo en criterios de interpretación, en reglas de caso en el mejor de los escenarios, para los tribunales constitucionales de los países de la región.

En el caso colombiano, si bien a la fecha solamente se ha producido a instancias de la Corte IDH, una única sentencia condenatoria contra el Estado a favor de los pueblos indígenas en el marco del caso *Germán Escué Zapata Vs Colombia* del año 2007 (Ariza, 2013); ha sido principalmente como resultado de una progresiva pero decidida incorporación de los mencionados criterios en la argumentación jurídica de litigantes en derechos humanos y jueces constitucionales, que se evidencia el importante papel que la Corte IDH ha adquirido en la protección de los derechos de estos pueblos en el país. Un buen ejemplo de lo anterior es el desarrollo que ha venido dando la Corte Constitucional en algunas de sus sentencias, sobre el derecho al consentimiento libre, previo e informado, haciendo para ello reiteradas referencias a las sentencias de la Corte IDH⁵⁵.

Ahora bien, ésta activa labor judicial contrasta sin embargo en el nivel regional, con la complejidad y larga duración de las negociaciones, discusiones y búsqueda de consensos que en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha supuesto el proceso de aprobación del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; situación que pone de presente una mayor eficacia de las vías judiciales en relación con los logros alcanzados en el marco de acuerdos político-normativos.

La elaboración de dicho proyecto fue confiada en el año de 1989 a la Corte IDH y al Instituto Indigenista Interamericano, y aunque la aprobación del mismo por parte de la CIDH se produjo en el año de 1997; con el objeto de concertarlo y discutirlo, la Asamblea General de la OEA resolvió crear en el año de 1999 un Grupo de Trabajo⁵⁶ cuya finalidad habría de ser la de continuar con la consideración del proyecto, atendiendo para ello a los

⁵⁵ Entre otras ver las sentencias T- 769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-366 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-376 de 2012, M.P. María Victoria Calle.

⁵⁶ Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES 1610 (XXIX-0/99).

comentarios y la participación de los Estados, los diferentes organismos interamericanos y por supuesto de los pueblos indígenas (Peña, Cabedo & López, 2002).

El proyecto aprobado de la Declaración incluye varias referencias relacionadas con la temática territorial de los pueblos indígenas, siendo algunas de las que pueden destacarse: el derecho a la preservación de los sitios sagrados (artículo X), el derecho a “conservar, restaurar y proteger su medio ambiente, y la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos” (artículo XIII) y las “formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural” (artículo XVIII). Si bien al igual que lo ya señalado en relación con la Declaración ONU de 2007, en estricto sentido estas disposiciones no serían vinculantes para los Estados que la adoptasen, la garantía de su ámbito de influencia normativa es también un motivo de preocupación abordado en el artículo XXVIII, pues allí señala el deber de “promover el respeto y aplicación plena de las provisiones de esta Declaración”, deber que hace exigible al completo de la organización de Estados, incluidos todos sus órganos, organismos y entidades⁵⁷.

Conclusiones

Tras la conquista, una vez puesta en disputa, la tierra se constituyó a partir de ese momento en un eje fundamental de las relaciones entre los pueblos indígenas, los poderes de gobierno y la sociedad no indígena. Así, una vez producido en el período colonial el reconocimiento de las tierras colectivas o de comunidad, las disputas territoriales que atraviesan dichas relaciones iniciaron un proceso de sometimiento al derecho (nacional e internacional), como a las instituciones de administración y justicia encargadas de su cumplimiento.

Lo anterior se produjo en un primer momento en el marco de una política *tutelar* que vinculaba al entero de la administración colonial a la protección de las tierras comunales.

⁵⁷ En el marco de la “Novena Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos” (GT/DADIN/doc.285/07 rev.1) adelantada en el año 2007 por el Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Secretario General de la Organización de Estados Americanos expresó su preocupación por la lentitud de los avances en torno a los consensos necesarios para la aprobación de la misma.

Luego, instaurada la república, dicho sometimiento al derecho y las instituciones se dio como expresión de políticas nacionales e internacionales oscilantes, por un lado, en el asimilacionismo que en el caso de Colombia impulsó para sus propósitos, unas veces medidas de división y otras de preservación de resguardos, y por el otro, el reconocimiento nacional e internacional de las tierras indígenas, pero articulado al de su existencia cultural diferenciada, lo cual se produce de la mano de su posicionamiento político y normativo.

Dos tipos de desconocimiento de los derechos indígenas sobre sus tierras pueden ser advertidos en el marco de estas transformaciones de políticas en materia de pueblos indígenas: 1. aquel derivado de la “divergencia” entre los reconocimientos normativos y una realidad social y económica que los hacía ineficaces, y 2. Las ofensivas políticas mediante la expedición de un sin número de Leyes y Decretos que, en desconocimiento de normas que reconocían el carácter colectivo de las tierras, buscaron su división.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: AVANCES Y LÍMITES NORMATIVOS.

Un hecho coyuntural en las relaciones entre el Estado y las poblaciones étnicamente diferenciadas en Colombia fue el proceso de aprobación de un nuevo texto constitucional en el año 1991. Si bien, tal como se ha visto, no es posible reducir a este único acontecimiento normativo todo un proceso histórico de disputas por el reconocimiento de los derechos indígenas sobre sus tierras, lo cierto es que a partir de inicios de los años noventa, en medio de un Estado debilitado por un conflicto armado interno agudizado, se abrieron paso en el país nuevos discursos políticos y normativos, así como escenarios de disputa que complejizaron la reivindicación de los mismos.

En el marco de los avances en el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas producidos de la mano de la adopción en estos años de una nueva Carta Política y de los instrumentos internacionales, el presente capítulo buscará mostrar de qué manera las disputas por estos derechos comenzaron a centrarse ahora en dar a éstos plena eficacia en el marco de la actividad legislativa y administrativa del Estado. A partir de allí se pondrá en evidencia no solo la ausencia actual en Colombia de “un régimen especial de administración, manejo y aprovechamiento de tierras y recursos en territorios indígenas, acorde con la Constitución de 1991” (Roldán & Sánchez, 2013: 193), sino también la necesidad que ello supuso de trasladar el análisis de la implementación de tales derechos a nuevos espacios de disputa.

Con este objeto, en este capítulo se presentará primero una breve introducción que sitúe la adopción de la Constitución Política de 1991 en el contexto que ha permitido el posicionamiento de los derechos territoriales indígenas, para luego sí abordar lo que ha sido en Colombia con posterioridad a 1991 el desarrollo legal y reglamentario de los derechos territoriales indígenas y su aplicación por parte de las autoridades administrativas. Lo anterior se llevará a cabo a partir de cuatro criterios de análisis que en conjunto, proponemos, integran aquellos aspectos problemáticos en torno al ejercicio pleno de estos

derechos; tales categorías son: el derecho de propiedad sobre las tierras y recursos, el derecho a la autonomía en el marco del ordenamiento territorial del Estado, el derecho a la participación y a la consulta previa, y el vínculo entre territorios indígenas y el ordenamiento ambiental.

1. La Constitución Política de 1991 como contexto de las disputas territoriales de los pueblos indígenas.

Una clave para entender el carácter coyuntural que supuso para las disputas territoriales indígenas el hecho de la aprobación de una nueva Constitución Política está en ambientar ideológicamente dicho proceso, dándole un lugar en un momento histórico como el de inicios de los años noventa en el que se están produciendo acontecimientos que serían determinantes para el desarrollo de las mismas. Así, en primera medida, un nuevo orden económico unipolar está constituyéndose en el planeta tras la caída de la llamada *cortina de hierro*, permitiendo al modelo de economía capitalista la expansión de sus fronteras, o más bien, el inicio de su camino hacia la eliminación de las mismas. De igual manera, estos años finales del siglo XX coinciden con una etapa de gran visibilidad de colectivos hasta entonces en gran medida invisibilizados, pues, “la nueva ola de globalización que ha recommenzado en la década del noventa, como consecuencia del término de la Guerra Fría, ha estado acompañada por la emergencia de antiguas identidades locales, religiosas y étnicas en todas partes del mundo” (Bengoa, 2000: 34).

En este marco, nuevas perspectivas son abordadas en los instrumentos normativos del derecho internacional aprobados en estos años. Por un lado, los Estados, y en gran medida los latinoamericanos, están comenzando a implementar las disposiciones del entonces recién aprobado Convenio 169 de la OIT, cuya importancia para los derechos territoriales indígenas ya hemos señalado. De igual manera, aunque posterior en el tiempo, la celebración en el año 1992 de la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, y la consecuente aprobación de la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, así como de la Agenda 21; confirmaban para entonces una preocupación mundial por las consecuencias

ambientales de la carrera por el desarrollo, al tiempo que reconocían un importante papel de los pueblos indígenas en la ordenación del ambiente.

En el plano nacional, puede afirmarse que la importancia de la aprobación de la Constitución de 1991, en relación con los derechos de los pueblos indígenas, fue tanto normativa como simbólica. Lo anterior en la medida en que, siendo un momento histórico marcado por el descontento generalizado hacia las fuerzas políticas tradicionales y una violencia social con fuerte presencia del narcotráfico, la activa participación de las organizaciones y movimientos sociales indígenas en el proceso constituyente⁵⁸, fue en sí misma un ejemplo de reconciliación para el entero del país. De allí que, como sugiere Sánchez (2010: 84), en este marco, el Estado se “relegitima y reafirma (en) su capacidad de actuar en nombre del pueblo colombiano, en nombre de la voluntad general, pero también reconociendo derechos de minorías”.

En realidad, si hay una cualidad en aquel texto, es la del alto grado de legitimidad que le imprimiera este proceso, pues en él se contó con la participación de diversos sectores sociales y políticos del país⁵⁹ (Quinche, 2010: 13). Al haber adquirido allí el Estado colombiano un carácter democrático, participativo y pluralista, al tiempo que se le vinculara al reconocimiento, protección y fomento a la cultural en sus más diversas manifestaciones (artículos 1º, 7º, 8º, 70, 71 y 72 CP); su aprobación fue, en este mismo sentido, una apuesta por la búsqueda de acuerdos democráticos en varios ámbitos, entre ellos el étnico.

Varias transformaciones jurídicas y políticas se produjeron a la luz de este nuevo texto constitucional. La participación adquirió en esta Constitución un carácter transversal; allí juega en el preámbulo como marco jurídico de los fines del Estado, pero también como principio constitucional (artículo 3º CP), derecho fundamental (artículo 40 CP) cuyo

⁵⁸ Junto con los electos constituyentes Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry, los pueblos indígenas contaron con la representación del delegatario Alfonso Peña Chepe, cuya presencia en la Asamblea Nacional Constituyente materializó unos de los acuerdos pactados entre el Gobierno Nacional y el entonces recién desmovilizado Movimiento Armado Quintín Lame – MAQL (Avirama, 2011).

⁵⁹ “[C]omo hecho único en la historia del país, al lado de los políticos y de los aristócratas de las regiones, tomaron asiento como constituyentes, personas venidas de los más diversos orígenes. Hubo allí estudiantes, líderes sociales, políticos, miembros de comunidades religiosas, sindicalistas, intelectuales, indígenas, afrocolombianos y sujetos de otros sectores, ejercitando una experiencia participativa jamás ensayada en el país” (Quinche, 2010: 13).

ejercicio se vincula de otro lado a los diferentes mecanismos establecidos para ello (artículo 103). Este principio buscó transformar arraigadas prácticas verticales y autoritarias del ordenamiento de 1886, de tal suerte que, como lo señalara la propia Corte Constitucional, “los instrumentos de participación democrática garantizados por la Constitución no se limitan a la organización electoral sino que se extienden a todos los ámbitos de la vida individual, familiar, social y comunitaria” (Sentencia C-089 de 1994).

De otro lado, en relación con la organización territorial, el nuevo texto constitucional buscó acercar el Estado al ciudadano creando para ello nuevos niveles territoriales y dotando a sus entes con mayores atribuciones. Así, ya de entrada, en su artículo 1º, la nueva Carta estableció como uno de sus principios fundamentales la organización del Estado Colombiano bajo la forma de “República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales”. A esta organización así concebida subyacen pues los principios de autonomía y descentralización como “núcleos constitucionales de la organización territorial en Colombia” (Quinche, 2010: 742).

Adicional a lo anterior, a la luz de este texto constitucional se produjo una revalorización normativa de la cuestión ambiental al interior del ordenamiento jurídico colombiano, pues si bien para entonces la materia ya venía siendo objeto de regulación, ésta se había producido en planos normativos de menor jerarquía. Aspectos como la asignación de una función ecológica a la ya existente función social del derecho de propiedad (artículo 58 CP) o la estructuración de todo un conjunto de derechos, garantías y obligaciones en materia ambiental, hacen de la Carta Política de 1991 lo que la doctrina ha denominado una *Constitución Ecológica* (Patiño, 1999; Rodríguez G.A., 2012).

La realización de esta nueva concepción del Estado comporta desde entonces un aspecto central en el marco de las disputas en torno a los derechos territoriales de los pueblos indígenas. El cumplimiento de los principios y derechos derivados de éstas transformaciones constitucionales, así como de aquellos contenidos en el Convenio 169 de la OIT, incorporó desde entonces a estas disputas un nuevo reto: la implementación de los mismos a través de su progresiva materialización en el marco de las dinámicas

institucionales y normativas del Estado colombiano. De esta manera, a partir de 1991, las expectativas de los grupos étnicos volcaron su atención, tanto a los desarrollos legales y reglamentarios de sus derechos, así como a la actividad de los escenarios administrativos del Estado en donde habrían de aplicarse.

2. Propiedad sobre la tierra y sus recursos.

La Constitución Política de 1991 ratificó el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre los resguardos⁶⁰ (inciso 2º artículo 329 CP) que tal como se vio, ya habían reconocido y reglamentado normas como las Leyes 89 de 1890 y 135 de 1961. Con ello, ésta institución de origen colonial se reafirmaba como la referencia más importante en cuanto al reconocimiento estatal de los derechos territoriales de estas poblaciones. En adición a ello, dos rasgos de los resguardos indígenas que desprenden de la Carta Política de 1991 son, por un lado, el de su carácter inalienable, imprescriptible e inembargable⁶¹ (artículo 63 CP) y, por el otro, los deberes que en virtud de la función social y ecológica de la propiedad (artículo 58 CP) derivan para los pueblos indígenas titulares de los derechos de propiedad colectiva sobre los mismos.

La reivindicación de la institución del resguardo como epicentro de las demandas territoriales del movimiento indígena fue casi unánime en el contexto constituyente, puesto que para ese momento, tanto éstos, como los sectores sociales y académicos que los

⁶⁰ Definido ya para entonces como una “institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales” (Decreto 2001 de 1988, artículo 2º).

⁶¹ Estas características que los resguardos indígenas comparten con los bienes de uso público, fueron definidas por la Corte Constitucional de la siguiente manera: “a) Inalienables: significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc. b) Inembargables: esta característica se desprende de la anterior, pues los bienes de las entidades administrativas no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios. c) Imprescriptibles: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes³. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados, es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados” (Sentencia T-566 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

coadyuvan en su causa, tenían aprendidas sus bondades en cuanto a la preservación del carácter colectivo de la propiedad (Houghton, 2008: 85).

Puede sin embargo señalarse que la importancia que se atribuye a este nuevo carácter constitucional del resguardo no se ubica tanto en el reconocimiento mismo de la institución, pues éste era ya un terreno ganado, gracias a las luchas por la recuperación de tierras que venían adelantando los pueblos indígenas desde hace décadas, y cuyos mayores frutos se dieron, como ya se dijo, durante los años ochenta. Dicha importancia recae más bien en la articulación de esa figura con el nuevo carácter plural y democrático del Estado, pues el resguardo dejaba de ser desde entonces un mecanismo de asimilación, de reducción a la vida civilizada como lo mandaba la Ley 89 de 1890, al pasar a ser parte central de un reconocimiento a la diversidad, a la diferencia.

Debe mencionarse así mismo que si bien para el momento de entrar en vigencia la nueva Carta Política, la noción de *territorio* ya estaba presente en el ordenamiento jurídico legal colombiano⁶², tal como lo advierte Houghton (2008: 85-86), “la ausencia de un estatus jurídico interno para tal categoría condujo a que no fuese utilizada de forma amplia por las organizaciones ni comunidades indígenas, ni como reivindicación política ni como exigencia jurídica”. La fundamentación de las aspiraciones territoriales indígenas a través del *territorio* como expresión integral de las mismas, viene entonces a adquirir el estatus señalado, solamente durante el transcurso de los años subsiguientes a 1991, siendo su teorización resultado, en gran medida, de la exigibilidad de las disposiciones de instrumentos internacionales como la Convención Americana y el Convenio 169 de la OIT ante los órganos judiciales del orden nacional y regional, lo cual se analizará en el último capítulo de este trabajo.

Ahora, más allá de la importancia política y simbólica que representó para la visibilidad de los pueblos indígenas este nuevo marco constitucional plural y democrático; interesa evaluar cuál ha sido desde entonces el resultado material del mismo en cuanto al acceso y

⁶² “Aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales” (Decreto 2001 de 1988, artículo 2°).

ejercicio del derecho de propiedad colectiva indígena en los años de vigencia del mismo. Lo anterior supone, en primera medida, abandonar la idea según la cual, la Constitución Política de 1991 fue el acontecimiento normativo con el cual fue superada toda exigencia de reconocimiento y titulación de resguardos indígenas (Houghton, 2008: 86), pues, como lo muestra la tabla 1, no siendo al día de hoy un problema resuelto, la gran mayoría de hectáreas actualmente tituladas, no se producen durante su vigencia. Tal evaluación debe considerar también que junto con la apertura democrática vivida en el año 1991, se produjo una apertura económica en el país, en la que los recursos naturales, abundantes en dichas tierras, juegan un rol principal. Así mismo, dicho análisis, como cualquiera en materia agraria en nuestro país, no le puede ser ajeno el contexto de violencia armada en el marco del cual todos estos postulados se han debido implementar.

Tabla No. 1

No. Total de resguardos titulados por el INCORA y el INCODER	Área (has.) titulada y ampliada antes de 1991	Área (has.) titulada y ampliada después de 1991	Total Área (has.) tituladas y ampliadas
712 ⁶³	24.330.381,80	7.848.508,98	32.179.092.9771

Tabla realizada por el autor de información suministrada por el INCODER con corte a abril de 2013.

Pues bien, dos momentos pueden ser presentados a efectos de caracterizar lo que ha sido con posterioridad al año 1991 el proceso de implementación de los derechos indígenas sobre sus tierras, a través del desarrollo legal y reglamentario de los postulados constitucionales a los cuales éstos se circunscriben. El primero de ellos pautado por la expedición de la Ley 160 de 1994 durante el gobierno de Cesar Gaviria Trujillo, con la cual se diera inicio a una nueva apuesta por la reforma agraria; y el segundo por las reformas normativas en materia agraria y de recursos naturales que marcan los inicios del siglo XXI y su articulación con las consecuencias de un conflicto armado recrudecido.

⁶³ Esta cifra difiere sin embargo de la recogida en el Anexo IV del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Bases para el Programa de Garantías de los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas”, de acuerdo con la cual existen 735 resguardos titulados.

2.1. Los resguardos indígenas tras una nueva apuesta de reforma agraria.

La legalización de tierras indígenas viene a ser nuevamente objeto de la normatividad legal y reglamentaria a los pocos años de ser aprobada la nueva Constitución Política. Así, con el objeto de dar desarrollo al mandato estatal que en ella se establecía, consistente en “promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra” (artículo 64 CP), fue expedida la Ley 160 de 1994 en la que se buscó “reformular la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico” (artículo 1º).

A través de dicha Ley, el Estado planteó una reforma agraria en la que reconfiguraba su papel en la redistribución de la propiedad rural, pues gracias a que en ella se apostó por la negociación voluntaria de tierras entre campesinos y propietarios, al tiempo que fue contemplada la creación de un subsidio para la adquisición de tierras y el establecimiento de bonos agrarios en la forma de pago, le fue posible al Estado privilegiar como estrategia de redistribución agraria, las dinámicas propias del mercado de tierras.

La Ley 160 dedicó su capítulo XIV a los resguardos indígenas; allí fijó en cabeza del entonces INCORA las obligaciones de adelantar estudios encaminados, por un lado, a determinar “las necesidades de tierras, de las comunidades indígenas, para el efecto de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo”, así como a establecer la legalidad de los resguardos existentes, facultándolo de esta manera para adelantar los procedimientos administrativos de constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos⁶⁴ (artículo 85 Ley 160). Estos procedimientos fueron posteriormente reglamentados por el Decreto 2164 de 1995, con el cual fue incorporando a su trámite la realización de un “estudio socioeconómico, jurídico y de tenencia de tierras” a cargo del INCORA, que habría de realizarse de manera coordinada con los cabildos y las autoridades tradicionales indígenas. Con ello se buscó abordar de

⁶⁴ “Los estudios de títulos coloniales y la subsiguiente reestructuración de resguardos ha sido un dolor de cabeza para los pueblos indígenas, pues los estudios de títulos, cuando menos, terminan poniendo en duda la validez de los mismos, lo que ha llevado a adelantar procesos de reestructuración que recortan los derechos territoriales de los pueblos indígenas” (Bastidas, 2007: 13-14).

manera más integral e “inmediata” dichas acciones, procurando garantizar “una visión clara y precisa de un determinado territorio y de su población para adoptar y adelantar los programas pertinentes”⁶⁵ (artículo 4º Decreto 2164).

Esta nueva apuesta por la reforma agraria debió ser emprendida en el peor de los contextos, pues ello coincidió con un recrudecimiento del conflicto interno y una fuerte presencia del narcotráfico, situación que llevó a que las disposiciones de la Ley tuvieran, por el contrario, efectos contrareformistas (PNUD, 2011). Adicional a ello, fue también la desidia estatal un impedimento a su puesta en marcha, pues, de acuerdo con Höllinger (1999) (citado por Ramos, 2001: 144-145), no solo no hubo una real voluntad política ni presupuestal que se correspondieran con las metas que se había propuesto la Ley, sino que de otro lado, a pesar de haber contemplado ésta - como ya lo había hecho la Ley 135 de 1961- la facultad estatal de expropiar tierras para dotar de ellas a entre otros, los pueblos indígenas, el uso de esta facultad estuvo desde un comienzo lejos de ejercerse, pues siempre se trató de una medida bastante compleja y costosa, lo cual hizo inviable su aplicación.

Fueron justamente las insatisfacciones territoriales una de las principales causas que llevaron a varios pueblos y organizaciones indígenas a protagonizar a mediados del año 1996, sendas movilizaciones y tomas pacíficas en Bogotá y diversas regiones del país. Inconformes con las acciones y omisiones gubernamentales en la implementación de éstos y otros derechos legales y constitucionales, y agobiados por los asesinatos y amenazas perpetrados por los diferentes actores armados en conflicto; durante cerca de un mes fueron ocupadas por indígenas las sedes de la Conferencia Episcopal y de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior en Bogotá, así como de algunas oficinas regionales del INCORA (Navia, 1996).

La respuesta apaciguadora del gobierno de Ernesto Samper Pizano fue la expedición en ese mismo año de los Decretos 1396 y 1397 que dieran vida el primero de ellos a la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y el segundo a la Comisión

⁶⁵ El artículo 6º del mismo decreto, pormenorizó los aspectos interdisciplinarios que deben conformar este estudio, entre los cuales se incluyeron factores etnohistóricos, físicos, demográficos, ambientales y los relativos a la explotación y tenencia de la tierra.

Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas. Con la creación de estas instancias los pueblos indígenas lograban la apertura de nuevos canales de comunicación con el gobierno en donde se tratarían en adelante asuntos relativos a sus derechos territoriales.

Dentro de las funciones asignadas a la Comisión Nacional de Territorios Indígenas se establecieron las de concertar la programación anual de acciones del Estado orientadas a la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos; la elaboración de estimativos de costos “para realizar los estudios socioeconómicos, adquisición de predios y mejoras, adecuación institucional, requerimientos técnicos, inscripción de títulos”, así como las de evaluar la normatividad agraria y hacer seguimiento a la autoridad competente en la materia, es decir el entonces INCORA (artículo 2º Decreto 1397). Por su parte, a la Mesa Permanente de Concertación se le asignaron desde entonces, entre otras, algunas funciones de discusión y consenso en relación con la biodiversidad, los recursos genéticos y la propiedad intelectual colectiva, al tiempo que se introdujo la de ser el escenario de concertación con los pueblos indígenas del que fuera entonces el proyecto de Ley mediante el cual se buscaba modificar el Código de Minas, con el objeto de definir allí, cronogramas, procedimientos y condiciones para la delimitación de las zonas mineras indígenas (artículo 12 Decreto 1397).

A pesar de lo positivo que dejaba la expedición de estos Decretos, el balance de los primeros años de vigencia de la nueva Constitución Política realizado por algunos líderes indígenas a mediados de los años noventa, deja ver cómo, tras las expectativas generadas por su aprobación, fue inmediato el descontento por la falta de voluntad política gubernamental que hiciera realidad sus postulados. Al respecto Francisco Rojas Birry advertía entonces cómo “a los cinco años de la Constitución, el Gobierno, o sobre todo los funcionarios, no han entendido que hay nuevas reglas de juego, nuevas herramientas constitucionales legales, que les permiten a los indígenas jalonar un proceso en forma autónoma e independiente”; mientras que, por su parte, Lorenzo Muelas Hurtado, manifestaba entonces que “el balance es muy negativo porque la Constitución del 91, sea buena o mala, es la única que nos ha reconocido, y hemos bregado estos largos cinco años

para tratar de lograr desarrollos y no ha sido posible, no ha habido voluntad política; es muy triste, muy lamentable...muchas veces nos sentimos defraudados” (Navia, 1996).

2.2. Las amenazas al territorio durante el primer lustro del siglo XXI.

Una mirada al estado de la problemática en torno al ejercicio del derecho indígena al territorio en el siglo XXI, pasada ya su primera década, deja ver el que ha sido un nuevo período de sistemáticos desconocimientos al mismo. Esta situación ha estado determinada no solo por el interés que en estos años ha mostrado el Estado en la expedición de normas con las que, al tiempo de apuntarse a la consolidación de un modelo de economía extractiva en el país, se hizo explícita su intención de renuncia a la reforma agraria como estrategia de redistribución de la propiedad rural. Adicional a ello, la violación de los derechos humanos y colectivos de los pueblos indígenas en general se ha visto agudizada a causa del conflicto armado interno que persiste aún en el país. Veamos entonces algunas normas que reflejan lo que ha sido en el campo jurídico esta situación de los últimos años.

La aprobación de la Ley 685 de 2001 “por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”⁶⁶, es tal vez el primer eslabón de la ofensiva estatal producida en este periodo contra los derechos territoriales indígenas. Modificatoria de la legislación minera regulada hasta entonces por el Decreto 2655 de 1988, al tiempo que materializó el interés del Estado en promover un incremento en las actividades orientadas a la exploración y explotación de estos recursos⁶⁷, esta norma introdujo en su articulado algunas modificaciones que desconocen abiertamente los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

⁶⁶ Actualmente esta norma rige en su integridad, tras haber sido declarada en sentencia C-366 de 2011 de la Corte Constitucional la inexecutable de la Ley 1382 de 2010 que la modificaba en varios de sus artículos, debido a la omisión en su trámite del deber de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

⁶⁷ “Entre 2000 y noviembre de 2010 el Ministerio de Minas otorgó 7.264 títulos mineros y tramitó 17.479 solicitudes en toda la geografía nacional; mientras la superficie que se contrató rebasó las 5,8 millones de hectáreas, área superior a las extensiones dedicadas a la actividad agrícola del país” (PNUD, 2011).

Por un lado, allí se buscó vincular forzosamente a estos pueblos a la actividad minera, pues si bien el artículo 35 del Código mantuvo en la lista de zonas de minería restringida, aquellas constituidas como zonas mineras indígenas - ZMI⁶⁸; el margen de autonomía que en el marco de la normatividad anterior, ello dio a estos pueblos en el sentido de optar o no por adelantar labores extractivas en dichas zonas, fue completamente anulado⁶⁹. Ello se produjo tras sujetar el veto a terceros interesados en explorar y explotar los recursos minerales en estas áreas, al no ejercicio en un determinado plazo, del derecho preferencial que el artículo 124 del mismo código estableció en cabeza de los pueblos indígenas para la obtención del respectivo título minero⁷⁰.

Así mismo, inobservando la normativa nacional e internacional que protege los derechos de los pueblos indígenas, no solo sobre las tierras que componen su hábitat, sino también sobre aquellas a las que “hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (artículos 13 y 14 del Convenio 169), los artículos 121 y 271 de este Código adoptaron una visión restrictiva del territorio. El primero de ellos limitando la protección de la integridad cultural, a “las comunidades o grupos étnicos ocupantes *real y tradicionalmente* del área objeto de las concesiones”, y el segundo al establecer como requisito de la propuesta de contrato de concesión presentada por el interesado, el de “la mención de los grupos étnicos con *asentamiento permanente* en el área o trayecto solicitados”. Tal como lo advirtiera el Observatorio Indígena de Seguimiento a Políticas Públicas y Derechos Étnicos (2008), esta visión restrictiva, no solo supone un desconocimiento de las dimensiones espirituales, simbólicas y políticas del territorio, sino

⁶⁸ El artículo 122 de la Ley 685 de 2001 establece: “Zonas Mineras Indígenas. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.”

⁶⁹ “Esta figura se había convertido en un mecanismo para impedir el avance de la gran industria extractiva, pues las comunidades aprovechaban la declaración de las ZMI para realizar actividades mineras de escala artesanal o para excluirlas del mercado, de forma que se bloqueaba el paso a las empresas con pretensiones de explotación intensiva” (Observatorio Indígena de Seguimiento a Políticas Públicas y Derechos Étnicos, 2008: 347).

⁷⁰ El artículo 124 señala que “[l]as comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales”.

que además, de acuerdo con esta lectura, la consulta previa solamente resultaría obligatoria en aquellos casos en que los yacimientos mineros se encuentren justo bajo los pies de estas comunidades.

Otro de los aspectos de este Código que ha sido objeto de cuestionamientos desde diversos sectores sociales y ambientalistas, es el relacionado con la declaratoria de todas las ramas y fases de la industria minera, como una actividad de utilidad pública e interés social⁷¹ (artículo 13). Ello, se denuncia, “ha conllevado a que los propietarios, a quienes ni siquiera se les comunica la existencia de solicitudes de titulación minera sobre sus predios, se vean abocados a vender sus propiedades o ser expropiados, generándose por estas razones desplazamiento de personas y de comunidades organizadas, vulnerándoseles sus derechos fundamentales” (Negrete, 2013: 43). Si bien dicha declaratoria ya había sido hecha por el Decreto 2655 de 1988 con la finalidad de hacer valer las facultades del Estado frente a los privados que buscaban apropiarse de éstos recursos, “en la actualidad, ese mismo argumento se aplica a los pueblos indígenas para expropiarles sus derechos y transferirlos a manos privadas de las transnacionales” (Observatorio Indígena de Seguimiento a Políticas Públicas y Derechos Étnicos, 2008: 348).

Ahora, si bien este Código minero ya anunciaba los rasgos de lo que sería en adelante la política estatal de manejo y aprovechamiento del territorio nacional⁷², uno de los mayores reveses de origen estatal sufridos en estos primeros años del siglo XXI por los pueblos indígenas en la defensa de sus derechos territoriales se produjeron en el marco de las reformas normativas e institucionales promovidas en la década siguiente, a través de las cuales se evidencia que la perspectiva reformista distributiva como estrategia para superar

⁷¹ Con ocasión de su apoyo a la intención del gobierno de Juan Manuel Santos de establecer una moratoria en la expedición de títulos mineros, los pueblos indígenas solicitaron “se reforme el Código de Minas, eliminando el carácter de actividad de utilidad pública y de interés social que actualmente tiene la minería para que prevalezcan sobre la normativa minera los principios constitucionales y legales ambientales, los de autonomía territorial étnica, así como los derechos de los propietarios o poseedores de la tierra sobre las concesiones del subsuelo.” (ONIC, 2013).

⁷² La reordenación normativa del sector minero que este Código procuró sería la base legal de la formulación, cinco años más tarde, del “Plan Nacional para el Desarrollo Minero Visión al año 2019”, documento en el que se plasmarían las políticas de largo plazo, a la luz de las cuales, según allí se señala, “en el año 2019 la industria minera colombiana será una de las más importantes del continente y habrá ampliado significativamente su participación en la economía nacional” (UPME, 2006: 67).

las inequidades en materia agraria, perdía fuerza al ganar terreno un discurso más enfocado hacia la competitividad y el desarrollo.

Así, en esta línea fue expedido el Decreto 1300 del año 2003, mediante el cual fueron suprimidos el INCORA, el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras – INAT, el Fondo de Desarrollo Rural - FDR y el Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura - INPA, dando paso a la creación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER. Esta modificación dejó ver lo que sería la política agraria de los dos períodos de gobierno de Álvaro Uribe Vélez frente a la escandalosa inequidad en la tenencia de la tierra, pues de acuerdo con Mondragón (2006: 50), “la fusión de las cuatro instituciones en una sola estuvo acompañada de la clara ausencia de una política de redistribución de la propiedad agraria y, consecuentemente, de una reducción drástica de los recursos económicos necesarios para cumplir las abundantes funciones que le fueron asignadas”⁷³.

Esta visión agraria del Estado durante estos años tuvo como máxima expresión la aprobación en el año 2007 de la Ley 1152 mediante la cual se establecía el Estatuto de Desarrollo Rural. Si bien dicha norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en razón de haberse omitido en su trámite la obligatoria consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes⁷⁴; habiendo sido considerada en su momento el ataque normativo más frontal hasta entonces recibido por los derechos de los pueblos indígenas (Observatorio Indígena de Seguimiento a Políticas Públicas y Derechos Étnicos, 2008), su contenido y contexto ofrecen elementos de análisis, útiles a la caracterización de las recientes políticas estatales en materia de derechos territoriales indígenas.

La aprobación de la Ley 1152 se produce en un momento del conflicto armado interno en el que la avanzada paramilitar iniciada en los años ochenta, había llegado a cooptar de

⁷³ Al respecto Mondragón (2006: 50) pone de presente cómo la política agraria del gobierno de Álvaro Uribe “se resume en la expresión lanzada por el ministro de Agricultura al momento de definirse la liquidación del Incora: “¡no más reformadera agraria!”. De ese modo se anunciaba que la inmensa mayoría de pobladores del campo no encontraría solución a sus demandas históricas de dotación de tierras con posibilidades de un desarrollo rural democrático”. Lo anterior se evidencia en el caso de los pueblos indígenas en el hecho de que “entre 2001 y 2007 se redujeron entre 70 y 80% las asignaciones presupuestales para adquisición de tierras con destino a resguardos indígenas, al pasar de casi 3.000 millones a mil millones o menos” (Houghton, 2007: 210).

⁷⁴ Sentencia C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

manera importante el órgano legislativo del Estado⁷⁵. La impronta de esta situación ha sido por ello con razón articulada al análisis jurídico de los efectos que habrían de tener las disposiciones de esta Ley, en cuanto a la consolidación de las consecuencias, que en materia rural, dejaba a su paso la guerra en las últimas décadas (ONIC, 2009).

En particular, estos efectos fueron denunciados en su momento como resultado de lo dispuesto en el artículo 138 de dicho estatuto, pues al haberse pretendido validar allí como una de las pruebas de propiedad privada sobre una determinada extensión territorial, “los títulos debidamente inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria”; las dinámicas de despojo y desplazamiento que incluyen en muchos casos la “fabricación” y registro de títulos fraudulentos, entrarían a producir todos sus efectos en los procedimientos de constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos, pues bajo el supuesto de esta norma, derivarían de éstos, iguales o mejores derechos que los sustentados en títulos de propiedad colectiva reconocidos legalmente por el Estado a los pueblos indígenas o bien en proceso de reivindicación a la luz del derecho mayor indígena (Grupo Semillas, 2009).

Adicional a lo anterior, dos disposiciones de la Ley 1152 puestas de presente en su momento por el Observatorio Indígena de Seguimiento a Políticas Públicas y Derechos Étnicos (2008) como violatorias de los derechos indígenas sobre sus tierras fueron, por un lado, su intento de sujetar de manera obligatoria las decisiones administrativas de constitución, saneamiento, reestructuración y ampliación de resguardos a los “procesos y decisiones de Ordenamiento Territorial” y solo optativamente a los planes de vida de estos pueblos (artículo 123), pues ello supondría, como señalara este observatorio, dejar en manos de las mayorías políticas locales la definición acerca de las tierras que deben o no ser resguardos. De otro lado, la prohibición que en el párrafo del mismo artículo se establecía respecto a la constitución de resguardos en el Pacífico colombiano, pues

⁷⁵ Para septiembre de ese año la Corte Suprema de Justicia le había iniciado investigación preliminar a 18 congresistas y 14 estaban detenidos en el marco de la llamada “parapolítica” (El Tiempo, 2007).

resultaba en sí misma violatoria de los derechos territoriales de los pueblos indígenas que ocupan tradicionalmente esta zona.

El conflicto armado interno que vive Colombia ha sido por largos años y sigue siendo causa del despojo, desplazamiento y masivas violaciones a los derechos humanos de miles de campesinos, indígenas y afrocolombianos. Los años de la primera década del siglo XXI coinciden sin embargo con un momento de agudización de ese conflicto, y por tanto, de sus consecuencias para los pueblos indígenas⁷⁶. De acuerdo con la ONIC (2009), de los 2351 asesinatos a líderes indígenas producidos entre los años 1974 y 2009, el 81% fueron perpetrados entre 1998 y 2009. Así mismo, durante el período comprendido entre los años 1997 y 2011 habían sido desplazados un total de 106.562 indígenas (ACNUR, 2012). Esta situación ha llevado a que se afirme la existencia de una acentuada victimización de estos pueblos⁷⁷, pues tal como lo advirtiera el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, “según casi todos los indicadores, el conflicto armado afecta de manera desproporcionada a los pueblos indígenas del país” (ONU, 2009: 9-10).

Dos respuestas estatales en lo que va de este siglo ante las graves violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas, y que han abordado las afectaciones a sus derechos territoriales quieren destacarse. Por un lado, la adopción por parte de la Corte Constitucional del Auto 004 de 2009, en el marco del seguimiento a la superación del estado de cosas inconstitucional, que en materia de desplazamiento forzado declarara el

⁷⁶ “La dinámica y expansión del conflicto armado por los territorios indígenas está relacionada fundamentalmente con: a) las ventajas estratégicas de los territorios indígenas para los grupos ilegales (insurgencia, narcotráfico, paramilitares) como zonas de refugio, como corredores para el tráfico de armas, drogas, contrabando y movilización de sus efectivos, y para ejercer desde allí el control de las zonas económicas; b) la inversión de grandes capitales en zonas cercanas a territorios indígenas, o directamente en ellos, atrayendo primero a la insurgencia por razones políticas y financieras, y luego a la contrainsurgencia para defender sus empresas; c) la expansión de los cultivos ilícitos, coca y amapola, que terminaron invadiendo casi todos los territorios que se convirtieron en casi la principal fuente de financiación de los actores armados de uno y otro bando; y d) la expansión del narcolatifundismo hacia zonas con alto potencial de valorización de tierras” (Roldán & Sánchez, 2013).

⁷⁷ La ley 387 de 1997 “por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”, introdujo por primera vez un enfoque diferencial étnico al señalar en su artículo 10º, como uno de los objetivos del Plan Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, el de “Garantizar atención especial a las comunidades negras e indígenas sometidas al desplazamiento en correspondencia con sus usos y costumbres, y propiciando el retorno a sus territorios”.

mismo tribunal en sentencia T-025 de 2004. En dicho Auto, el máximo tribunal Constitucional buscó analizar como asunto prioritario, “el del exterminio de algunas comunidades, sea desde el punto de vista cultural en razón al desplazamiento y dispersión de sus miembros como desde el punto de vista físico debido a la muerte natural o violenta de sus integrantes”⁷⁸.

En su diagnóstico, la Corte Constitucional identificó la situación de las tierras indígenas como factor principal de la indefensión de estos pueblos ante el conflicto armado y el desplazamiento, señalando al respecto:

La titulación formal de tierras y la constitución de resguardos en la práctica no garantizan la posesión material por las comunidades; de hecho sus territorios, sean o no parte de resguardos, son apropiados por grupos armados ilegales, delincuentes/narcotraficantes, colonos, y agentes movidos por interés económicos. O bien, el conflicto armado ha exacerbado conflictos territoriales preexistentes, en los cuales las partes no indígenas se han aprovechado de, o aliado con, las actividades de los grupos armados ilegales, en detrimento de los grupos étnicos.

No solo la intervención del juez constitucional pone en evidencia las deficiencias estatales en esta materia; una tímida y en momentos inconclusa reacción gubernamental de cara a la implementación de las medidas ordenadas en el Auto 004 de 2009, también ha sido advertida desde diferentes escenarios. Hablamos por un lado, del diseño e implementación de un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados por el Desplazamiento y, del otro, de la formulación e implementación de Planes de Salvaguardia Étnica para los 35 pueblos por ella identificados⁷⁹. Para ilustrar lo anterior, podemos hacer referencia a dos de los ejercicios de seguimiento que sobre el cumplimiento de dichas órdenes se han adelantando desde entonces.

Así, la sola expedición del Auto 004 no bastó para promover un decidido actuar gubernamental, pues ya para el año 2010 el Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes advertía que su cumplimiento se había producido hasta ese momento en un nivel bajo (Rodríguez, Orduz, Boada, Rubiano & Arias, 2010).

⁷⁸ La Corte Constitucional focaliza por ello en 34 etnias los “planes de salvaguarda étnica” allí ordenados.

⁷⁹ Fueron 34 los pueblos identificados por la Corte Constitucional en su Auto 004 y uno más en el Auto 382 de 2010.

Con posterioridad a ello, en su informe presentado en el año 2012, la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado - CSPPDF⁸⁰ identificó algunos avances inconclusos respecto de la formulación del Programa de Garantías y de los Planes de Salvaguarda Étnica.

Al realizar un balance sobre los mismos, producidos al año 2011, advirtió dicha Comisión cómo, para el primero de los casos, si bien se había dado un progreso en cuanto a la recopilación de información relativa a la identificación de derechos, afectaciones, infracciones al DIH y de las acciones propuestas para superar tales situaciones, la misma no había sido hasta ese momento sistematizada ni consolidada, lo cual redundaba a su vez en la inexistencia de “un programa operativo, con componentes específicamente detallados y con responsables y tiempos claramente establecidos”. Por su parte, en cuanto a los segundos, señaló dicha Comisión que a la fecha del informe, ningún Plan de Salvaguarda Étnica había sido adoptado⁸¹ (CSPPDF, 2012: 30-32).

Ahora bien, la segunda respuesta estatal fue la expedición en el año 2011 de la Ley 1448 “Ley de Víctimas” y del Decreto Ley 4633 que la desarrolla desde una perspectiva diferencial enfocada en la restitución de derechos territoriales de los pueblos y comunidades indígenas en cuanto víctimas del conflicto armado. Consecuente con el reconocimiento de la existencia en Colombia de un conflicto armado interno que hiciera el gobierno de Juan Manuel Santos, la Ley 1448 de 2011 busca establecer un marco de justicia transicional en el que, a través de medidas de carácter judicial, administrativo, social y económico; las víctimas individuales o colectivas que hayan sufrido daños como resultado de “infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y

⁸⁰ Con el objeto de hacer seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004, en el año 2005 se constituye la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, conformada entre otros, por instituciones como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – CODHES, la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC, la Corporación Viva la Ciudadanía, la decanatura de derecho de la Universidad de los Andes y varios estudiosos de la materia (CODHES).

⁸¹ Otro ejercicio de seguimiento al Auto 004 de 2009 fue el adelantado en el año 2013 por la Consejería de Derechos de los Pueblos Indígenas, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Paz de la Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC y el Grupo del Proyecto de Reparación Integral a Víctimas de Grupos Étnicos con énfasis en Consulta Previa de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado- CODHES.

manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”, vean satisfechos sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición (artículos 1 y 3).

Habiendo sido uno de sus aspectos más discutidos el del período del conflicto sobre el cual recaerían sus efectos, la Ley estableció finalmente el 1° de enero de 1985 y el 1° de enero de 1991⁸² como límites temporales para efectos de establecer, el primero de ellos, la condición de víctima a la cual se extienden los efectos de la misma y, el segundo, la titularidad del derecho a la restitución jurídica y material de tierras despojadas o abandonadas forzosamente por aquellas “personas que fueran propietarias o poseedoras de predios, o explotadoras de baldíos cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación, que hayan sido despojadas de estas o que se hayan visto obligadas a abandonarlas como consecuencia directa e indirecta de los hechos que configuren las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley”⁸³ (artículo 75).

Un aspecto de la Ley que resulta importante para los pueblos indígenas es el haber contemplado ésta la implementación de un programa de reparación colectiva con ocasión de los daños derivados de la violación de derechos colectivos, de violaciones graves y manifiestas a los derechos individuales de los miembros de esos colectivos o bien debido al impacto colectivo de la violación de derechos individuales (artículo 151). Los titulares de esa reparación son, de acuerdo con el artículo 152, los grupos y organizaciones sociales y políticas, así como las “comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político o social que se haga del colectivo, o en razón de la cultura, la zona o el territorio en el que habitan, o un propósito común”.

De otro lado, como resultado de los acuerdos logrados entre el Gobierno Nacional y los pueblos indígenas en el marco de la Mesa Permanente de Concertación, y a efectos de sanear una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de víctimas por no haber sido ésta consultada con los grupos étnicos, fue incluido en el artículo 205 de la misma, el

⁸² El término de vigencia de la Ley es de diez años a partir de su promulgación (artículo 208).

⁸³ La exequibilidad de dichos límites temporales fue declarada por la Corte Constitucional en sentencia C-250 de 2012 M.P. Humberto Sierra Porto.

otorgamiento de facultades extraordinarias al presidente de la república para la expedición de los Decretos con fuerza de Ley que regulen “los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”. De esta forma fue expedido en diciembre del mismo año, el Decreto Ley 4633 sobre “medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”.

A través de este Decreto se buscó fijar el marco legal e institucional necesario para la implementación de una política pública diferencial de pueblos indígenas en esta materia. La importancia que tuvo su expedición deriva también de la activa participación que en la misma tuvieron los pueblos indígenas por cuenta de una estratégica capacidad de incidencia y disposición concertadora. De allí que no solo la presentación inicial del proyecto de Decreto corriera por su cuenta (Unidad de Restitución de Tierras, 2013), sino que además fuera realizado un amplio proceso de consulta previa.

En efecto, mediante una ruta metodológica excepcional y única acordada en el marco de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, fue adelantada la consulta previa respecto del mandato establecido en el mencionado artículo 205. Dicha consulta consistió, de acuerdo a lo señalado en el mismo texto de la norma, en la realización de 25 encuentros departamentales, cuatro encuentros macrorregionales y un proceso autónomo, que contó con la participación de autoridades, organizaciones y víctimas de los pueblos indígenas.

Resultado de lo anterior fue la expedición de una norma que permitió incorporar una visión propia de los pueblos indígenas sobre su condición de víctimas del conflicto armado interno, así como de la exigencia y carácter de sus derechos diferenciales en cuanto tales. Basta solamente con dar una mirada a su articulado para apreciar lo anterior, pues en él se hace reiterada referencia a expresiones rara vez utilizadas en la normatividad sobre pueblos indígenas, pero constantemente reivindicadas por éstos, como lo son, entre otras, la Ley de Origen, el Derecho Mayor y la Ley Natural. Tal característica no es marginal para el

Decreto, pues su artículo 1º anticipa que las medidas que a partir de él se adopten, deberán ser “acordes con los valores culturales de cada pueblo y garantizarán el derecho a la identidad cultural, a la autonomía, a las instituciones propias, a sus territorios, a sus sistemas jurídicos propios, a la igualdad material y a la pervivencia física y cultural”.

En este marco adquiere aún mayor relevancia la cláusula que se aseguraron los pueblos indígenas fuera incorporada como elemento de la definición misma de víctima: “Para los pueblos indígenas el territorio es víctima, teniendo en cuenta su cosmovisión y el vínculo especial y colectivo que los une con la madre tierra”⁸⁴. Si bien el mismo inciso aclara a continuación que son los pueblos y comunidades indígenas y sus integrantes individualmente considerados, quienes son titulares de los derechos que busca proteger el Decreto, lo cierto es que desde la perspectiva de los pueblos indígenas, este reconocimiento ha permitido la reafirmación de su especial relación con la tierra y desde allí, la imposibilidad de verse reparados en sus derechos como víctimas, cuando quiera que no se reconozcan las afectaciones territoriales, bien de origen armado o extractivo, pero en todo caso expresión del conflicto.

Lo señalado al respecto en la ponencia que presentara la “Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular” en el marco del Foro Nacional de Víctimas celebrado en el pasado mes de agosto (Cumbre Agraria, 2014) es una muestra de los esfuerzos que vienen realizando las organizaciones indígenas, representadas allí por la ONIC, para sentar en diferentes espacios su interpretación sobre el alcance del reconocimiento de la victimización del territorio:

Hoy es trascendental enfatizar en la dimensión colectiva de las víctimas, lo que implica considerar sus derechos al territorio, a la participación y autodeterminación comunitaria, al ejercicio del derecho al desarrollo y sus propias opciones sobre el mismo. Incluso debemos como país abordar la perspectiva de considerar al territorio en tanto madre tierra como víctima sistemática de vulnerabilidades, y actuar en su rehabilitación efectiva.

⁸⁴ Artículo 3º del Decreto 4633 de 2011.

Pues bien, en su articulado el Decreto Ley 4633 desarrolla un detallado marco normativo sobre las medidas de atención, reparación y restitución en materia de derechos territoriales. En dicho marco se definen como daños al territorio “aquellos que vulneren el equilibrio, la armonía, la salud y la soberanía alimentaria de los pueblos indígenas” (artículo 45); se contempla así mismo la formulación de Planes de Reparación Integral⁸⁵ en los que los pueblos indígenas construyen por sí mismos las medidas de reparación colectiva a que haya lugar. En cuanto a la restitución de tierras, se establecen como susceptible de ella, entre otras, las de los resguardos constituidos o ampliados, aquellas en proceso de titulación o ampliación, así como las de resguardos coloniales o que hubieren sido ocupadas ancestral e históricamente al 1º de enero de 1990 (artículo 141).

La expedición de la Ley 1448 y de su Decreto reglamentario 4633 representa sin duda un avance para estos pueblos, lo cual ha sido ya reconocido por la ONIC (2014), para quien se trata de un instrumento jurídico que aporta una base sólida a los derechos de los pueblos indígenas y a su reparación como víctimas. Esta misma organización ha denunciado sin embargo, fuertes falencias en cuanto a su puesta en práctica, en particular en lo que tiene que ver con el presupuesto para su implementación, la carencia de una institucionalidad informada y articulada en torno a su cumplimiento y la falta de socialización entre quienes aspiran a sus beneficios (ONIC, 2014).

3. Autonomía y ordenamiento territorial.

En el capítulo anterior, al exponer los instrumentos internacionales que recogen los derechos territoriales de los pueblos indígenas, señalábamos que el de la libre determinación tiene un carácter transversal al ejercicio de éstos y otros derechos que allí les son reconocidos. De acuerdo con la Declaración ONU de 2007, el derecho a la libre determinación supone para los pueblos indígenas, tanto la libertad para determinar su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural (artículo 3), como

⁸⁵ La reparación integral de los derechos territoriales de los pueblos indígenas está concebida en el Decreto, no solo en los términos de su reconocimiento, protección y restitución, sino también en cuanto a el “saneamiento espiritual conforme a las tradiciones culturales y ancestrales de cada pueblo, cuando al criterio de las autoridades tradicionales dicho saneamiento sea necesario” (artículo 8).

el derecho a ser autónomos y autogobernarse “en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas” (artículo 4).

Dos aspectos sustanciales, señala Anaya (2005), se incorporan al principio internacional de la autodeterminación: el relativo a la constitución de las instituciones políticas y gubernamentales con la participación del pueblo o pueblos sobre las cuales éstas han de regir y, de otro lado, las posibilidades que dichas instituciones ofrecen para garantizar a los individuos y colectivos, de manera permanente, su derecho de asumir como propias las decisiones sobre su vida y desarrollo. Llevado al caso colombiano, puede afirmarse que el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas encontró en la Constitución Política de 1991, un fértil escenario político y normativo para su desarrollo.

De esta manera, la voz de la causa indígena en el proceso constituyente se vio reflejada en la aprobación de algunas disposiciones orientadas a dar una mayor autonomía a los pueblos indígenas en varios ámbitos, todos ellos fundados en el territorio. Así, en ella fue contemplada la creación de una Circunscripción Especial Indígena que garantice a estos pueblos, un mínimo de participación política en el desarrollo de la función legislativa adelantada en el Senado y la Cámara de Representantes (artículos 171 y 176 CP); fue reconocida así mismo su facultad para ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios “de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República” (artículo 246 CP), así como su derecho a gobernarse por autoridades propias, constituidas en consejos de acuerdo a sus usos y costumbres⁸⁶, a las cuales les fueron atribuidas una funciones específicas⁸⁷ (artículo 330 CP).

⁸⁶ La Ley 89 de 1890 supuso un avance en este reconocimiento al disponer en su artículo 3º que “en todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño Cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres”. Esta autonomía fue con posterioridad a la Constitución Política de 1991, reconocida por los Decretos 2164 de 1995 y 1397 de 1996, el primero al señalar, en su artículo 21 que “Los resguardos son una institución legal y sociopolítica 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 éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio”, y el segundo cuando en su artículo 14 estableció que “las autoridades no indígenas respetarán la autonomía de los pueblos, autoridades y comunidades indígenas y no intervendrán en la esfera del Gobierno y de la jurisdicción indígenas”.

Adicional a ello, en el marco de las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente acerca del modelo territorial que debería adoptar el Estado colombiano, caracterizadas, como señala Hernández (2000: 52-53), por una “tendencia a “territorializar” distintas reivindicaciones sociales y culturales”; la apuesta de los pueblos indígenas por una mayor autonomía, se sumó a la de las regiones, departamentos y municipios en el mismo sentido. El resultado fue un modelo territorial que si bien como señala el mismo Hernández “carece de definición, de hilo conductor, de pensamiento rector que permita precisarlo”; confirma, en principio, el hecho de que la aprobación de la Constitución Política de 1991 “fue la oportunidad histórica para tomar distancia del modelo de centralización total establecido con el autoritarismo de 1886” (Quinche, 2010: 740).

Decimos en principio, pues a pesar de ello y en desmedro de la autonomía territorial en general, y la de los pueblos indígenas en particular, esta distancia del modelo centralizado ha sido objeto de no pocas tensiones durante los años posteriores⁸⁷. Una causa de ello tiene que ver con el hecho de que esta concepción del orden territorial no pueda leerse como una conquista política y normativa exclusiva de las aspiraciones autonómicas mencionadas, pues, de otro lado, un “propósito dominante de las reformas (fue el de) adecuar la estructura estatal a las demandas de la globalización y la apertura económica”⁸⁹ (Ramírez, 2000: 123). El ordenamiento territorial adoptado no fue entonces resultado de una única visión espacial del Estado y, en este sentido, el modelo territorial que recoge la Constitución de 1991 ha debido armonizarse desde entonces con un modelo económico fundado, entre otros, en la

⁸⁷ Estas funciones son las de velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios; diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo; promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; percibir y distribuir sus recursos; velar por la preservación de los recursos naturales; coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio; colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional; representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y las que les señalen la Constitución y la ley (artículo 330).

⁸⁸ Para una mirada integral al derecho a la autonomía de los grupos étnicos en el marco de la Constitución Política de 1991 véase Rodríguez G.A. (2010). La realidad de la autonomía de los territorios colectivos en Colombia. En Estupiñán L. & Gaitán J. (2010) *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas* (pp. 305-322). Bogotá: Universidad del Rosario.

⁸⁹ “Uno de los efectos generados por la globalización económica en el interior de los Estados ha sido la conformación de bloques regionales para poder asumir la competencia proveniente desde el exterior y para convertirse en actores competitivos en el mercado internacional. Así, paradójicamente, la respuesta estatal a la globalización ha sido la “glocalización”, que, en el ámbito jurídico, implica un traslado de funciones, competencias y recursos del Estado Nacional a los entes territoriales” (Restrepo, 2007: 44).

libre iniciativa privada (artículo 333 CP) y la explotación de los recursos naturales (artículos 80 y 334 CP).

Revisemos ahora brevemente cuál es el marco normativo que a partir de la Constitución Política de 1991 ha orientado la implementación del derecho a la autonomía territorial indígena en el Estado colombiano, señalando para ello, algunos aspectos que confirman la existencia de las mencionadas tensiones en este reconocimiento.

La Constitución Política de 1991 estableció en su artículo 1º las bases del ordenamiento territorial en Colombia al señalar que ésta se organiza como “República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales”. En virtud de la descentralización se produce un “traslado de competencias (que) acontece desde el poder central hacia las entidades territoriales, para que ejerzan las competencias en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad” (Quinche, 2010:742). Por su parte, la Corte Constitucional (sentencia C-1258 de 2001) ha entendido que la autonomía allí referida cuenta con unos límites y máximos:

[...] el límite mínimo de la autonomía territorial, garantizado por la Constitución, constituye su núcleo esencial y está integrado por el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo [...]

El límite máximo de la autonomía territorial tiene una frontera política entendida como aquel extremo que al ser superado rompe los principios de organización del Estado para convertirse en independiente [...] En nuestro medio, el límite máximo lo señala el artículo 1º de la Constitución al establecer que Colombia es una república unitaria.

Pues bien, un gran avance para la autonomía de los pueblos indígenas fue el reconocimiento de sus territorios como nuevas entidades territoriales junto a los departamentos, distritos y municipios (artículo 286 CP). En virtud de ello, los territorios indígenas son titulares de los atributos que por su parte fueron establecidos en el artículo 287, consistentes en la facultad de gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como participar en las rentas nacionales.

Sin embargo, como una manifestación de su tendencia a “la reserva de ley para aplazar decisiones” (Hernández, 2000: 52-53), la Constitución de 1991 estableció en sus artículos 329 y 56 transitorio, una fórmula que dejó en manos del gobierno y las mayorías parlamentarias de turno, la definición de ciertos aspectos en la materia. Así, al tiempo que el artículo 329 dispuso que “la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (en adelante LOOT) y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial”; el artículo 56 transitorio autorizó al Gobierno, hasta tanto dicha ley fuera expedida, para “dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales”.

Dos situaciones patrocinadas por dicha fórmula han contribuido a que desde la expedición de la Carta de 1991 la implementación de los territorios indígenas como entidades territoriales no se haya producido en los términos de su reconocimiento constitucional. La primera tiene que ver con una interpretación restrictiva del artículo 286 que ha sido adoptada en varios de los proyectos de LOOT presentados en el congreso (Bastidas, 2007), en las que, a partir de lo señalado en el mencionado artículo 329, se niega la existencia misma de dichas entidades territoriales al asumir que la misma se supedita a la expedición posterior de la LOOT.

Esta interpretación ha sido refutada por los pueblos indígenas con fundamento en tres argumentos expuestos por Bastidas (2007: 5-6): en primer lugar, la diferenciación que hace el artículo 286 entre las entidades territoriales (departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas) y aquellas a las que la ley podría darles tal carácter (regiones y provincias); en segundo lugar, el hecho de que el artículo 329 postergue no su creación sino su conformación y delimitación, y tercero, el trato diferenciado que la Constitución dio a estas entidades territoriales al contemplar, por un lado, su administración por autoridades colegiadas conformadas de acuerdo a sus usos y costumbres, y por el otro, la estructuración

por parte del gobierno nacional de un régimen transitorio a partir del artículo 56 ya mencionado⁹⁰.

La segunda situación está relacionada con la omisión del órgano legislativo que por cerca de dos décadas ha impedido la conformación de las entidades territoriales indígenas a través de la LOOT. Al día de hoy, dicha omisión continúa, pues si bien luego de 19 proyectos infructuosos⁹¹ (Ministerio del Interior y de Justicia, 2011: 7), ésta norma fue finalmente expedida en 2011⁹²; la misma se limitó a ser “una ley principalista que no agota la regulación de los ejes esenciales del ordenamiento territorial” (Pretelt, 2013: 198), incluida la conformación de las entidades territoriales indígenas, pues ello fue diferido allí, una vez más, a la presentación por parte del Gobierno Nacional de un “proyecto del ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas”. De allí pues que la conformación de estos entes territoriales sigue siendo para los pueblos indígenas una de las más denunciadas moratorias del Estado.

Ahora bien, con posterioridad a 1991, ante esta omisión y como resultado del mencionado artículo 56 transitorio y del reconocimiento constitucional de los resguardos indígenas, fueron expedidas distintas normas que regulan aspectos relacionados con la autonomía administrativa y fiscal de los pueblos indígenas. Vale decir que en virtud de dichas normas fue concebido en esta materia todo un régimen transitorio para los pueblos indígenas que a la larga terminó siendo permanente. A continuación mencionamos algunas de ellas relativas a su participación, tanto en los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales en virtud de lo dispuesto en los artículos 356 y 357 de la Constitución, como en aquellos que el Estado percibe por concepto de regalías de acuerdo con los artículos 360 y 361 de la misma.

⁹⁰ Al margen de este debate, la falta de una reglamentación sobre las entidades territoriales indígenas ha implicado, como se verá, que en el marco del desarrollo normativo de varios de los ámbitos de la autonomía de las entidades territoriales, lo que opere en la práctica sean las consecuencias de su inexistencia.

⁹¹ De acuerdo con Bastidas (2007), estos proyectos han evidenciado una constante divergencia entre las propuestas estatales para la conformación de las entidades territoriales indígenas -cuando ello fue incluido en tales proyectos, pues no siempre fue así- y las expectativas indígenas en la materia.

⁹² Se trata de la Ley 1454 de 2011 “*Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones*”.

En relación con los primeros, a los pocos años de ser aprobada la Constitución de 1991, con el objeto de establecer las reglas para su distribución entre las entidades territoriales, se expidió la Ley 60 de 1993 y los Decretos 1809 del mismo año y 1386 de 1994. Apelando a la transición ocasionada por la inexistente LOOT, estas normas contemplaron un régimen de administración de dichos recursos que desconoce la autonomía que los pueblos indígenas habrían de ejercer en su condición de entidades territoriales y que, como se verá, opera hasta el día de hoy. Así, en su artículo 25 la mencionada Ley dispuso que “la participación⁹³ que corresponda al resguardo⁹⁴ se administrará por el respectivo municipio, pero deberá destinarse exclusivamente a inversiones que beneficien a la correspondiente población indígena, para lo cual se celebrará un contrato entre el municipio o municipios y las autoridades del resguardo”; obligación que luego fue extendida por el Decreto 1386 de 1994 a las autoridades departamentales, para el caso de resguardos no sujetos a jurisdicción municipal.

Posteriormente sería expedida la Ley 715 del año 2001 que dio desarrollo al Sistema General de Participaciones creado por el Acto Legislativo 01 del mismo año. Dicha Ley modificó la manera para establecer el monto de la participación de los resguardos en dichos recursos al señalar que ésta correspondía ahora a una partida específica del 0,52%. De otro lado, en su artículo 83 reprodujo la misma forma para su administración, que había contemplado la Ley 60 de 1993, al señalar que éstos “serán administrados por el municipio en el que se encuentra el resguardo indígena”⁹⁵, advirtiendo sin embargo que estos recursos “deberán manejarse en cuentas separadas a las propias de las entidades territoriales y para su ejecución deberá celebrarse un contrato entre la entidad territorial y las autoridades del resguardo, antes del 31 de diciembre de cada año, en la que se determine el uso de los recursos en el año siguiente”⁹⁶.

⁹³ Según lo establecido en el mismo artículo, ésta participación correspondía a una “igual a la transferencia per cápita nacional, multiplicada por la población indígena que habite en el respectivo resguardo”.

⁹⁴ El Decreto 1809 de 1993 dispuso en su artículo 1º que “Para los efectos previstos en el artículo 357 de la Constitución Política, todos los resguardos indígenas legalmente constituidos a la fecha de expedición del presente Decreto serán considerados como Municipios”.

⁹⁵ El Decreto 1745 de 2002 amplió de nuevo esta obligación a las autoridades departamentales para el caso de los resguardos que no estén ubicados en jurisdicción municipal.

⁹⁶ El artículo 83 de esta ley fue demandado ante la Corte Constitucional, que en sentencia C-921 de 2007 declaró su exequibilidad condicionada “en el entendido de que, dentro del marco de la Constitución y la ley, en el proceso de celebración y suscripción del contrato se debe asegurar el respeto de los derechos a la

Ahora bien, el menor grado de autonomía de los pueblos indígenas generado por la no conformación de sus territorios como entidades territoriales se evidencia también en relación con la forma en que estos pueblos se han hecho partícipes de los recursos que el Estado percibe a título de regalías, es decir, aquellas contraprestaciones económicas que a éste le genera la explotación de los recursos naturales (artículo 360 CP)⁹⁷. Sin embargo, en materia de regalías, dos factores adicionales deben ser tomados en cuenta al momento de juzgar dicho menor grado de autonomía: por un lado, el hecho de que el constituyente no hubiera previsto la posibilidad de que los territorios indígenas fueran titulares de regalías directas⁹⁸, y del otro, el pulso entre centralismo y autonomía territorial que ha caracterizado al desarrollo normativo sobre la administración de estos recursos en los últimos años.

La participación de los pueblos indígenas en estos recursos se dio en un primer momento a través de las regalías indirectas cuyo manejo correspondía al Fondo Nacional de Regalías, creado por la ley 141 de 1994 en desarrollo de lo que disponía en su texto original el artículo 361 de la Constitución de 1991⁹⁹. Con posterioridad fueron expedidas algunas normas que reconocieron el derecho de los pueblos indígenas de percibir recursos de regalías cuando estos provinieran de la explotación de recursos naturales ubicados dentro o

identidad étnica y cultural y a la participación de los resguardos; y, en caso de discrepancia sobre el uso de los recursos, prevalecerá la decisión adoptada por las autoridades del respectivo resguardo”. Dentro de las consideraciones expuestas como fundamento de la decisión, la omisión del legislador respecto a la conformación de las entidades territoriales indígenas termina a nuestro juicio siendo central, pues allí la Corte Constitucional juzga la exequibilidad de la norma señalando que “no existe constitucionalmente un mecanismo fiscal para el traslado directo de tales recursos a los resguardos indígenas”.

⁹⁷ “Las regalías operan como un complejo factor de estímulo económico a la explotación y exploración minera a lo largo del territorio nacional y, por tanto, son un factor de riesgo para el proyecto de los pueblos indígenas y tribales de consolidar sus territorios y sus proyectos de desarrollo” (Pretelt, 2013: 216).

⁹⁸ Las regalías se clasifican en directas e indirectas. Las primeras son aquellas a las que en virtud del artículo 361 de la Constitución Política tienen derecho “los departamentos, municipios y distritos” en cuyos territorios se exploten recursos naturales no renovables o se ubiquen puertos marítimos y fluviales utilizados para el transporte de tales recursos o sus derivados. Las regalías indirectas por su parte, son aquellos recursos restantes cuyo manejo estuvo a cargo del Fondo Nacional de Regalías y que hoy, luego de la creación del Sistema Nacional de Regalías que hiciera el Acto Legislativo 05 de 2011, son administrados por los fondos de Ciencia, tecnología e innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización (artículo 2º Acto Legislativo 05 de 2011).

⁹⁹ Los recursos de este fondo debían destinarse, de acuerdo con el mencionado artículo, “a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales”.

en cercanías a sus territorios, aunque atribuyendo su administración a los municipios o departamentos en donde se encontraran los resguardos.

De esta manera, la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) dispuso en su artículo 129 que “los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas (...), deberán destinar los correspondientes ingresos a obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades y grupos aborígenes asentados en tales territorios”. Así mismo, la Ley 756 de 2002 ordenó en su artículo 11 que “cuando en un resguardo indígena o en un punto ubicado a no más de cinco (5) kilómetros de la zona del resguardo indígena, se exploten recursos naturales no renovables, el cinco por ciento (5%) del valor de las regalías correspondientes al departamento por esa explotación, y el veinte por ciento (20%) de los correspondientes al municipio, se asignarán a inversión en las zonas donde estén asentados las comunidades indígenas”¹⁰⁰.

Recientemente, por cuenta de la aprobación del Acto Legislativo 05 de 2011 y de la Ley 1530 de 2012 que lo desarrolla, la discusión acerca del manejo y distribución de los recursos provenientes de las regalías estuvo en el centro de la pugna entre el poder central y la autonomía de las entidades territoriales. Promovidas por un discurso que aboga por el ahorro público y privilegia la centralización como medio para lograr la equidad regional; estas normas introdujeron en la materia unas modificaciones que “afectan los recursos de inversión social de las entidades territoriales y su autonomía para destinarlos a sus propias prioridades de desarrollo” (Pretelt, 2013: 205).

Modificando los artículos 360 y 361 de la Constitución Política, este Acto Legislativo reconfiguró los criterios de asignación de los recursos de las regalías al crear un sistema que suprime el Fondo Nacional de Regalías y crea los Fondos de Ciencia, Tecnología e

¹⁰⁰ En cuanto a la ejecución de tales recursos, el párrafo del mismo artículo señala que “cuando el resguardo indígena sea una entidad territorial, podrá recibir y ejecutar los recursos directamente, en caso diferente, los recursos serán recibidos y ejecutados por los municipios en concertación con las autoridades indígenas por el respectivo municipio, atendiendo lo establecido en el presente artículo”.

Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización. Dos aspectos que caracterizan esta reforma señalados por Pretelt (2013) son por un lado, el de una drástica reducción de los recursos destinados a la inversión y el desarrollo regional, y del otro, la centralización en cabeza del Gobierno Nacional de la elección sobre lo que debe ser inversión social prioritaria para las entidades territoriales.

Con esta reforma los resguardos indígenas vieron también afectada su participación en las regalías originadas por la explotación de los recursos naturales en sus territorios, pues a diferencia de lo que disponía el artículo 11 de la Ley 756 de 2002, el nuevo régimen de asignaciones no contempla esta posibilidad. A cambio, la Ley 1530 de 2012 desarrolla un modelo en el que la participación de los grupos étnicos en estos recursos se condiciona a la estructuración de proyectos de inversión, cuya evaluación está sujeta a criterios altamente centralizados, y solamente es garantizada en un pequeño margen, mediante la orden que fija a los municipios y departamentos en donde estas poblaciones se encuentren asentadas y cuyas asignaciones directas superen los 2000 SMLMV, consistente en destinar respectivamente el 1% y el 3% de esos recursos a la financiación de proyectos estructurados con enfoque diferencial (artículo 40).

4. Participación y consulta previa.

La Asamblea Nacional Constituyente del año 1991 fue un escenario de legitimación política de los pueblos indígenas en el que fueron abiertos importantes espacios institucionales que dieron un mayor reconocimiento a sus identidades diferenciadas. Siendo inédita hasta ese momento su presencia en estos espacios fundacionales, “con la elección de dos constituyentes indígenas, Lorenzo Muelas (20.083 votos) y Francisco Rojas Birry (25.880 votos) se empezó a reconocer una realidad que hasta entonces había sido invisible para nuestro país: su evidente carácter multiétnico y pluricultural” (Londoño, 2002).

Acorde con este reconocimiento, la Constitución Política de 1991 buscó brindar herramientas para fortalecer el derecho a la participación de los pueblos indígenas¹⁰¹. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que en los términos de la Carta de 1991, este derecho se expresa en el caso de estos pueblos, a través de dos modalidades: una de carácter general y otra en relación con las medidas que los puedan afectar directamente. En virtud de la primera de ellas, señala, los pueblos indígenas como pueblos diferenciados “tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos”¹⁰², mientras que su derecho a la participación en los eventos de la segunda hipótesis exige al Estado el deber de adelantar “un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada” (Sentencia C-366 de 2011).

En el marco de la primera modalidad señalada, se puede afirmar que los pueblos indígenas ganaron en 1991 un lugar en distintos espacios políticos y administrativos de interlocución. De esta manera, la presencia indígena en el Congreso de la República ha sido desde entonces permanente, tanto por la existencia de una circunscripción especial, como por la relativa consolidación de una opinión pública afín a sus causas (Moreno, 2007). Lo propio se ha producido en los cargos de elección popular de los niveles municipal y departamental, en los que, como hecho destacable, se produjo en el año 2000 la elección del guambiano Floro Tunubalá como primer gobernador indígena del departamento del Cauca.

De otro lado, en virtud de algunas normas expedidas posteriormente, los pueblos indígenas hoy tienen asiento en varios espacios administrativos, entre los que podemos mencionar a modo de ejemplo el Consejo Nacional Ambiental y el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales (artículos 13 y 26 de la Ley 99 de 1993); la Juntas municipales Departamentales de Educación (artículos 159 y 162 de la Ley 115 de 1994); y

¹⁰¹ El reconocimiento de este derecho se encuentra directamente vinculado al ejercicio efectivo de sus derechos territoriales, pues en virtud suya los pueblos indígenas tienen la posibilidad para decidir sobre su propio desarrollo mediante la incidencia en la formulación de políticas y la toma de decisiones en los distintos ámbitos y niveles del Estado, cuando quiera que las unas o las otras puedan tener impacto sobre sus territorios.

¹⁰² Los fundamentos constitucionales de esta dimensión de la participación los integran el Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 40 y 103 de la Carta Política.

los Consejos Nacional, Departamentales, Distritales y Municipales de Cultura (artículos 59 y 60 de la Ley 397 de 1997).

Ahora bien, la participación como garantía de la identidad diferenciada de las poblaciones indígenas cuenta, tras la expedición del Decreto 1397 de 1996, con dos importantes escenarios administrativos en los que fueron abiertos nuevos canales de diálogo y concertación entre estos y el Estado: la Mesa Permanente de Concertación y la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, ya mencionadas. Fruto del empoderamiento vivido por los pueblos indígenas en el año 1991 y resultado, como ya fue señalado, de una activa y articulada movilización indígena en varias regiones del país a mediados de los noventa, la apertura de estos espacios buscó conjurar el descontento que en estas poblaciones despertaba desde entonces la pasividad estatal ante la implementación de sus derechos constitucionales y los numerosos actos violentos contra varios de sus miembros. Por tal razón, la expedición del mencionado Decreto es considerado uno de aquellos eventos en que los pueblos indígenas han logrado “tomas pacíficas de instituciones”¹⁰³ (Londoño, 2004: 242).

La Mesa de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas fue concebida como un espacio para discutir decisiones administrativas y legislativas y evaluar la ejecución de la política indígena del Estado (artículo 11). Si bien gran parte de las funciones adicionales señaladas por el Decreto estaban orientadas a la solución de problemas contemporáneos a la expedición de la norma que exigían concertación inmediata, en ellas se incluyeron algunas temáticas cuya generalidad e importancia¹⁰⁴ hicieron de este escenario un espacio ideal de encuentro y cohesión indígena frente al

¹⁰³ “Ahí, a juicio de muchos dirigentes, los pueblos indígenas comprendieron que los derechos plasmados en la Constitución no se materializaran solos, se harían efectivos cuando se generen condiciones de exigibilidad y unidad para ello” (ONIC, 2012).

¹⁰⁴ Nos referimos a las funciones de concertación en materias como: el desarrollo de los derechos constitucionales indígenas en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos y la legislación ambiental; el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con los pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario; los proyectos de Ley y decretos reglamentarios relativos a las transferencias de Ingresos Corrientes de la Nación a los Resguardos Indígenas; y lo relativo al desarrollo de las competencias otorgadas por el Artículo Transitorio 56 de la Constitución al Gobierno Nacional y todo lo relacionado con el ordenamiento territorial indígena.

Estado¹⁰⁵. Esto último también podría afirmarse para el caso de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, pues su creación permitió el abordaje y concertación de las cuestiones relativas a las necesidades territoriales de los pueblos indígenas en su dimensión de política estatal, es decir, más allá de los específicos procedimientos administrativos de titulación, ampliación o saneamiento de resguardos.

Ahora, si bien la percepción que las autoridades indígenas tienen acerca de la operatividad de estos escenarios de diálogo y concertación apunta a la necesidad de su fortalecimiento (ONIC, 2012); ésta percepción no ha reflejado constantemente una confianza en cuanto a su eficacia. Lo anterior se hizo especialmente evidente en los gobiernos de Álvaro Uribe Vélez y Juan Manuel Santos, durante los cuales los pueblos indígenas debieron optar por la utilización de su presencia en estos escenarios como mecanismo de presión para que éstos atendieran sus demandas.

Así, en el primero de ellos no solo se vio menguado el funcionamiento de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas junto con las acciones de titulación y ampliación de resguardos¹⁰⁶ (Houghton, 2008), sino que fue en ese gobierno, más exactamente entre los años 2006 y 2007, cuando los pueblos indígenas resolvieron levantarse de estos espacios de concertación como respuesta a la decisión del gobierno colombiano de abstenerse de votar la Declaración ONU de 2007 por considerarla una postura incoherente con el diálogo intercultural pregonado (ODR, CCJ & ONIC; 2009: 17). Así mismo, en julio de 2013, los pueblos indígenas lanzaron un “ultimátum” en el que anunciaban sus intenciones de levantarse de la Mesa Permanente de Concertación en caso de no hacerse presente el ministro del Interior del gobierno de Juan Manuel Santos, pues señalaban la necesidad de

¹⁰⁵ “La Mesa Permanente de Concertación está conformada por delegados indígenas de las organizaciones regionales y representantes de la Autoridad Nacional de Gobierno Indígena, ONIC, y de las tres organizaciones regionales del sur, centro-pacífico y norte del país como son: Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana, Autoridades Indígenas de Colombia y Confederación Indígena Tayrona” (ONIC, 2012).

¹⁰⁶ “[E]n materia de titulación y ampliación de resguardos la Comisión, entre 2002 y 2005, decayó en su funcionamiento y se aplazaron largamente las convocatorias. El aplazamiento tiene como resultado que las programaciones presupuestales previas a que se refiere el Decreto 1397 nunca se han realizado, y por el contrario, las sesiones tienen lugar con los presupuestos ya definidos. De este modo, las reuniones de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas se convierten en ejercicios problemáticos y divisionistas, pues las organizaciones deben competir por los recursos limitados que arbitrariamente el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación hayan incorporado” (Houghton, 2007: 217).

“ponerle fin a la situación de zozobra que hoy afrontan nuestros pueblos por el paso del tiempo y el avance nulo en los compromisos acordados en las sesiones de la Mesa” (ONIC, 2013).

Ahora bien, en aquellos eventos en que los pueblos indígenas puedan verse afectados directamente por las decisiones legislativas o administrativas, la ejecución de proyectos o la implementación de políticas o programas; el ejercicio de su derecho a la participación obliga también al Estado a la realización de procedimientos de consulta previa (Rodríguez G.A., 2009: 56). De acuerdo con la Corte Constitucional, este mecanismo “adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” (Sentencia SU-039 de 1997).

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados se encuentra consignado en los artículos 6º, 7º y 15 del Convenio 169 de la OIT y 18, 19, 30.2, 32.2 y 38 de la Declaración ONU de 2007. Por su parte, los fundamentos normativos de la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano tienen carácter legal y constitucional. El primero de ellos derivado de la Ley 21 de 1991 -aprobatoria del Convenio 169 de la OIT- y el segundo de los artículos 93 y 94 de la Constitución de 1991, en virtud de los cuales la Corte Constitucional ha interpretado la existencia de un bloque de constitucionalidad del cual forma parte el mencionado Convenio¹⁰⁷.

Adicional a ello, a través del párrafo del artículo 330 quiso el constituyente de 1991 hacer explícita la protección de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas en aquellos eventos específicos en que se tomen decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios. De esta manera, lo allí dispuesto obliga al Estado, en palabras de Burgos (2009: 27), a garantizar la participación de estos pueblos “en las decisiones, proyectos y demás actuaciones orientadas a la utilización y explotación

¹⁰⁷ Al respecto ver, entre otras, las sentencias SU-039 de 1997, T-568 de 1999, SU-383 de 2003 y C-175 de 2009 de la Corte Constitucional.

de tierras indígenas, cuando aquellas, de una u otra forma, afectan, limitan o vulneran su derecho colectivo fundamental al territorio”.

La puesta en práctica de este mecanismo de participación ha estado sin embargo caracterizada por tensiones suscitadas en el marco su cumplimiento por parte del Estado y los particulares obligados a ello (Rodríguez G.A., 2014). Tales tensiones se originan en las diferentes interpretaciones que tanto estos como los pueblos indígenas tienen sobre la naturaleza de la consulta previa, lo cual ha terminado por allanar un camino hacia “la confrontación y al conflicto en su aplicación, por razones que tienen que ver con el alcance, el procedimiento para su realización y la manera en que lo señalado por las comunidades es tomado en cuenta en la decisión final” (Rodríguez G.A., 2009: 57). De esta manera, contrario a su objeto articulador y participativo, la consulta previa se ha constituido en un escenario más de pulso y enfrentamiento que de concertación.

Lo anterior se expresa con claridad en las antagónicas percepciones que sobre este mismo derecho han presentado los pueblos indígenas por un lado y algunos sectores Estatales y empresariales por el otro. Así, en el caso de los primeros, puede señalarse que fue ratificado recientemente como uno de sus mandatos políticos generales, el de la afirmación de la consulta previa como derecho fundamental y herramienta de dialogo útil a la identificación de necesidades y prioridades, la cual, como allí se señala, “deberá ser usada para buscar solución a nuestra problemáticas, y no como mecanismo para legitimar por parte del Estado colombiano, proyectos, planes y programas susceptibles de afectarnos” (ONIC, 2013: 100).

Ello contrasta sin embargo con una postura que, por otro lado, en los últimos años, ha hecho carrera en diversos sectores de opinión, como resultado de una visión tergiversada que ha terminado por socavar la legitimidad de este instrumento ante gran parte de la sociedad. Dicha visión, sostenida desde sectores estatales y empresariales, consiste en señalar a la consulta previa como un “obstáculo” a la agenda legislativa y los proyectos de desarrollo, llegándose a afirmar incluso que “las comunidades étnicas actúan en la práctica

como cogobernadoras y colegisladoras, porque casi todas las iniciativas se deben poner a su consideración” (Valero, 2012).

Esta grave situación ha sido patrocinada por la inexistencia de una reglamentación concertada del derecho de consulta previa que responda a los estándares que actualmente rigen la materia en virtud de los instrumentos internacionales, las reglas jurisprudenciales y las disposiciones constitucionales que reconocen este derecho de los pueblos indígenas. La expedición de esta reglamentación es al día de hoy otra de aquellas asignaturas pendientes del Estado Colombiano, pues las normas hasta ahora expedidas por el ejecutivo en esta materia, no solo no han respondido a dicho estándar, sino que adolecen de un vicio original, consistente precisamente en su carácter inconsulto.

Esas normas son, por un lado, el Decreto 1320 de 1998 mediante el cual se reglamentó la consulta previa para los casos de la explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Señalando que su aplicación resulta contraria a la Constitución y a las normas del Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional ha ordenado la inaplicación de este Decreto en más de una oportunidad¹⁰⁸. Dicho proceder se encuentra en sintonía con lo señalado en un informe adoptado por el Consejo de Administración de la OIT¹⁰⁹, en el que a este se le recomienda solicitar “al Gobierno que modifique el decreto núm. 1320 de 1998 para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consultación y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia” (Doc.GB.282/14/3), lo cual no ha sucedido.

Otra norma es la Directiva Presidencial No. 01 de 2010 en la que se buscó enlistar las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa y establecer los mecanismos para su desarrollo. Dicha norma deja en claro una actitud unilateral del Estado en esta materia, no solo por haber sido expedida al igual que el Decreto 1320 de manera inconsulta, sino porque ésta corresponde a una intención de establecer una reglas para el

¹⁰⁸ Ver las Sentencias T- 652 de 1998 y T- 880 de 2006 de la Corte Constitucional.

¹⁰⁹ Se trata del Informe del Comité establecido 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).

ejercicio de un derecho fundamental a través de un acto administrativo de carácter meramente instructivo. Adicional a ello, dicha norma “no asume los principios y estándares internacionales sobre la materia establecidos en el Convenio 169 de la OIT y recogidos por la jurisprudencia constitucional, ni las recomendaciones del Comité de Expertos de la OIT” (Comisión Colombiana de Juristas, 2010).

Por su parte, en el año 2013 el gobierno nacional expidió la Directiva Presidencial No. 10 “Guía para la realización de consulta previa” y el Decreto 2613 “por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa”. Ambas normas se constituyen en la más reciente regulación gubernamental del mecanismo de consulta previa. Junto al rasgo inconsulto de sus predecesoras podemos señalar acerca de las mismas que si bien incorporan en su articulado la terminología propia de los más recientes avances jurisprudenciales en la materia, es posible percibir en ellas un afán más centrado en establecer las reglas y procedimientos que garanticen la celeridad de estos procedimientos al interior de la estructura del Estado, que de dar aplicación a los estándares actuales que protegen este derecho fundamental¹¹⁰.

De esta manera, el resultado de la ausencia de una reglamentación apropiada para el mecanismo de la consulta previa ha sido el encausamiento de las “batallas” por su efectivo reconocimiento a los escenarios judiciales. Es allí en donde, a través de un activo rol del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, el derecho a la consulta previa, en desmedro de su dimensión como mecanismo administrativo de participación, ha adquirido su fortaleza en cuanto derecho fundamental de los pueblos indígenas.

¹¹⁰ Uno de los aspectos regresivos que a modo de ejemplo podemos citar, recoge la Directiva Presidencial No. 10 de 2013, es el relativo a los momentos en que debe llevarse a cabo la consulta previa, pues en la misma éstos se establecen por tipos de proyectos y actividades en fases posteriores a decisiones que afectan de manera directa a los pueblos indígenas. Así, en hidrocarburos, señala, la consulta debe adelantarse “[u]na vez se hayan adjudicado y suscrito los contratos”; en transmisión de energía “[u]na vez se adopte mediante resolución del Min. Minas las obras definidas en el plan de expansión de la UPME”; en generación de energía “a partir de la inscripción en la fase 2 del registro de proyectos de generación de la UPME”, y en infraestructura, “una vez se publiquen en el SECOP la contratación de los estudios o estructuraciones de los proyectos o cuando el proyecto ha sido declarado de utilidad pública”.

5. Territorios indígenas y ordenamiento ambiental.

La aprobación de la Constitución Política de 1991 coincide con un momento histórico en el que las cuestiones ambientales ocupan un lugar importante en la agenda internacional como consecuencia de una creciente preocupación global acerca de los impactos del modelo de desarrollo en el ambiente. Un hito destacado de este auge, fue la presentación que hiciera en el año 1987 ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo encabezada por la entonces primer ministra Noruega Gro Harlem Bruntland del informe “Nuestro Futuro Común”, en donde fuera acuñado por primera vez el concepto del *desarrollo sustentable*, como fórmula conciliadora entre el crecimiento económico y la preservación ambiental.

La importancia que en estos años adquieren las cuestiones ambientales a nivel internacional es también contemporánea a la adquirida por los pueblos indígenas en el mismo ámbito, en especial debido a la aprobación del Convenio 169 de la OIT del año 1989. Más que una coincidencia, ello no es ajeno a la relación existente entre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la protección de los recursos naturales existentes en sus territorios. De allí pues que el papel que los pueblos indígenas cumplen en la política ambiental global fuera con posterioridad expresamente abordado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en el año 1992, a través de varios de los documentos allí suscritos, esto es, la Declaración sobre el Medio ambiente y el Desarrollo¹¹¹, el Programa 21¹¹², la Convención sobre la Diversidad Biológica¹¹³ y la Declaración sobre los Bosques y Masas Forestales¹¹⁴.

¹¹¹ En su Principio 22 señala que “Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales”, advirtiendo así mismo que “los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”.

¹¹² Su Capítulo 26 está dedicado al “Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades”.

¹¹³ Por un lado, en el preámbulo reconoce “la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes”. De otro lado, en su artículo 8º referido a la

Dos lecturas se han presentado sobre el vínculo indígenas-ambiente. Por un lado, se reconoce que gracias a éste ha sido abierta la posibilidad de una articulación entre las causas ecologistas y las territoriales de los pueblos indígenas, lo cual ha dado una mayor “audiencia” a estos pueblos en los escenarios nacionales e internacionales. En este sentido se señala que, al tiempo que los pueblos indígenas reivindican un ecologismo construido a partir de su relación cultural y espiritual con la tierra, han sabido apropiarse de un “discurso recreado en función de establecer una sagaz alianza con los sectores más postmodernos de la demanda social” (Bengoa, 2000: 134).

Una segunda lectura reconoce un conflicto en este vínculo, pues advierte la necesidad de diferenciar entre dos de las causas del reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas producido finalizando el siglo XX en el derecho nacional e internacional. Por un lado, como un resultado de las luchas políticas y sociales libradas durante siglos por estos pueblos, así como de la apropiación institucional que ello ha permitido en las mismas instancias y, del otro, como un hecho paralelo a la transnacionalización de la biodiversidad y la correlativa revalorización de los territorios indígenas como espacios geoestratégicos (Sánchez, 2010; ONIC, 2009), lo cual explica la existencia de conflictos ambientales generados por el manejo y la explotación de los recursos naturales¹¹⁵.

Ambas visiones acerca de la relación entre pueblos indígenas y ambiente aportan elementos que describen los rasgos de los conflictos suscitados en Colombia cuando el

conservación in situ, señala que cada Estados parte “con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

¹¹⁴ En su principio 2.d. señala que los gobiernos deberán promover la participación de los pueblos indígenas en “el desarrollo, la ejecución y la planificación de la política forestal del país, y ofrecer oportunidades para esa participación. Así mismo, en su principio 5.a. señala que “la política forestal de cada país debería reconocer y apoyar debidamente la cultura y los intereses y respetar los derechos de las poblaciones indígenas”.

¹¹⁵ Véase Rodríguez G.A. (2010). La realidad de la autonomía de los territorios colectivos en Colombia. En Estupiñán L. & Gaitán J. (2010) *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas* (pp. 305-322). Bogotá: Universidad del Rosario.

objeto ha sido el de armonizar la implementación de la *Constitución ecológica* de 1991, el reconocimiento constitucional de la identidad culturalmente diferenciada de los pueblos indígenas y en especial de sus derechos territoriales, con un modelo de desarrollo que globaliza los recursos naturales, bien para su preservación o bien para su investigación, extracción y comercialización (Rodríguez G.A., 2008). Revisemos a continuación de qué manera hoy tales conflictos impactan los derechos territoriales de los pueblos indígenas a partir de una mirada a su naturaleza en dos escenarios administrativos: los procedimientos de licenciamiento ambiental y el Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Sea entonces lo primero señalar que la Constitución Política de 1991 supuso una revalorización normativa de la temática ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano. Si bien para entonces en el país ya se habían producido avances en cuanto a la consolidación de una política de gestión del ambiente, en especial, tras la expedición del Decreto Ley 2811 de 1974 –Código de los Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente- CNRRN¹¹⁶; es a partir de 1991 que la protección ambiental adquiere por primera vez un estatus constitucional. Su incorporación en la Carta Política de 1991 es transversal pues se produce a través de varias dimensiones: como un deber en cabeza del Estado y los ciudadanos (artículos 8 y 95 CP), como derecho colectivo (artículo 79 CP), a través de la adopción de un modelo de desarrollo sostenible (artículos 80 y 334 CP), como límite al ejercicio de las prerrogativas individuales y colectivas¹¹⁷ en materia económica (artículos 58 y 333 CP) y como objeto de los órganos de control (artículos 268 y 277 CP).

Pues bien, si se considera que es en los territorios indígenas en donde se concentra gran parte de la biodiversidad y los recursos naturales del país, se tiene que éstos son sujetos destacados en este nuevo marco constitucional del medio ambiente. “Solo el 7,68% de los resguardos titulados (excluyendo los de origen colonial) se encuentran dentro de las zonas de frontera agrícola, mientras el 92,32% son resguardos ubicados en departamentos donde

¹¹⁶ La expedición de este Código se encuentra asociada a la importancia que adquiere la temática ambiental a inicios de los años setenta a nivel global tras la celebración en el año 1972 de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano.

¹¹⁷ El cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos indígenas fue contemplado en el artículo 85 de la Ley 160 de 1994 como una de las finalidades de los procedimientos administrativos de ampliación, restructuración y saneamiento de resguardos indígenas. El procedimiento para su verificación y certificación fue establecido por el Decreto 2164 de 1995.

prevalecen paisajes de selva, llano, sabana y desierto” (Houghton, 2008: 110). De allí pues que el hecho de que hoy los resguardos titulados representen un aproximado de 34 millones de hectáreas, correspondiente al 29,8% del territorio nacional (PNUD, 2012), dice más acerca de la vulnerabilidad de estos pueblos ante la configuración de conflictos ambientales, que de una mejoría en su desarrollo humano.

Uno de los escenarios que concentra gran parte de estos conflictos es el de los procedimientos administrativos de licenciamiento ambiental para la ejecución de proyectos, obras o actividades que puedan deteriorar los recursos naturales renovables o el ambiente, así como modificar notoriamente el paisaje. Expresión de la evaluación ambiental que iniciara su implementación en Colombia¹¹⁸ a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993¹¹⁹, estos procedimientos administrativos son el instrumento a través del cual el Estado busca materializar su deber de intervención en la explotación de los recursos naturales, así como en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios de tal manera que se asegure un desarrollo sostenible (artículos 80 y 334 CP).

El cumplimiento de este objeto ha estado sin embargo condicionado a los vaivenes de una política nacional ambiental que si bien tuvo en los años noventa un período de consolidación; viene en lo que va de este siglo “en declive, esclava más que nunca de las políticas de crecimiento económico” (Rodríguez, 2013). Esta tendencia se ve reflejada de alguna manera en las transformaciones institucionales que ha vivido el sector en los últimos años, pues mientras que en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez se le restó especialidad a la cartera ambiental al asignársele funciones de vivienda y desarrollo territorial¹²⁰, en el de Juan Manuel Santos, éste fue escindido y creado el Ministerio de Ambiente y Desarrollo

¹¹⁸ Si bien el Decreto 2811 de 1974 (Código de los Recursos Naturales) ya había contemplado en su artículo 28 la necesidad de un “estudio ecológico y ambiental previo y, además, obtener licencia” para aquellos eventos en que se previera adelantar la “ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquiera otra actividad que por sus características, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje”, la figura de la licencia ambiental nunca fue reglamentada, habiendo sido pocos los eventos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993 en que se tramitó su concesión (González, 2006: 369).

¹¹⁹ Título VIII de la Ley 99 de 1993 “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”.

¹²⁰ Ley 790 de 2002 y Decreto 216 de 2003.

Sostenible - MADS, cuyo pomposo nombre contrasta, sin embargo, con una reorganización de su estructura¹²¹ en la cual se le desligó de los procedimientos de licenciamiento ambiental al pasar estos a ser responsabilidad de la recién creada Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA¹²².

A la luz de esta frágil política ambiental en el país de los últimos años, se aprecia que un rasgo característico de los conflictos generados en el marco de los procedimientos de licenciamiento ha sido la fuerza que viene cobrando en el Estado y los empresarios interesados en obtener licencias ambientales, un discurso que promueve un desarrollo sostenible desregulado y pronto, o dicho en otros términos, que atienda con mayor fidelidad a las necesidades de la eficiencia económica. Estos planteamientos han tenido eco en una normatividad menos rigurosa en cuanto a la evaluación ambiental, pues las varias modificaciones sufridas por el régimen de licencias ambientales apuntan, como lo advierte la profesora Gloria Amparo Rodríguez (2011: 1), a “una manifiesta tendencia a flexibilizar los procesos de licenciamiento, disminuyendo las actividades y requisitos necesarios para evaluar mejor los proyectos”¹²³.

Ahora bien, siendo un rasgo de los procedimientos de licenciamiento ambiental la expedición de actos administrativos con la entidad de impactar directamente en los territorios de los pueblos indígenas, resulta allí obligatoria la realización de consultas previas que garanticen la participación de éstos en tales decisiones¹²⁴. No siendo posible su

¹²¹ Ley 1444 de 2011 y Decretos 3570 y 3573 de 2011.

¹²² Al respecto el exministro Manuel Rodríguez Becerra (2013) advierte una debilidad original de la ANLA señalando que ésta “no quedó estructuralmente articulada con aquellas dependencias del Ministerio que deben velar por la salud de los ecosistemas del país y del ordenamiento ambiental, a partir de una visión de largo plazo del territorio”.

¹²³ “Podríamos hablar de cuatro normas que han sido las fundamentales en la reglamentación del procedimiento para otorgar las licencias ambientales: Decreto 1753 de 1994, Decreto 1728 de 2002, Decreto 1180 de 2003, Decreto 1220 de 2005 y Decreto 2820 de 2010. Sin embargo, han sido varios los intentos para modificar, restringir o limitar la función de las licencias ambientales, como puede evidenciarse a través de las normas sobre supresión de trámites o a través de disposiciones que hacen desaparecer el proceso de evaluación ambiental previa” (Rodríguez, 2011: 3).

¹²⁴ Si bien los fundamentos jurídicos de la consulta previa son, como ya hemos señalado, de origen internacional, constitucional, jurisprudencial y legal; la incorporación que hizo la Ley 99 de 1993 en su título dedicado a los “Modos y Procedimientos de Participación Ciudadana” del deber de consultar a las comunidades indígenas y negras las decisiones sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios, tiene la importancia de dar a este derecho fundamental una dimensión de mecanismo de participación

“flexibilización” sino por el contrario, habiéndose consolidado un estándar internacional para su realización, y ante la ausencia de una regulación clara y legítima en la materia; estos mismos sectores estatales y empresariales han manifestado su percepción de este instrumento de participación como un obstáculo a la celeridad y eficiencia que requiere el desarrollo, lo cual ha terminado por su realización en desconocimiento de sus requisitos o simplemente en su no realización (Rodríguez G.A., 2013).

Articulada esta situación al contexto de una economía colombiana cuyo crecimiento se encuentra cada vez mayormente impulsado por la extracción de los recursos naturales¹²⁵, y en la cual el Estado tiende a apostar con más decisión a la realización de obras de infraestructura que faciliten su transporte y comercialización¹²⁶; los efectos de esta visión “eficiencista” han sido los de un incremento en las solicitudes de licenciamiento ambiental y una reducida injerencia de los pueblos indígenas en un proyecto de desarrollo que afecta de manera directa sus derechos territoriales. Prueba de ello resulta el hecho de que al año 2012, en solamente 156 de las 2331 solicitudes de licencia resueltas favorablemente por la autoridad ambiental nacional, fue incluida en su procedimiento administrativo la realización de consultas previas (Rodríguez G.A., 2014).

El otro escenario administrativo que ejemplifica la manera en que la implementación de la política ambiental ha afectado los derechos territoriales de los pueblos indígenas, es el del Sistema de Parques Nacionales Naturales - SPNN. Este Sistema creado por el Decreto Ley 2811 de 1974 – CNRNR, responde a una política de áreas protegidas iniciada en el país con la expedición de la Ley 2ª de 1952¹²⁷ y que tuvo luego un importante momento de consolidación con la creación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas – SINAP producida tras la expedición de la Ley 165 de 1994, aprobatoria del Convenio Sobre

ambiental, con lo cual las autoridades administrativas fueron vinculadas a los estándares existentes para su realización.

¹²⁵ Al respecto resulta ilustrativo el caso de la minería, pues de acuerdo a lo señalado por Fedesarrollo (2012: 15), “el PIB proveniente de este sector ha pasado de 5,2 a 10,3 billones de pesos entre el año 2000 y el año 2011”.

¹²⁶ La inversión en infraestructura de transporte, hidrocarburos, comunicaciones y energía eléctrica, entre otras, representó al año 2010 un porcentaje del 4.9% del PIB nacional y se prevé su incremento en los próximos años (Clavijo, Vera & Vera; 2013).

¹²⁷ “Por el cual se dictan normas sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables”.

Diversidad Biológica¹²⁸, y luego con su reglamentación, hace unos pocos años, por el Decreto 2372 de 2010¹²⁹.

Dentro de las funciones que le fueron asignadas al SPNN por el artículo 328 del CNRNR, están las de fijar un régimen especial de manejo que, fundado en principios ecológicos, permita conservar la fauna, la flora, los paisajes y las reliquias históricas, culturales o arqueológicas; así como las de “perpetuar en estado natural muestras de comunidades bióticas, regiones fisiográficas, unidades biogeográficas, recursos genéticos y especies silvestres amenazadas de extinción” y proteger “ejemplares de fenómenos naturales, culturales, históricos y otros de interés internacional, para contribuir a la preservación del patrimonio común de la humanidad” (artículo 328).

Tal como se aprecia, en su concepción original, el SPNN no contempló la existencia de pueblos habitantes en aquellas zonas objeto de “protección” y “perpetuación”, pues, cómo señala Esteban (2008: 138), este “se encuentra estructurado legalmente bajo la concepción de incompatibilidad con la habitación humana permanente y la explotación de los recursos naturales”. Esta situación se ha tornado conflictiva en la medida en que, como lo muestra la Tabla No. 2, de las 58 áreas protegidas actualmente por el SPNN, 24 de ellas se traslapan con tierras de resguardos indígenas.

Tabla No. 2

Parque Nacional	Resguardo(s) con traslape	Área (has.) traslapada
Alto Fragua - Indiwasi	La Esperanza	383,91
Amacayacu	Mocagua, Macedonia, El Vergel Y Zaragoza; Puerto Nariño; Rios Cotuhe y Putumayo; Uitiboc	55.501,48
Cahuinari	Miriti-Parana, Predio Putumayo	550.685,42
La Paya	Agua Negra, Bajo Casacuate, Cecilia Cocha, Consara-Mecaya, El Hacha, El Tablero, Jirijiri, La Paya, La Perecera,	31.981,53

¹²⁸ En su artículo 8° referido a la Conservación *in situ*, este Convenio señala que cada una de las partes contratantes del mismo, en la medida de lo posible “Establecerá un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica”.

¹²⁹ “Por el cual se reglamenta el Decreto-ley 2811 de 1974, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y el Decreto-ley 216 de 2003, en relación con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y se dictan otras disposiciones”.

	Lagarto Cocha, Witora O Huitora	
Rio Pure	Curare Los Ingleses, Miriti-Parana	171,60
Serrania De Chiribiquete	El Porvenir Kananguchal	530,64
Serrania de Los Churumbelos	Villa Maria De Anamu	982,62
Yaigoje Apaporis	Comeyafu, Miriti-Parana, Puerto Cordoba, Vaupes, Yaigoje-Rio Apaporis	1.049.405,29
Nukak	Morichal Viejo, Santa Rosa, Cerro Cucuy, Santa Cruz, Caño Danta- Otros; Nukak - Maku	420.423,29
Puinawai	Cuenca Media Y Alta Del Rio Inirýda, Parte Alta Del Rio Guainia, Rios Cuiari E Isana, Tonina, Sejal, San Jose Y Otras	1.103.314,35
Plantas Medicinales Orito Ingiande	Alto Orito	280,53
Catatumbo - Bari	Gabarra-Catalaura, Motilon - Bari	119.120,87
El Cocuy	Angosturas, Cibariza, Laguna Tranquila, Sabanas De Curipao, Unido Uwa, Valles Del Sol	142.545,53
Complejo Volcanico Doña Juana Cascabel	Inga De Aponte	114,43
Las Orquideas	Chaquenoda, Valle De Perdidas	8.164,47
Nevado Del Huila	Paez De Gaitania	3.750,38
Puracé	Kokonuco, Paletara	85,76
Macuira	Alta Y Media Guajira	26.776,40
Paramillo	Alto Sinu, Esmeralda Cruz Grande E Iwagado; Jaikerazavi; Quebrada Cañaveral; Sever; Yaberarado	120.137,46
Sierra Nevada De Santa Marta	Arhuaco De La Sierra Nevada, Kankuamo, Kogui-Malayo Arhuaco	385.044,33
Flamencos	Perratpu	121,89
Los Katios	Peranchito	43,98
Utria	Alto Rio Bojaya, Alto Rio Buey, Rios Jurubida-Chori Y Alto Baudó, Rios Valle Y Boroboro	46.262,58
	TOTAL	4.065.828,75

Fuente: información suministrada por la UAESPNN resultado del cruce de información de Parques Nacionales Naturales a 2013 y de resguardos indígenas a 2012.

Una precisión clave para entender la naturaleza de estos conflictos la presenta Oscar Peña (2007: 43) de la siguiente manera:

Los territorios indígenas y los parques nacionales naturales constituyen dos figuras de ordenamiento del territorio, cada una de las cuales persigue sus propios fines, basados en sistemas organizativos y administrativos propios, que se aplican desde y para satisfacer necesidades específicas de culturas diferentes (...).

Los objetivos que se persiguen con la declaración de un área protegida y el reconocimiento de un territorio indígena coinciden en la protección de la diversidad, pero mientras unos centran sus esfuerzos en pro de la diversidad biológica, los indígenas centran sus luchas reivindicatorias en asegurar sus territorios para mantener la diversidad étnica y cultural como pueblos con identidad.

Pues bien, lejos de reconocer las diferencias entre los territorios indígenas y los Parques Nacionales, la solución a estos conflictos planteada desde el Estado ha sido la de sostener su compatibilidad sobre la base de unos criterios que “diluyen” los derechos de propiedad colectiva de estos pueblos y restan su autonomía para la administración y el manejo de estas áreas. Esta tesis fue introducida por primera vez tras la expedición del Decreto 622 de 1977, norma en la que fue planteada, sin embargo, para el caso de tierras indígenas sobre las cuales el Estado no reconoce a éstos derechos de propiedad, como lo son las reservas indígenas¹³⁰.

Luego, pasando esto último por alto, dicha tesis se ha abierto paso de la mano del llamado Régimen Especial de Manejo, “una estrategia de planeación concertada entre la autoridad ambiental y la autoridad pública indígena, que busca definir acuerdos sobre el uso, control y co-administración de los recursos naturales presentes en el área de traslape” (Página web de Parques Nacionales Naturales). Expresión de las nuevas técnicas de gobernabilidad ambiental, dicha estrategia se inscribe en una política consistente en generar una participación social en la conservación; un nuevo enfoque en el que el Estado parte por reconocer la necesidad del dialogo social y cultural como fórmula para alcanzar unas metas de conservación y desarrollo sostenibles (UAESPNN, 2001).

Sin embargo, dicha estrategia mantiene hoy intactos los retos que plantea el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el caso de traslape con Parques Nacionales Naturales. Lo anterior debido a que, por un lado, ello podría terminar negando cualquier posibilidad de reconocer a los pueblos indígenas como autoridades ambientales en sus territorios¹³¹, y por el otro, perpetúa la omisión del Estado en la materia al no expedir una normatividad que fije reglas claras para la implementación de un modelo, que partiendo del reconocimiento de la propiedad privada colectiva que

¹³⁰ El artículo 7º del Decreto 622 de 1977 señala que “no es incompatible la declaración de un parque nacional natural con la constitución de una reserva indígena”.

¹³¹ Esta es una de las cuestiones que desde hace algunos años y en varios escenarios, diversos pueblos indígenas vienen sosteniendo como una consecuencia de su derecho a la autodeterminación. Recientemente, este fue uno de los puntos que hicieron parte del pronunciamiento de las autoridades indígenas del norte del Cauca al presidente Juan Manuel Santos en el año 2012, en donde se solicitó la conformación de un sistema propio económico-ambiental que incluye “un reconocimiento de las competencias como autoridades ambientales para las autoridades indígenas” (Cxhab Wala Kiwe – ACIN y el CRIC, 2012).

ejercen estos pueblos sobre los resguardos, así como de su autonomía, permita una relación entre las autoridades ambientales del nivel nacional y las propias de los pueblos indígenas, más que jerarquizada, fundada en la cooperación (Peña, 2007: 44-46).

Conclusiones

La aprobación en Colombia de una nueva Constitución Política en el año 1991 supuso un momento de inflexión en las disputas por el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Tal afirmación, sin embargo, no invita en el marco de este trabajo a entender este acontecimiento político y normativo como *el* hecho determinante en el histórico proceso de recuperación de tierras ancestrales adelantado por estos pueblos; sino más bien a identificar en él la causa de una transformación en el *contenido* de estas disputas y en las instancias o *ámbitos* en donde éstas se desarrollan.

En efecto, de la mano del tránsito de un régimen legal de tratamiento a los indígenas y sus tierras fundado en principios asimilacionistas a otro constitucional inspirado en principios democráticos, participativos, pluralistas y guiado por una carta de derechos; las disputas por el reconocimiento de los derechos territoriales indígenas, otrora principalmente centradas en el acceso a la propiedad de tierras colectivas de resguardo, sufrieron una suerte de diversificación de los ámbitos en donde se desarrollan.

En adelante, los indígenas no solo debieron iniciar, en el marco de una democracia liberal, un camino de reivindicación de su derecho a ser consultados cada vez que se vayan a tomar decisiones que afecten sus territorios de acuerdo a unos procedimientos acordes con su cultura diferenciada; sino que además, en la defensa de sus derechos territoriales, al tiempo que continuaron haciendo frente al despojo violento en el marco de un conflicto interno agudizado, debieron aprehender a insertarse como actores en las pugnas normativas en torno al ordenamiento territorial del Estado, la extracción de recursos naturales y la adopción de las políticas ambientales.

La mirada a lo que han sido desde el plano normativo las disputas en torno al reconocimiento y la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas tras la aprobación de la Constitución Política de 1991, deja ver la existencia en Colombia de un contraste entre los avances normativos constitucionales y algunos legales y reglamentarios producidos en esta materia, y por otro lado, unas limitaciones para el ejercicio de estos derechos manifestadas muchas de ellas igualmente en el plano normativo, y a través de las cuales se ha producido su desconocimiento, bien mediante la expedición de normas regresivas, bien por la omisión del Estado en expedir las necesarias o implementar las existentes.

De esta manera, en virtud de los avances normativos producidos en estos años, los derechos territoriales de los pueblos indígenas se vieron tanto reconocidos y protegidos constitucionalmente a través de la institución del resguardo, como reglamentados en cuanto a los procedimientos para la constitución, ampliación y saneamiento de los mismos. Junto a ello, también se dieron pasos hacia la garantía de los derechos de autonomía y participación de estas poblaciones, principalmente con la concepción constitucional de las Entidades Territoriales Indígenas en el primer caso, y con el mandato constitucional de participación de los pueblos indígenas en las decisiones sobre explotación de recursos naturales en sus territorios, en el segundo de ellos. En materia ambiental destaca como avance por su parte la adopción de una constitución ecológica en el marco de la cual se produjo una revalorización normativa en esta materia, lo cual ha coadyuvado de alguna forma la preservación de territorios indígenas de alto valor ecológico.

En relación con las limitantes que se contraponen al pleno ejercicio de los derechos territoriales indígenas en Colombia, podemos señalar que una transversal ha sido la de la adopción de un modelo económico que configura la ordenación y aprovechamiento del territorio en franca oposición con la diversidad cultural. Lo anterior encuentra expresiones normativas tanto en la misma Constitución, como en la expedición de normas que promueven la explotación de recursos naturales, flexibilizan la evaluación ambiental y desconocen la participación y autonomía de los pueblos indígenas. Estas limitantes han sido sin embargo también originadas por la omisión del ejecutivo y el legislativo en

aspectos como la reglamentación de acuerdo con los estándares existentes de materias como el derecho a la consulta previa, las Entidades Territoriales Indígenas o la fijación de reglas claras y competencias en los casos de traslape entre resguardos indígenas y parques nacionales.

CAPÍTULO III

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO ESCENARIO DE LAS DISPUTAS POR LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS

En cuanto orientadoras de la acción estatal, las políticas públicas se constituyen en un escenario imprescindible para comprender las dinámicas a partir de las cuales los gobiernos conciben, por un lado, los mecanismos para la satisfacción de derechos y por otro, la proyección de un modelo de desarrollo y del Estado. De esta manera, el análisis que busca adelantarse en este capítulo acerca de la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el marco de las políticas públicas, inicia reconociendo la necesidad de problematizar lo que ha sido la adopción e instrumentalización de éstas últimas como herramientas para la implementación de los primeros.

Posteriormente se buscará realizar una caracterización general del proceso mediante el cual las cuestiones étnicas y en especial indígenas, han venido siendo incorporadas por los gobiernos dentro de los objetivos y lineamientos generales fijados en los Planes Nacionales de Desarrollo - PND y los documentos de política expedidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social - Conpes. Una tercera y última sección estará orientada por su parte a la caracterización de los rasgos políticos, jurídicos, administrativos y económicos de aquellas políticas, programas y proyectos formulados en estos documentos, que por su naturaleza han tenido incidencia en una mayor o menor implementación de los derechos de los pueblos indígenas en cuanto constitutivas de una *revalorización y administración* del territorio.

1. Un escenario *de disputa en disputa*.

De acuerdo con Roth (2002: 19) “[l]as políticas públicas, entendidas como programas de acciones, representan la realización concreta de decisiones, el medio usado por un actor en particular llamado Estado, en su voluntad de modificar comportamientos mediante el

cambio de las reglas de juego operantes hasta entonces”¹³². Partiendo de esta definición, al abordar el estudio sobre las disputas por la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el marco de las políticas públicas, nos proponemos ubicar la falta de implementación de estos derechos como un problema de la *acción* gubernamental.

Ahora bien, a efectos de problematizar los términos de esa *acción*, podemos retomar la diferenciación entre los conceptos de *política pública* y *acción pública organizada* que expone Thoenig (1997). A partir de la misma se busca sostener en este capítulo, que en el caso de los pueblos indígenas de Colombia, las acciones de formulación de políticas gubernamentales orientadas a la realización de sus derechos territoriales, han respondido más a un ejercicio vertical y centralizado en el Estado (*política pública*), que a una identificación y estructuración de soluciones colectivas a problemas, en donde prime un dialogo horizontal entre Gobierno y actores sociales (*acción pública*)¹³³ (Thoenig,1997).

A partir de estos dos conceptos (*política pública* y *acción pública*) que recogen como se expone, dos concepciones sobre la estructuración de respuestas sociales y/o estatales a problemas particulares, puede apreciarse la evolución que han tenido los estudios en esta materia desde su surgimiento a inicios de la segunda mitad del siglo XX, tras la presentación que hiciera en el año 1951 Harold D. Laswell de su propuesta de introducir un abordaje interdisciplinar, técnico, racional y científico a la esfera estatal de las decisiones públicas (González, 2000). Vista como *acción pública*, la *política pública* busca replantear el rol ciudadano en la formulación y solución de los problemas del Estado, ejercicio reservado por la “ortodoxia de la *política pública*” a los expertos de las instituciones gubernamentales. De acuerdo con ésta transformada perspectiva “el acento se pone más

¹³² Tres elementos básicos de toda *política pública* que señala Salazar (2009:53) son: un elemento de *predicción* que “implica el que se espere lograr algo y las *políticas públicas* son eso: tratar de acercarse, mediante medidas administrativas, a un ideal de sociedad”; un elemento de *decisión* enfocado en el cómo, quien, con qué herramientas, etc.; y uno de *acción* pues “mientras no haya acción, se está frente a un discurso”.

¹³³ De acuerdo con Thoenig (1997: 22-29), mientras el enfoque que subyace a la *política pública* “corre el riesgo de portar consigo un postulado de estatocentrismo [...] como si las autoridades políticas y administrativas legítimas ocupasen una posición, si no monopólica, al menos hegemónica en el tratamiento de los problemas públicos”, el enfoque de la *acción pública* está referido a “la manera en que una sociedad construye y califica los problemas colectivos y elabora respuestas, contenidos y procesos para abordarlos”. Dentro de éste último enfoque, señala, “[e]l acento se pone más sobre la sociedad en general, no solo sobre la esfera institucional del Estado”.

sobre la sociedad en general, no solo sobre la esfera institucional del Estado” (Thoenig, 1997: 28).

Ahora bien, para apoyar nuestra propuesta, resulta oportuno traer a colación a González (2000:13-16), quien, al presentar una postura crítica sobre la visión de Harold D. Laswell que como se dijo acentúa el papel de la ciencia, la técnica y la experticia en la elaboración de las políticas, advierte en la misma la ausencia de un análisis sobre las que denomina “condiciones interactivas macro” que median la relación entre el Estado y la sociedad, como son, entre otras: el sistema político, la esfera pública y la participación democrática:

[N]uestra hipótesis es que como *acción pública* la política pública tiene carácter vinculante, pero éste opera *si* las *condiciones interactivas macro* que se interponen entre el gobierno y la sociedad están más o menos desarrolladas y si, además, el dominio de la ciencia y la técnica no reemplazan a la acción social real e histórica o la hacen aparecer como un producto suyo, como en la concepción hegeliana de la historia. (Cursiva original)

Así pues, el enfoque que aquí queremos dar pretende sostener que la verticalidad que históricamente ha caracterizado las relaciones entre los pueblos indígenas y los poderes gubernamentales coloniales y estatales, y que en su momento sustentaron políticas de corte tutelar y asimilacionista; se presenta hoy como un rasgo propio de la formulación de políticas públicas orientadas a estas poblaciones en el marco del Estado Social y Constitucional de Derecho colombiano. Así mismo, sostenemos que un elemento clave para entender la existencia de esa verticalidad lo constituye la ausencia de una participación real de los pueblos indígenas, lo cual ha impedido el uso las políticas públicas como herramienta para dar a lo intercultural un carácter transversal a la *acción* del Estado.

Los límites de las políticas gubernamentales como escenario de un verdadero y constructivo dialogo intercultural, tienen que ver también con las relaciones de poder que subyacen a su instrumentalización en el país. A efectos de comprender esto, conviene contextualizar un poco el que ha sido el proceso de incursión del estudio de las políticas públicas en nuestro medio. Si bien como se dijo, el inicio de los mismos se remonta a los primeros años de la década de los cincuenta, su presencia en el discurso de los Estados Iberoamericanos viene a producirse con fuerza solamente hacia los años finales del siglo

XX (Roth, 2002). Dicha incursión, señala Guerrero (1995), se produjo en el marco de las reformas estatales de corte neoliberal adelantadas en estos mismos años en varios Estados; la misma se caracterizó por incorporar un abordaje de los problemas del Estado enfocado en el análisis económico; “un enfoque unidimensional (que) se ofreció como opción al dilema de la reforma del Estado en la región, cuyo aspecto más conocido –y publicitado- es la privatización de la administración pública” (Guerrero, 1995: 461-462).

En América Latina, dichas reformas al Estado estuvieron guiadas por las políticas económicas consideradas y adoptadas en el llamado Consenso de Washington, el cual tuvo por objeto “orientar a los gobiernos en países en desarrollo y a los organismos internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo (FMI, BM y BID)) *a la hora de valorar los avances en materia económica de los primeros al pedir ayuda a los segundos*” (Casilda, 2004:19). Algunas de estas políticas fueron la liberalización del comercio internacional, la eliminación de las barreras a las inversiones extranjeras directas, privatización, desregulación de los mercados y protección a la propiedad privada¹³⁴; su adopción supuso también la de todo un modelo de desarrollo y del Estado, lo cual llevaría a éste último a enfocarse en adelante en el dominio de las *técnicas* necesaria para la implementación del primero a través del “buen gobierno”.

Ahora bien, el hecho de que la Constitución Política de 1991 sea contemporánea a estas reformas no puede considerarse aisladamente. Con la aprobación de la nueva Carta Política, al tiempo que se posibilitó en Colombia una apertura democrática cuya esencia estaría en la participación directa de los ciudadanos en los asuntos del Estado, así como en el ejercicio de toda una carta de derechos ahora constitucionalizados; el nuevo ordenamiento constitucional también buscó generar las condiciones necesarias para la apertura económica que situara al país en el contexto de la realidad unipolar que a nivel planetario entonces comenzaba a consolidarse.

¹³⁴ Las diez políticas que en total constituyen el Consenso de Washington fueron formuladas por el economista John Williamson en el año 1989 en un documento titulado “What Washington Means by Policy Reform”.

De esta manera, tenemos entonces que el surgimiento en Colombia de las políticas públicas como discurso - herramienta del Estado para la implementación de derechos, se produce en el país articulado, por un lado, a un proceso de reformas económicas cuya finalidad ha sido la de promover y facilitar la inserción de éste en un modelo de desarrollo global. Ello resulta especialmente problemático en el caso de los derechos territoriales étnicos, si se tiene en cuenta que su plena implementación supondría en muchos casos, aceptar lógicas comunitarias que en ocasiones subvierten las fórmulas de un desarrollo sustentado en el crecimiento económico y la extracción de los recursos naturales desde conceptos como *etnodesarrollo*¹³⁵, *territorio*¹³⁶, *ley de origen*¹³⁷ o *buen vivir*¹³⁸.

Adicional a ello, dicho surgimiento se inserta también en el proceso de reformulación del rol del Estado y en particular de la administración pública, iniciado en el país tras la aprobación de la Constitución Política de 1991 como una respuesta a las mencionadas reformas económicas. Resultado de este proceso, al tiempo de que comienza a hablarse de un nuevo rol regulador del Estado¹³⁹ y de una mayor participación privada en la construcción de infraestructura y la prestación de servicios públicos, sostenemos que el énfasis de la acción estatal comienza a situarse menos en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, y más en la legitimación de los medios necesarios a este fin. De esta manera, “más allá de los derechos, los programas sociales del gobierno se

¹³⁵ Enrique Valencia (1996:15) hace referencia al etnodesarrollo como aquél “desarrollo autodeterminado y autogestionado de los pueblos étnicos”. Para este mismo autor “[l]a alternativa del etnodesarrollo [...] surge de las mismas tendencias dominantes y contradictorias con que se ha enfocado el desarrollo nacional, en sociedades en que el subdesarrollo aparece asociado al carácter pluriétnico y pluricultural de la sociedad y en que el polo étnico representa el polo tradicional del “atraso””.

¹³⁶ Una comprensión del concepto de territorio desde lo cultural, la presenta Zapata (2010: 22) de la siguiente manera: “[l]a lógica de simbolización del espacio y el territorio desde la perspectiva indígena depende, entonces, del reconocimiento de distintos signos y lenguajes, sustraídos de la vivencia, la cotidianidad, las experiencias, las observaciones, y su entendimiento. Dichos signos y lenguajes se manifiestan en la naturaleza como cuerpos interrelacionados de manera armónica, y se expresan en los territorios tradicionales”.

¹³⁷ En palabras pronunciadas por Jaime Arias como autoridad del pueblo Kankuamo (2002:12), la Ley de Origen es “la ley que se instaló desde la misma creación del mundo [...] es la que nos señala cómo vamos a vivir: el ordenamiento de las fuerzas espirituales, materiales, la naturaleza, el mundo, el cosmos, las personas, en fin, todo”.

¹³⁸ “El Buen Vivir o Vivir Bien engloba un conjunto de ideas que se están forjando como reacción y alternativa a los conceptos convencionales sobre el desarrollo. Bajo estos términos se están acumulando diversas reflexiones que, con mucha intensidad, exploran nuevas perspectivas creativas tanto en el plano de las ideas como en las prácticas” (Gudynas, 2011:1).

¹³⁹ “En el Estado regulador existe un retorno del protagonismo del mercado que lleva a un proceso de desestatización de funciones a su favor, principalmente en el ámbito empresarial, mediante proceso concurrentes de liberalización, privatización, contractualización y fomento” (Restrepo, 2009: 67).

detienen en los mecanismos de participación, la descentralización, la coadministración y otras herramientas de la cogestión que apoyan el modelo de planeación para el desarrollo imperante” (Zapata, 2007:33).

En este punto conviene señalar entonces que, en tanto herramientas para la implementación de los derechos de los pueblos indígenas y más concretamente de sus derechos territoriales; desde su fuerte incursión en el discurso gubernamental colombiano a inicios de los años noventa, las políticas públicas no han logrado constituirse en canalizadoras de un diálogo intercultural que garantice la incidencia directa de estas poblaciones en las decisiones que afectan su propio desarrollo y disposición del territorio. Una barrera para el logro de este objetivo la constituye la adopción de un modelo de desarrollo no negociable y por tanto no discutido en el marco de la formulación de las políticas, sino implementado.

Del mismo modo y puede afirmarse que como resultado de una suerte de proceso incompleto de “constitucionalización del derecho administrativo”¹⁴⁰, otra barrera ha sido la inobservancia de la diversidad cultural como un criterio de interpretación de la democracia participativa que debe informar los procesos de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas. Desde esta perspectiva podemos señalar entonces que, hoy en la práctica, la relación pueblos indígenas – Estado se desenvuelve en un modelo en el que “las decisiones se siguen tomando desde un escenario de democracia representativa, sea en cuerpos colegiados decisorios o consultivos, o en dignatarios administrativos” (Zapata, 2007:36).

Lo anterior, tal como señala Toledo (2005: 77-78), ha terminado por limitar la incidencia de los pueblos indígenas en materia de políticas públicas, a una mera “dimensión simbólica” en la que si bien se logran reivindicar “nuevos marcos de sentido y lenguajes (derechos indígenas, territorios, autonomía, etcétera)”, se queda corta ante las demás

¹⁴⁰ En palabras de Restrepo (2007: 41), la constitucionalización del derecho administrativo “implica que la definición legal de la *administración pública* empieza a estar condicionada por los valores que la Constitución reconoce y declara, y, en virtud de ese condicionamiento, se efectúa el control judicial, tanto de validez jurídica de las reglas legales que *positivizan* el *derecho administrativo*, como de las actuaciones de la administración”.

dimensiones decisionales y de implementación, “dejando un amplio espacio [...] para que el estado y los actores sociales con los cuales compiten puedan desvirtuar, bloquear, postergar o anular las políticas de derechos indígenas, ya sea en el momento de las definiciones o en las fases de implementación”.

De esta manera, siendo el objeto de este capítulo el de situar el análisis sobre la falta de implementación del derecho al territorio de los pueblos indígenas de Colombia como un problema de las políticas públicas gubernamentales a partir de 1991; lo primero sea entonces afirmar que, en tanto objeto de éstas últimas, dicha implementación ha sido disputada no solo en cuanto a la satisfacción de los derechos cuyo ejercicio la constituyen, como son, entre otros, el de propiedad sobre la tierra y los recursos naturales, el de autonomía y el de consulta; sino que disputadas vienen siendo también las instancias, técnicas y mecanismos para conseguirla.

Ahora bien, no siendo nuestra intención la de llevar a cabo un estudio exhaustivo sobre las políticas públicas formuladas a instancias de las autoridades de los distintos niveles territoriales del Estado, el análisis mencionado se limitará a caracterizar los rasgos de las políticas, los planes y proyectos gubernamentales del nivel nacional contenidos en los PND y los documentos Conpes. Dicha caracterización buscará identificar los límites y las posibilidades de la implementación de los derechos territoriales indígenas cuando los mismos han sido abordados en el marco de estas herramientas de formulación de políticas, planes, programas y proyectos.

2. Las cuestiones indígenas en los Planes Nacionales de Desarrollo y los documentos Conpes.

Tal como en su momento fue abordado, las poblaciones indígenas se constituyen desde el inicio mismo del período colonial en objeto de las políticas gubernamentales. Sin embargo, desde entonces, corolario de los cambios que han impreso en las relaciones entre éstas y los poderes de gobierno aquellas transformaciones en las formas gubernamentales, las concepciones del Estado y las normativas internacionales en materia étnica que ya se

han estudiado; la naturaleza de dichas políticas ha oscilado entre los discursos de tutela, asimilacionismo y tras la aprobación de la Constitución Política de 1991, el reconocimiento del derecho a la diversidad étnica y a una existencia culturalmente diferenciada.

Ahora bien, cuando hablamos de políticas públicas para la implementación de derechos indígenas, pretendemos situar este objetivo en el ámbito de las políticas, programas y proyectos cuya formulación se circunscribe a la acción de un Estado Social y Constitucional de Derecho que como el colombiano busca la realización de los principios de diversidad étnica y de participación democrática¹⁴¹. De allí que en este punto nos preguntamos entonces por el *cómo* a partir de la aprobación de la Constitución Política de 1991, el Estado viene dando un lugar al reconocimiento de los derechos de éstas poblaciones dentro de la formulación de los lineamientos generales de acción gubernamental establecidos en los PND y los documentos Conpes.

Lo primero sea señalar entonces de qué manera esta pregunta por el *cómo*, busca problematizar la implementación de los derechos de los pueblos indígenas, a partir de un análisis que articule los límites y las posibilidades del orden económico, político y jurídico que sostenemos rigen sus niveles de satisfacción, con las estrategias de gobierno y administración pública que se han utilizado en las políticas orientadas a este objeto. La idea es pues advertir una relación entre la efectividad de las políticas públicas como herramientas para adelantar dicha implementación y las pugnas que se señaló anteriormente, subyacen a la elección de las instancias, técnicas y mecanismos administrativos a través de los cuales éstas se orientan.

Lo anterior resulta particularmente relevante para el caso de derechos fundamentales colectivos como los de territorio y autonomía pues, lejos de solucionar las disputas generadas entre la ejecución de proyectos de desarrollo y la satisfacción inmediata que exige la naturaleza *ius fundamental* de los mismos, tales políticas se han concentrado más en la destinación de partidas presupuestales o la formulación con criterios diferenciales de

¹⁴¹ El Artículo 7º del Convenio 169 de la OIT establece que los pueblos indígenas “deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

programas de tipo asistencial¹⁴² que hacen énfasis en la dimensión progresiva¹⁴³ de su satisfacción. Así mismo, uno de los rasgos característicos de tales políticas ha sido el dar una lectura fuerte en descentralización, participación y consulta, en cuanto principios y derechos que legitiman instancias y procedimientos de decisión.

De esta manera, tal como se verá, si bien un recuento acerca del abordaje que desde los distintos gobiernos se ha dado a las cuestiones indígenas en el marco de la estructuración de documentos de política pública, permite apreciar la que ha sido una progresiva incursión de las mismas en los escenarios e instancias de planeación del Estado; lo cierto es que en Colombia no ha sido formulada a la fecha una política integral de los pueblos indígenas, que desde una perspectiva del goce efectivo de derechos, aborde de manera holística estas cuestiones y que por tanto garantice el cumplimiento de los estándares existentes en la materia, como lo son, entre otros, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU de 2007.

Debe señalarse sin embargo el hecho de que la inexistencia en nuestro país de una política de estas características, se enmarca dentro de las pugnas que también a nivel internacional se vienen adelantando como resultado de la definición del concepto de “desarrollo” sobre el cual ha de edificarse la acción gubernamental. Un importante y actual ejemplo de ello lo constituyen las disputas que desde inicios del presente siglo se desarrollan a nivel nacional e internacional, en torno a la definición de los objetivos de desarrollo del milenio – ODM, que por estos mismos años fueron fijados como prioritarios para el desarrollo en varios países en el mundo. Hablamos de la adopción en el año 2000, de la llamada Declaración del Milenio, un acuerdo internacional cuya importancia para el desarrollo global ha sido ampliamente reconocida y acatada, pero respecto del cual se han

¹⁴² “[N]o todas las políticas son construidas con grupos con capacidad de ejercer un poder efectivo sobre el Estado u otros actores que toman decisiones, sin embargo, sobre estos grupos se construyen políticas, las cuales además se sustentan a veces en procesos de convalidación a partir de iniciativas gubernamentales o de técnicos consultores. Es el caso particular de las políticas para grupos poblacionales, que la mayoría de las veces se construyen desde enfoques que consideran a la población como vulnerable, con carencias que deben ser atendidas mediante asistencia social” (Zapata, 2007:27).

¹⁴³ De acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-428 de 2012 (M.P. María Victoria Calle), “el principio de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las facetas prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual, de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico”.

levantado también voces críticas, como la de los pueblos indígenas, en la medida en que desconoce perspectivas alternativas del desarrollo¹⁴⁴ (PNUD, 2012).

Pues bien, señalado lo anterior, antes de iniciar la exposición, una aclaración que se hace necesaria en este punto consiste en señalar el hecho de que los primeros documentos Conpes sobre asuntos indígenas fueron expedidos con anterioridad a la Constitución Política de 1991. Por lo anterior y siendo nuestro interés el de identificar algunos rasgos que permitan establecer de qué manera la aprobación de ésta última representó una coyuntura respecto del abordaje dado a estos asuntos en las políticas y programas gubernamentales, la presentación que a continuación se hará, diferenciará entre éstos dos momentos.

2.1. Los Conpes 1726 de 1980 y 2082 de 1984.

Contemporánea a las luchas políticas y acciones de ocupación de tierras emprendidas por los movimientos sociales indígenas en estos años, la expedición del Conpes 1726 de 1980 durante el gobierno de Turbay Ayala (1978-1982), tuvo por aliciente el posicionamiento que para entonces alcanzaban estos pueblos como sujetos políticos en el país. Tal como en él se señala, dicho documento es el resultado del encargo que hiciera el entonces Presidente de la República a una Comisión de ministros presidida por el Ministro de Gobierno para que “elaborara un diagnóstico detallado y presentara al Consejo Nacional de Política Económica y Social una propuesta concreta de acción” en esta materia.

El documento contiene un resumen de tal diagnóstico y una propuesta para emprender un “Programa de Desarrollo Indígena para el período 1981- 1983”. En el primero se comienza por presentar una caracterización de la población indígena en el país, así como una valoración, tanto de las problemáticas que entonces los aquejaban, como de la política estatal en la materia. En el mismo se propuso una clasificación de las parcialidades

¹⁴⁴ “[L]os ODM no recogen las perspectivas, preocupaciones, experiencia, aspiraciones y visión del mundo de los Pueblos Indígenas; como se afirmó en el V período de sesiones del Foro Permanente de Naciones Unidas sobre Cuestiones Indígenas en el año 2006: “Existe una contradicción que podría ser grave entre la visión integral del desarrollo que tienen los indígenas y el enfoque temático, compartimentado y cuantificado que plantean los Objetivos de Desarrollo del Milenio””(PNUD, 2012:14).

indígenas en tres grupos distintos, clasificación cuyo enfoque, puede decirse, fue el de establecer la viabilidad de las economías de subsistencia de cada una de ellas, su situación de tierras y el rol estatal frente a ello.

Así, siguiendo la clasificación que allí se hizo, en un primer grupo se ubicaron los indígenas agricultores de la zona andina, parcialidades cuyos sistemas de subsistencia se consideró “viable” en cuanto compatibles con su acceso a servicios como los de salud y educación “sin la necesidad de tener que efectuar una transferencia masiva y permanente de recursos del resto de la economía a esas comunidades”. El segundo estuvo conformado por los indígenas dedicados a la pesca, la caza, la recolección y agricultura ubicados en las selvas pacífica y amazónica, la cordillera y llanos orientales; parcialidades cuya economía de subsistencia “menos viable” podría ser enderezada mediante la “tecnificación de actividades extractivas como el caucho, las maderas y el chiqui-chiqui¹⁴⁵”. Un tercer grupo lo conformaron por su parte los indígenas de la Guajira de quienes se dijo se encuentran “bastante integrados a la economía nacional a través del comercio”.

El de la tierra es considerado en este diagnóstico como “el problema más álgido de la población indígena”, situación causada entre otras razones, señaló, por los insuficientes recursos destinados por el entonces INCORA para constitución de reservas y resguardos. Por su parte, dos obstáculos de carácter institucional y jurídico que identifica el diagnóstico fueron, por un lado, el relativo a la ausencia de programas y políticas que garantizaran una coordinación de la acción del Estado y de la ejecución de los recursos destinados a estas poblaciones y, por el otro, el propio de la existencia de una numerosa y en ocasiones contradictoria legislación indígena compuesta, como allí se señala, por más de cuatrocientas Leyes y Decretos, y a la que se añadían varios conceptos de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto al Programa de Desarrollo Indígena propuesto en este Conpes, su objeto fue el de “disminuir la brecha existente entre el desarrollo del país y el de este sector de la

¹⁴⁵ Palma que crece principalmente en el Guainía, utilizada por los indígenas de la región para los techos de las viviendas y otros usos.

población colombiana”. Con esta orientación, el programa estableció unos componentes de acción estatal en materia de legalización de tierras, asistencia técnica y capacitación agropecuaria, salud, educación e infraestructura, siendo los dos primeros aquellos componentes en los cuales se concentró la mitad de los costos totales del programa.

En suma, la expedición de este Conpes tuvo el valor no solo de situar el abordaje de las cuestiones indígenas en el marco de la formulación de políticas económicas y sociales del más alto nivel de gobierno¹⁴⁶; con la misma quedaba claro también el interés del Estado en procurar en adelante una mirada más informada, integral, coordinada y centralizada sobre la materia. Es de anotar por otro lado cómo el diagnóstico y el programa allí presentados, dejan ver una óptica de la acción estatal en la que se busca el desarrollo económico y social de las poblaciones indígenas, a través de la destinación de recursos estatales representados principalmente en tierras¹⁴⁷, pero también en montos presupuestales focalizados y no permanentes.

Posteriormente, durante el gobierno de Belisario Betancourt fue expedido el Conpes 2082 de 1984 en el cual se formuló el “Programa Nacional de Desarrollo de las Poblaciones Indígenas - PRODEIN”. Este documento se ubica en el contexto del que fuera un intento de este gobierno por reformular las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas; animo que quedara claramente plasmado en el reconocimiento público que hiciera Betancourt de su histórica discriminación y de sus derechos a la autonomía y tierras, tras su visita iniciando su gobierno a la Hacienda “Las Mercedes” en el departamento del Valle, previamente ocupada por el pueblo Guambiano (Rodríguez, et al., 2005: 73).

De la mano de este programa, el gobierno de Betancourt buscó estructurar una política sobre pueblos indígenas más fundada en la concertación y a la cual serían articulados el

¹⁴⁶ Desde la creación del Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes en el marco de la modernización del Estado y de la Administración Pública que se propuso la Ley 19 de 1958 (Puentes, 2009:48), esta era la primera vez que las acciones del Estado sobre cuestiones indígenas se canalizaban a través de la máxima autoridad de planeación y órgano asesor del gobierno en materia económica y social.

¹⁴⁷ De acuerdo con cifras del Incoder, entre los años 1981 y 1983 (período focal de este programa), fueron tituladas como resguardos indígenas 5’632.927 has.

Consejo Nacional de Política Indigenista, la Comisión Técnica de Asuntos Indigenistas y la creación del Consejo Nacional Indígena (CONI) con quien fuera concertada su aprobación. Dos aspectos para destacar en él fueron, por un lado, la relevancia que allí conservó el tema de tierras, enfocado ahora concretamente en la titulación de resguardos, y del otro, el relativo al reconocimiento de los Cabildos indígenas como autoridades de derecho público y por tanto, instancias de interlocución válidas con el Estado; aspecto este último que contribuyó de manera importante a un cambio en la manera en que hasta entonces venían siendo construidas las políticas gubernamentales sobre estas poblaciones (Zapata, 2007:50).

Tanto el Conpes 1726 de 1980 como el 2082 de 1984 reflejaron la que sería una nueva faceta normativa del posicionamiento político que para entonces ostentaban las cuestiones indígenas en los asuntos del Estado. En efecto, la inclusión de estas cuestiones como objeto de documentos de política económica y social supuso situar el reconocimiento de los derechos de estas poblaciones más allá de la simple expedición de normas, dando a las mismas un lugar en la planeación y la formulación de políticas del Estado. Junto al cambio de concepción hacía una política indigenista del Estado más dialógica que es posible observar de un documento a otro, el hecho de que la expedición de estos Conpes coincidiera con un período en el que fueron tituladas la mayor cantidad de hectáreas de tierras hoy existentes, hizo que a la larga las organizaciones indígenas comenzaran a ver en la formulación de éstos y de los planes de desarrollo, un fértil escenario para el reconocimiento de sus derechos por parte del Estado.

Pues bien, desde una lectura crítica puede afirmarse que, de la mano de esta presencia de los asuntos indígenas en la formulación de políticas de planeación económica y social del Estado, se inició una suerte de proceso de institucionalización de la acción e inacción por qué no, del Estado en materia de poblaciones indígenas. El mismo, puede afirmarse, tuvo como efecto una transformación en la manera cómo los pueblos indígenas reivindicarían en adelante sus derechos frente al Estado, pues “[y]a el propósito de muchas Asambleas, Congresos y Movilizaciones no era diseñar estrategias para luchar por la superación de la condición de explotados y discriminados, sino demandar del Estado los beneficios de sus

programas, partidas del presupuesto o el cumplimiento de las promesas realizadas” (Rodríguez, et al., 2005: 73).

Esta estrategia pareció dar sus frutos durante el gobierno de Virgilio Barco, el cual representó el punto más alto de la política de titulación de tierras adelantada en la década de los ochenta. Tal como señala Zapata (2007: 50-51), en este gobierno “no se elaboró un nuevo documento Conpes sobre población indígena, (pues) se prefirió dar continuidad a la política del gobierno anterior en materia de titulación de resguardos”, lo cual se evidenció en “la titulación de 101 resguardos equivalentes a 15.744.315 hectáreas” durante el cuatrienio 1986-1990, y que terminó por consolidar unos avances en materia de legalización de tierras que, junto al proceso de descentralización iniciado en estos años¹⁴⁸, fueron sin duda determinantes en las condiciones que permitieron llevar a buen término los diálogos de paz con los indígenas alzados en armas, y con ello su presencia en la Asamblea Nacional Constituyente.

2.2. Los Planes Nacionales de Desarrollo y los documentos Conpes posteriores a 1991.

Tras la aprobación de la Constitución Política de 1991, si bien las demandas de titulación, ampliación y saneamiento de tierras preservaron un lugar destacado en la agenda de los pueblos indígenas, gran parte de sus expectativas recayeron sobre el proceso mediante el cual estos espacios de reproducción cultural que son los resguardos, se integrarían a las dinámicas de una nueva estructura política y administrativa del territorio nacional, sin que ello implicare por supuesto, una renuncia a la lucha por preservar el control sobre la tierra y sus recursos. Paralelo a éste, otro proceso de reordenación del territorio comenzaba a gestarse de la mano de las políticas económicas aperturistas y de fomento a la inversión privada nacional y extranjera, políticas que si bien ya habían sido puestas en marcha con decisión desde el gobierno Barco, ahora contaban con un marco normativo económico constitucionalizado que las promocionaba.

¹⁴⁸ Mediante el Acto Legislativo 01 de 1986 se reformó la Constitución de 1886 estableciendo la elección popular de alcaldes.

Las primeras políticas gubernamentales sobre pueblos indígenas que tienen por referencia el nuevo marco constitucional de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación, fueron establecidas durante el gobierno de Ernesto Samper¹⁴⁹. La expedición en este cuatrienio del PND “*El Salto Social*” y del Conpes 2773 de 1995 se constituye en una muestra de que la perspectiva diferencial comienza a tomar fuerza como criterio para la formulación de políticas sobre minorías étnicas y en general de sectores poblaciones vulnerables.

Con el primero de estos documentos se dio un lugar a los derechos culturales en los lineamientos generales de la acción estatal. En él no solo se contempló la formulación de una política cultural que terminó en la expedición de una Ley general, y con ella la creación del Ministerio de Cultura¹⁵⁰; también lo étnico ganó desde entonces un lugar como sección temática de los PND. Así, con este Plan en particular comenzaría a abordarse en adelante de manera permanente el tema de la diversidad como un fin del “desarrollo y consolidación” de los derechos de estas poblaciones y en ello la garantía del derecho a la participación a través de su presencia en los ámbitos de decisión de las distintas instituciones sectoriales del Estado.

Con este objeto, la política se propuso “diversificar” la institucionalidad en todos los niveles de gobierno, expedir las normas necesarias para el ejercicio de sus derechos, entre ellas la reglamentaria de la Ley 160 de 1994¹⁵¹ y la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial - LOOT que permitiera la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas¹⁵². Así mismo, se hace allí fuerte énfasis en la garantía del derecho a la participación mediante el fortalecimiento de los escenarios de concertación. Sobre esto

¹⁴⁹ Si bien durante el gobierno de Cesar Gaviria (1990-1994) no fue formulada ninguna política étnica, dos aspectos para mencionar en la materia en estos años son, por un lado, la continuidad dada a la política de titulación de tierras, y del otro, la expedición de los decretos 1088 y 1809 de 1993 sobre la “creación de asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas” y la regulación fiscal de territorios indígenas, ambos desarrollos de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en virtud del artículo 56 transitorio de la Constitución.

¹⁵⁰ Ley 397 de 1997.

¹⁵¹ Esta norma fue el Decreto 2164 de 1995.

¹⁵² Otra norma expedida durante este Gobierno fue la Ley 387 de 1997 en la cual se contempló una política diferencial para la atención a la población desplazada perteneciente a grupos étnicos.

último cabe recordar sin embargo el hecho de que la creación de la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, como de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, fue más una salida política a las tomas pacíficas de sedes gubernamentales y eclesiásticas adelantadas en el año 1996 por diferentes movimientos indígenas en varias ciudades del país.

Por su parte, mediante el documento Conpes 2773 de 1995 se dio creación al “Programa de Apoyo y Fortalecimiento Étnico de los Pueblos Indígenas de Colombia 1995-1998” que estuvo compuesto por un diagnóstico general, unos objetivos de política y un plan de acción. En relación con el primero podemos destacar por un lado, cómo en materia de tierras, al tema de titulación y saneamiento de resguardos que seguía siendo para entonces una prioridad en las políticas, se sumaba ahora una preocupación del gobierno por dar solución a los problemas derivados del traslape de resguardos indígenas con áreas protegidas. Junto a ello surge allí una nueva prioridad gubernamental consistente en el seguimiento a la asignación a los resguardos indígenas de los recursos provenientes de los ingresos corrientes de la Nación, iniciada tras la expedición de la Ley 60 de 1993¹⁵³. Un primer balance sobre este último aspecto identificó entre otras, las necesidades de coordinar institucionalmente a las autoridades indígenas, así como de promover su capacitación administrativa y de gestión.

Siendo su objeto el desarrollo de los postulados constitucionales de diversidad étnica y cultural de la Nación, así como el de la garantía de los derechos que de allí derivan; este programa se propuso acciones más o menos concretas en cuanto a la articulación de los sistemas sociales y económicos de estas poblaciones al Estado, el fortalecimiento de la etnoeducación y de la perspectiva diferencial en el sistema de salud, la cofinanciación de proyectos de inversión diferenciales, el impulso a iniciativas legislativas para reglamentar el artículo 246 de la Constitución Política sobre Jurisdicción Especial Indígena y una política de concertación para los procesos de planificación y gestión, control y evaluación

¹⁵³ Con esta Ley se dictaron normas orgánicas sobre distribución de competencias de acuerdo con lo establecido en los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y de distribución de los recursos según los artículos 356 y 357 de la misma.

de los impactos sociales y ambientales de los proyectos de desarrollo que afecten sus territorios.

Posteriormente, con la política de grupos étnicos formulada en el PND del gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002) “*Cambio para construir la paz*”, la presentación de breves diagnósticos sobre la situación de estos grupos en aspectos como participación, tierras, salud, educación, derechos humanos y desplazamiento; comienza a ser incluida allí mismo como fundamento de las políticas en estos documentos¹⁵⁴. Así mismo, tan solo una lectura ligera de ésta política deja ver la influencia que comenzaban a tener en la elaboración de estos lineamientos generales, los avances jurisprudenciales dados hasta entonces¹⁵⁵; rasgo que se evidencia entre otros aspectos, en la referencia que por primera vez se hace de la garantía del derecho a la consulta previa como un objeto de política pública.

Algunos de los problemas identificados en dicho diagnóstico y de las acciones propuestas por esta política fueron, por un lado, la existencia de una deuda en titulación de tierras frente al 18% de la población indígena; situación ante la cual se reafirmó el propósito de dar continuidad a los procesos de constitución, ampliación y saneamiento de resguardos de conformidad con las prioridades fijadas en la Comisión Nacional de Territorios Indígenas. Así mismo, ante la violación de sus derechos humanos y en especial el desplazamiento forzado de varios pueblos, el gobierno se propuso allí la consolidación de los mecanismos de defensa de tales derechos y de una atención a la población desplazada que incluyera la generación de condiciones para el retorno a sus territorios.

Adicional a ello, ante los conflictos de competencias administrativas generados por la superposición de resguardos con áreas protegidas y la ejecución de los recursos de las transferencias territoriales, se propuso por un lado la delimitación participativa de aquellas

¹⁵⁴ Resultado de los acuerdos logrados con el Ministro del Interior del momento tras las exigencias del Consejo Regional Indígena del Cauca – CRIC reunido en Piendamó Cauca a mediados del año 1999, el gobierno Pastrana expidió el Decreto 982 de 1999 en el que reconociendo la emergencia social, cultural y económica de los indígenas de este departamento, creó la “Comisión para el desarrollo integral de la política indígena del departamento del Cauca”.

¹⁵⁵ Uno muy importante fue el producido con la sentencia SU-039 de 1997, en la que fueron unificados por primera vez los lineamientos para la realización de consultas previas en el marco de medidas administrativas que los afecten en sus derechos territoriales.

competencias en pugna entre las autoridades ambientales y las comunidades indígenas en relación con la protección del medio ambiente; y de otro lado, la destinación de los recursos necesarios para la creación de las Entidades Territoriales Indígenas y la capacitación en gestión político-administrativa. En materia de participación por su parte, la política centró sus prioridades en el fortalecimiento de la consulta previa y de la Comisión de Derechos Humanos como escenarios que permitirían su garantía en el marco de la expedición de medidas administrativas y legislativas que puedan afectarlos, entre ellas las que autorizaren la explotación de recursos naturales¹⁵⁶.

En el PND del primer gobierno Uribe (2002-2006) “*Hacia un Estado Comunitario*”, la sección de “fortalecimiento de grupos étnicos” allí contenida, comienza haciendo un reconocimiento de la histórica situación de marginalidad y vulnerabilidad de estos sectores de la población. Así, dentro de los factores que identificó como causas de la misma, se menciona el bajo nivel de vida que estos pueblos padecen como resultado de la pobreza, la inequidad, la violencia, el desplazamiento y la débil capacidad en la formación de capital humano. Partiendo de allí, dicho gobierno estableció como objetivos en materia étnica el del desarrollo de una estrategia que enfatiza en la superación de la pobreza y de las desigualdades sociales, legales, políticas, económicas y culturales.

En materia propiamente indígena, el documento presenta una breve caracterización en la que entre otras cosas se reconoce la existencia de 82¹⁵⁷ de estos pueblos, un saldo pendiente de titulación de tierras reducido ahora a un 13% y la ubicación ambientalmente estratégica de gran parte de los resguardos. En cuanto a las estrategias de acción propuestas, siguió siendo en ellas relevante, por un lado, dar continuidad al proceso de titulación, ampliación y saneamiento de resguardos; así como la de formular desarrollos legislativos en temas relativos a educación, salud, consulta previa, así como de aquellas sobre aspectos fiscales, de funcionamiento y coordinación con las entidades territoriales.

¹⁵⁶ En este gobierno sería expidió el Código de Minas mediante la Ley 685 de 2001.

¹⁵⁷ Para entonces los indígenas ya demandaban la existencia de 102 pueblos.

Es de anotar sin embargo la existencia de una desarticulación entre estos objetivos y acciones propuestas, y la fijación de las “metas y estrategias de Colombia para el logro de los objetivos de desarrollo del milenio – 2015” que fueran adoptadas también en este gobierno mediante la expedición del Conpes 91 de 2005. Si bien, tal como se lee en el mismo, “[l]os Objetivos de Desarrollo del Milenio representan para el país la oportunidad de definir de manera precisa y evaluable los retos y avances en la senda del desarrollo”, lo cierto es que destaca allí por su ausencia la formulación de estrategias orientadas a la superación de la inequidad desde una perspectiva que atienda a las diferencias étnicas y culturales propias de nuestro país.

Ahora bien, dos aspectos pueden considerarse por su parte al caracterizar lo que fue el abordaje del tema étnico en el PND del segundo mandato de Uribe (2006-2010) “*Estado comunitario: desarrollo para todos*”. Por un lado, las denuncias elevadas por las organizaciones indígenas finalizando su primer mandato, en las que ponían de presente los incumplimientos de ese gobierno en cuanto a la implementación de sus derechos, y en particular, la inexistencia de una política integral y sistemática para los pueblos indígenas (ONIC, 2005). Así mismo, la expedición de este plan tuvo la característica de contar con una información estadística sobre grupos étnicos actualizada tras el censo del año 2005. Ambos aspectos se vieron de alguna manera reflejados en el que fuera hasta entonces el más detallado diagnóstico sobre estas poblaciones presentado como soporte de las políticas y programas sobre estos grupos en un plan de desarrollo.

Para mencionar algunos de los rasgos del componente étnico contenido en el documento, baste señalar por un lado, que en el mismo se expone un recuento de los considerados logros estatales conseguidos en esta materia hasta ese momento; entre los cuales se destacan aquellos en titulación, ampliación y saneamiento de tierras, implementación de proyectos para la protección de los recursos naturales en sus territorios y el desarrollo de programas y acciones en materia de justicia, cultura y derechos humanos, entre otros. Otro aspecto que llama en él la atención es el manejo de un lenguaje acorde con los avances jurisprudenciales dados hasta ese momento. Así mismo, una vez reconocida en él la vigencia de diversos retos, el plan estableció algunas estrategias generales en materia

étnica y otras como respuesta a las particularidades propias de cada grupo. Para el caso específico de los pueblos indígenas se planteó la formulación de una política integral que incluiría entre otros aspectos, los relativos a la territorialidad, derechos sociales, identidad, desarrollo económico, autonomía y gobierno.

Las que fueron unas conflictivas relaciones entre los pueblos indígenas y el gobierno Uribe ponen de presente cómo, al tiempo de que el discurso de reconocimiento de los derechos de estas poblaciones en el marco de los PND venían siendo sofisticados y enriquecidos con objetivos, metas y fines establecidos en un lenguaje a la altura de los estándares jurisprudenciales; la ausencia de voluntad política se constituía de nuevo en una barrera para su implementación. Fue en este período, más precisamente en el año 2008 que ante el fracaso del dialogo con el gobierno y con el objeto de exigir a éste, el cumplimiento de los acuerdos sobre titulación de tierras, una retractación sobre los señalamientos y estigmatizaciones de las organizaciones indígenas, así como las derogatorias del Estatuto Rural y del Código Minero; varios pueblos indígenas de todo el país llevaron a cabo sendas movilizaciones en el marco de la “Minga Nacional Indígena”¹⁵⁸, la cual terminara en noviembre de ese mismo año con el arribo a la capital del país de cerca de 22 mil de sus miembros. (Forero, 2008).

Recientemente, con la decisión del entonces recién electo Juan Manuel Santos (2010-2014) consistente en adelantar un acto de posesión simbólica en presencia de autoridades de los pueblos indígenas Kogui, Wiwa y Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, se ponía de presente la voluntad de este gobierno en recomponer las que venían siendo unas maltrechas relaciones entre éstos y el Estado. Uno de los rasgos que consideramos caracteriza la formulación de las “políticas diferenciadas para la inclusión social” en materia étnica incluidas en el PND “*Prosperidad para todos*”, es el de un renovado y perfeccionado empleo de un discurso de gobierno concertado, cogestionado,

¹⁵⁸ Al responder a una pregunta acerca de la simbología detrás del arribo de la minga a la capital del país, el líder indígena Feliciano Valencia señaló: “Puedo decir que el símbolo de la minga son los camiones y chivas cargados de compañeros, alimentos y leña” (Forero, 2008).

descentralizado y participativo¹⁵⁹, y por ende más acorde con las modernas tendencias de la gobernanza.

Tal vez la muestra más clara de ello la constituye la concepción del “*Programa presidencial para la formulación de estrategias y acciones para el desarrollo integral de los pueblos indígenas de Colombia*”, el cual fuera efectivamente creado dentro del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República mediante el Decreto 4679 de 2010. De acuerdo con lo señalado en el Plan, el objetivo de este programa es el de “facilitar la coordinación interinstitucional para garantizar los derechos consagrados en la Constitución”. Así mismo, dentro de las funciones que el mencionado Decreto le encomienda, se encuentran entre otras, las de asesorar al presidente, sus ministros, los gobernadores y alcaldes “en la formulación de acciones y estrategias” para su desarrollo integral, así como la de “proponer lineamientos de diseño y ejecución de planes, programas y proyectos” orientados al mismo fin (artículo 4º Decreto 4679 de 2010).

Para mencionar algunos otros de los lineamientos de acción gubernamental en materia étnica establecidos por este plan, baste señalar el propósito que allí se establece de contribuir transversalmente al desarrollo de una política pública para el reconocimiento y fortalecimiento de las iniciativas culturales de los grupos étnicos, avanzar en el diseño e implementación con enfoque diferencial de los planes, programas y estrategias orientadas a la población de grupos étnicos en situación de desplazamiento, así como el de la inclusión de los mismos dentro de la estrategia para la superación de la pobreza extrema –UNIDOS. En el caso concreto de los pueblos indígenas, tales lineamientos incluyeron, de otro lado, la estructuración del Sistema Indígena de Salud Propia¹⁶⁰, el fortalecimiento de la justicia propia y la formulación de un Programa Nacional para la constitución, ampliación y saneamiento de resguardos¹⁶¹.

¹⁵⁹ Atendiendo el precedente constitucional fijado en las sentencias C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, sobre el deber estatal de adelantar la consulta previa a los grupos étnicos respecto de aquellos aspectos de los Planes Nacionales de Desarrollo que puedan afectarlos directamente, este Plan fue el primero en ser consultado.

¹⁶⁰ Un desarrollo de este objetivo fue la expedición del Decreto 1973 de 2013 “Por el cual se crea la Subcomisión de Salud de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas”.

¹⁶¹ Adicional a ello, el acta de protocolización de la consulta previa con grupos étnicos de este PND, recoge 94 acuerdos con los pueblos indígenas que versan sobre diferentes materias.

Si bien como se ve, con el gobierno Santos fueron considerados varios programas, estrategias y acciones; tal como podrá apreciarse en la siguiente sección, la ausencia de una política pública integral enfocada en la garantía de los derechos indígenas como una cuestión holística y transversal al Estado, contrasta con el sí articulado jurídica, institucional y territorialmente, proyecto de Desarrollo. Prueba de ello durante este gobierno la constituye el hecho de que sobre sus objetivos y acciones propuestas en materia indígena, pueda advertirse similar reflexión a la presentada respecto del primer gobierno Uribe, esto es, su desarticulación con las metas y estrategias para el logro de los objetivos del milenio -2015 que, si bien como se dijo, fueron adoptadas en aquel gobierno, correspondió a éste ajustarlas en cuanto a la línea base desde la cual fueron trazadas y mediante la inclusión de nuevos indicadores para su medición. Tales ajustes introducidos mediante el Conpes 140 de 2011, terminaron por reiterar la inexistencia de una perspectiva étnica en dichas metas y estrategias.

Podemos entonces a partir de esta breve caracterización señalar lo siguiente:

- 1) La incorporación de las cuestiones indígenas como una materia de abordaje ineludible en el marco de la formulación de los PND es una de las consecuencias más importantes de la aprobación de la Constitución Política de 1991.
- 2) Lo anterior trajo consigo una transformación en las prioridades del Estado en la materia, pues si bien el problema de la legalización de tierras continuó siendo importante, la acción estatal comenzó a centrarse en mayor medida en asegurar el acceso de estas poblaciones a los diferentes servicios públicos, procurando para ello la coordinación institucional de sus autoridades y la buena administración que estas hicieran de unos recursos presupuestales ahora permanentes.
- 3) Una característica de esta incorporación ha sido la de contribuir a una desnaturalización de los ahora derechos fundamentales de los pueblos indígenas al territorio y a la autonomía, pues de la mano de un fuerte discurso en concertación, participación, descentralización y en

políticas con enfoque diferencial, tales derechos se han tornado programáticos y por ende sujetos a la voluntad presupuestal del Gobierno.

4) El posicionamiento de las cuestiones indígenas en el marco de la formulación de las políticas públicas del orden nacional, no ha supuesto sin embargo la existencia en nuestro país de una política pública integral, que desde una perspectiva transversal y respetuosa de su derecho a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo, esté orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas, en atención a los estándares actuales.

3. Los derechos territoriales de los pueblos indígenas en las políticas, los planes, programas y proyectos de los Planes Nacionales de Desarrollo y los documentos Conpes: El territorio y su administración.

Puede afirmarse que una característica de la incorporación de las cuestiones indígenas como objeto de las políticas, planes, programas y proyectos formulados en los PND y los documentos Conpes, ha sido la de ser ésta fiel reflejo de la transformación de las relaciones políticas entre el Estado y los pueblos indígenas, y con ello, de las prioridades de la acción gubernamental en esta materia. Si bien como se vio, la temática de titulación, ampliación y saneamiento de resguardos ha estado siempre presente en la agenda de dichas relaciones, la misma fue central sobre todo en los primeros documentos Conpes previos al nuevo ordenamiento constitucional aprobado en 1991. A partir de ese momento, las cuestiones territoriales indígenas comienzan a ser abordadas en estos documentos desde una perspectiva que prioriza la articulación de estas poblaciones a un nuevo modelo de desarrollo y junto a ello, a un nuevo paradigma estatal fundado en la descentralización, la participación y el reconocimiento de la diversidad cultural como uno de sus principios.

Partiendo de allí, interesa ahora en este punto centrarnos en el estudio de las condiciones de posibilidad de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en cuanto objeto de dichas políticas, planes, programas y proyectos que se formulan en estos documentos. Ello, se quiere sostener, precisa advertir los límites propios de un análisis de estas condiciones de

posibilidad cuando el mismo se restringe a la lectura aislada de los capítulos de derechos indígenas insertos ahora de manera permanente en los planes de desarrollo, o bien en general a las políticas diferenciales étnicas formuladas después de 1991. En suma, esta perspectiva de análisis buscará abordar el problema de la brecha de implementación de los derechos territoriales indígenas, situándolo para ello en el marco de la formulación de los PND y los documentos Conpes concebidos como políticas integrales.

Nuestro interés será entonces el de proponer en esta sección una lectura sistemática si se quiere, desde la que sea posible articular aquellas políticas en virtud de las cuales se ha implementado en Colombia un nuevo modelo de desarrollo económico, así como del Estado, sus instituciones y “modelo” de administración; con aquellas otras relativas a los cuatro componentes de análisis de los derechos territoriales indígenas abordados en el capítulo anterior: propiedad sobre la tierra y los recursos, autonomía y ordenamiento territorial, participación y consulta previa, y territorio y ordenamiento ambiental.

Pues bien, un análisis sobre la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el marco de la formulación de las políticas gubernamentales nacionales que aspire a identificar los factores que configuran una actual brecha en su implementación, no debería desligar este fenómeno de aquellas políticas a partir de las cuales se edifica en Colombia un particular modelo de desarrollo y del Estado. Pretender abordar el estudio sobre la implementación de estos derechos de una manera aislada y adscrita de manera exclusiva a las políticas diferenciales y asistenciales desconocería un hecho evidente: la abierta contradicción que esta problemática plantea entre dos concepciones del desarrollo disímiles y en constante pugna.

En efecto, tal como ya lo hemos señalado con anterioridad, contemporánea al posicionamiento que experimentan las cuestiones indígenas a nivel regional y nacional a partir de los años ochenta como resultado de las “contiendas por los derechos indígenas y los conflictos etnopolíticos” (Toledo, 2005: 68) producidas en varios países latinoamericanos; “una nueva teoría del desarrollo” como lo consignara en su PND el

gobierno Gaviria, comenzaría a guiar la formulación de las políticas sociales y económicas del Estado.

La Constitución Política de 1991 se constituye para el caso colombiano en un testimonio político y normativo de la simultaneidad entre ambos procesos. Así, al tiempo de producirse con la misma un reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a una existencia diferenciada a través de la adopción del principio de la diversidad cultural de la Nación y de varios derechos étnicos -incluidos los contenidos en el Convenio 169 de la OIT que forman parte del ordenamiento constitucional en virtud de los artículos 93 y 94 de la Carta Política-; en materia económica, esta Constitución Política estableció un régimen que fundado entre otros aspectos en la promoción de la competencia, la libertad de empresa, la participación privada en la prestación de servicios y la propiedad estatal de los recursos del subsuelo, allanó el camino a una *revalorización del territorio* en las políticas gubernamentales formuladas en los años subsiguientes.

Se trata en la práctica de la pugna que sobreviene a la puesta en marcha de un modelo de desarrollo que con regularidad entra en contradicción con el ejercicio pleno de los derechos territoriales de poblaciones cuyas economías y culturas son construidas a partir de su relación con la tierra y las aguas. Cabe anotar que se incluyen aquí no solo las poblaciones étnicas cuyo vínculo especial y “espiritual” con el territorio es jurídicamente reconocido, sino también aquellas comunidades campesinas que hoy reclaman el mismo reconocimiento en el marco de los conflictos ambientales a los que se ven reiteradamente abocados¹⁶².

Entrando en diálogo con la teoría del desarrollo expuesta por Amartya Sen (2011), podríamos decir que como resultado de esta pugna, a partir de los años noventa en Colombia se edifica un modelo que no articula con éxito sus metas de crecimiento económico con la realización de las libertades, incluida en ellas, en el caso de las poblaciones rurales y/o étnicas, la posibilidad de elegir libremente un proyecto de vida

¹⁶² Ver la “Declaración de los derechos de las campesinas y campesinos” aprobada en el año 2008 por el movimiento campesino internacional. Disponible en <http://viacampesina.net/downloads/PDF/SP-3.pdf>

propio¹⁶³. La *revalorización* del territorio que se edifica en el marco de la formulación gubernamental de políticas es un aspecto clave para entender de qué manera la ausencia en nuestro país de una concepción humana del desarrollo como la señalada, está estrechamente ligada a la naturaleza de los conflictos ambientales que con cada vez más recurrencia vienen afrontando los pueblos indígenas.

Ahora bien, resultado de la implementación de un modelo de desarrollo “unilateral” o no negociable, fundado en la apertura de los mercados y la libre competencia económica; los gobiernos colombianos de las últimas dos décadas han incluido dentro de su agenda de políticas, algunas orientadas a la adaptación del rol del Estado a este nuevo contexto. Sobre este punto nuestra intención será sostener cómo tras identificar algunas de estas transformaciones, es posible caracterizar los rasgos de una *administración del territorio* que enmarca la pugna por el reconocimiento y eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

3.1. La revalorización del territorio en las políticas públicas.

Una mirada a los PND formulados con posterioridad a 1991 permite ver cómo la pugna entre una noción de *territorio* fundada en el reconocimiento de la diversidad cultural y el modelo económico, ha sido invisibilizada o cuando menos reducida a un problema cuya resolución se plantea a través de avances en legalización de tierras indígenas, así como de garantes discursos de participación y consulta. Lo anterior indica la ausencia de una interpretación transversal de estos derechos en el marco de la formulación de las políticas, planes, programas y proyectos del orden nacional que por su naturaleza imponen una lectura del espacio nacional. Partiendo de allí, nos interesa en este punto detenernos en advertir algunos de los aspectos del modelo de desarrollo concebido desde los PND y los documentos Conpes posteriores a 1991, que quisiéramos destacar por su impacto en las

¹⁶³ Para comprender el impacto que tuvo en los pueblos indígenas el surgimiento en los años noventa de una concepción del desarrollo fundada en el desarrollo humano y cultural, véase Olivia, M. (2009). El derecho al desarrollo de los pueblos indígenas. En Álvarez M., Olivia M. & Zúñiga (eds.) *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. Madrid: Catarata.

dinámicas territoriales y con ello, en el desconocimiento de los derechos indígenas sobre sus territorios.

Así pues, lo primero que habría que señalar es la apuesta decidida que se evidencia han tenido desde entonces los gobiernos por la consolidación de un proceso de apertura económica, que si bien como se dijo había iniciado sus pasos en el gobierno Barco, contaba ahora con un marco constitucional bien definido. Tras haberse considerado en el PND de Gaviria como “una de las estrategias básicas del desarrollo”, la apertura económica fue en lo sucesivo consolidándose de la mano de una política de internacionalización de la economía centrada en la promoción a la competitividad y la inversión privada, así como en el fomento a las exportaciones.

Como ejemplos de esta política durante los años noventa podemos citar los propósitos fijados en los PND de los gobiernos Gaviria y Samper en materia de promoción a la inversión extranjera y la competitividad. Parte del desarrollo de esos propósitos se dio en el primero de estos gobiernos mediante la expedición de los Conpes 2649, 2508, 2556, 2557 y 2572 de 1991 en los que se establecieron políticas orientadas a acelerar el proceso de apertura mediante la promoción de las inversiones internacionales. Por su parte, durante el gobierno Samper fueron expedidos los Conpes 2724 de 1994 y 2969 de 1997 que contemplaron el primero de ellos la creación del Consejo Nacional de Competitividad como órgano asesor del Presidente en la formulación de políticas sobre la materia y el segundo la formulación de unas recomendaciones de política en materia de promoción a la inversión extranjera.

A su turno, dentro de las políticas de internacionalización económica que se han adelantado en lo que va de este siglo, podemos mencionar aquellas del gobierno Pastrana relativas a la promoción de la inversión extranjera, materializadas en parte, tanto en la expedición del Conpes 3079 de 2000 que buscó ajustar el Estatuto de Inversiones Internacionales a efectos de simplificar y dar claridad al marco legal de las mismas, como del Conpes 3135 de 2001, en el que se estableció mecanismos de protección y estabilidad a las inversiones extranjeras en materias laboral, ambiental y tributaria. Adicional a ello,

puede citarse la política de competitividad propuesta en el PND del gobierno Uribe en cuyo marco fue expedido el Conpes 3297 de 2004, documento en donde se adopta la metodología para la definición, preparación y ejecución de una “Agenda Interna para la productividad y la competitividad”; así como la implementación de los tratados de libre comercio con Canadá, EFTA¹⁶⁴, Estados Unidos y la Unión Europea que se propuso el PND del gobierno Santos¹⁶⁵.

Pues bien, dos expresiones territoriales de estas políticas de apertura e internacionalización económica la constituyen por un lado, la cada vez más decidida implementación de un modelo de economía extractiva de los recursos naturales y por el otro, su necesaria articulación con los esfuerzos de los gobiernos por generar la *conectividad* del territorio a través de una completa y adecuada infraestructura física. Ello ha supuesto al mismo tiempo la configuración de una abierta pugna con el reconocimiento de la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos¹⁶⁶, así como con la posibilidad real de estas comunidades de controlar autónomamente el destino y aprovechamiento de los mismos.

Así, en materia minero-energética, podemos mencionar que fue con los gobiernos Samper y Pastrana que las políticas de este sector se comienzan a enfocar en un mayor conocimiento y gestión de los recursos naturales, así como en el fortalecimiento de la capacidad institucional de la misma. Ejemplos de ello fueron por un lado, la expedición del Conpes 2898 de 1997 a través del cual el primero de estos gobiernos fijó una “estrategia para el fortalecimiento del sector minero” que incluyó entre otras cosas la consolidación del

¹⁶⁴ European Free Trade Association.

¹⁶⁵ Sobre el particular cabe mencionar que en las sentencias C-750 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y C-608 de 2010 (M.P. Humberto Sierra Porto), la Corte Constitucional abordó respectivamente el estudio de exequibilidad de los tratados de libre comercio con Estados Unidos y el Canadá. En la primera de ellas consideró que ninguno de los acuerdos allí suscritos afectaba de manera directa y diferenciada a los pueblos indígenas; en la segunda por su parte, tuvo por consulta una serie de reuniones de socialización del tratado.

¹⁶⁶ Todos los PND formulados desde 1991 han contemplado la continuidad de una política de reconocimiento de tierras a los pueblos indígenas en el marco de la cual, hasta 2013, según cifras del INCODER, han sido tituladas 7.848.508 has.

entonces recién creado Viceministerio de Minas¹⁶⁷, así como la facilitación a la libre inversión privada en este sector mediante el ejercicio de las funciones estatales de regulación, control y promoción en cuyos avances centrara sus esfuerzos el segundo de ellos¹⁶⁸.

Tras estos primeros pasos, una mirada a lo que ha sido la política minero-energética a lo largo del siglo XXI en el país, pasada ya su primera década, permite ver cómo las reformas institucionales y las políticas, planes, programas y proyectos encaminados a la promoción de este sector de la economía, han respondido a una verdadera planeación de largo plazo¹⁶⁹. Como ejemplo de ello podemos señalar los propósitos de consolidar un plan de expansión minera y una política de abastecimiento energético en los que centraron sus esfuerzos los dos gobiernos Uribe. Lo primero mediante la formulación en el año 2002 de un Plan Nacional de Desarrollo Minero¹⁷⁰ en el cual se incluyó un agresivo programa de estudios geológicos, geoquímicos y geofísicos sobre 120.000 km² del territorio nacional, y lo segundo, mediante la intensificación de las labores de promoción de áreas para la exploración y producción de hidrocarburos contemplada por este mismo PND en cabeza de la entonces recién creada Agencia Nacional de Hidrocarburos - ANH¹⁷¹.

La continuidad de esta planificada política minero-energética se evidencia en el gobierno Santos en el hecho de ser la misma uno de los pilares o “locomotoras” de su PND¹⁷². Tal vez el ejemplo que con mayor claridad expresa la dimensión que en este

¹⁶⁷ En materia de hidrocarburos este gobierno proyectó en su PND una inversión pública y privada de 6,99 billones de pesos destinada a un incremento en las actividades exploratorias que permitiera cumplir una meta de 45 nuevos pozos anuales entre los años 1995 y 1998.

¹⁶⁸ Ejemplo de ello fue el enfoque dado a la Ley 685 de 2001 "Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones", que dictara en ese gobierno.

¹⁶⁹ El PND de este gobierno contempló la formulación de una política de “abastecimiento energético”.

¹⁷⁰ UPME (2002). *Plan Nacional de Desarrollo Minero*. Bogotá: Ministerio de Minas y Energía.

¹⁷¹ Poniendo de presente una “amenaza a la autosuficiencia petrolera del país”, el PND del primer gobierno Uribe se propuso la meta de incorporar 1.000 millones de barriles de petróleo para el cuatrienio 2002-2006. Posteriormente, dentro de las metas contempladas en el PND de su segundo mandato, estuvieron las de la suscripción de 30 nuevos contratos anuales de exploración y producción, así como la perforación de 40 nuevos pozos exploratorios por año.

¹⁷² Una de las cinco “locomotoras para el crecimiento y la generación de empleo” que se propuso impulsar el PND del gobierno Santos es la del “desarrollo minero y expansión energética”. De acuerdo a lo señalado en el PND de este gobierno, para el año 2009 el sector minero ocupaba ya el segundo lugar en las exportaciones del país al ascender las mismas a US\$13.786 millones, siendo el carbón, el ferróníquel y el oro los principales productos.

gobierno adquiere el proyecto de expansión minera en el país, lo constituye su apuesta por una minería más tecnificada y a gran escala. Es éste el fundamento de la versión¹⁷³ de la figura de las “reservas mineras estratégicas”¹⁷⁴ que contempló la Ley 1450 de 2011¹⁷⁵, y que fuera posteriormente implementada en el año 2012 a través de la expedición de las Resoluciones 180241 y 0045 del Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional Minera respectivamente en las que, con fundamento en los estudios geológicos, geoquímicos y geofísicos adelantados en el gobierno Uribe, fueron delimitados 516 bloques mineros sobre el 20,3% del territorio nacional.

De esta manera, sustentada en la propiedad que por mandato constitucional el Estado ejerce sobre los recursos del subsuelo, así como en el carácter de “utilidad pública e interés social”¹⁷⁶ que la Ley le atribuye¹⁷⁷; la consecuencia de esta política de expansión minero-energética ha sido la de un acelerado desconocimiento de los derechos territoriales de las comunidades indígenas. Ello, debe agregarse, se ha producido a la luz de una interpretación del Estado y los empresarios del sector, restrictiva del derecho fundamental de estas comunidades a la consulta previa; interpretación de acuerdo con la cual, las decisiones administrativas de concesión de títulos mineros o de delimitación de áreas o bloques, no constituyen en sí mismas una afectación territorial¹⁷⁸.

Ahora bien, asociada a esta política, el desarrollo de la infraestructura necesaria para la explotación de los recursos naturales y la interconexión eléctrica, vial, fluvial y portuaria

¹⁷³ Primero la Ley 685 de 2001 y luego el Decreto 019 de 2012 ya contemplaban la figura de las “reservas especiales” en virtud de la cual se faculta al Estado para delimitar y sustraer del comercio minero ciertas áreas con potenciales yacimientos para adelantar allí “proyectos mineros especiales”.

¹⁷⁴ La particularidad de las mismas reside en el hecho de estar sujeta su explotación a la celebración de un “contrato de concesión especial a través de un proceso de selección objetiva”.

¹⁷⁵ Artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014”.

¹⁷⁶ Una consecuencia de esta declaratoria es la negación de la autonomía de los pueblos indígenas y en general de las entidades territoriales para decidir autónomamente sobre sus territorios. Sobre el particular cabe citar la sentencia C-395 de 2012 (M.P. Gabriel E. Mendoza Martelo) en donde la Corte Constitucional señaló: “[...] la ley ha declarado de utilidad pública e interés social la actividad minera, lo cual permite que la regulación de la materia se haga en el nivel central, desplazando incluso, en ese campo, la competencia normativa de los entes territoriales”.

¹⁷⁷ El Artículo 13 de la Ley 685 de 2001 señala: “Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases”.

¹⁷⁸ Así lo sostuvieron en su defensa los Ministerios de Minas y Energía y del Interior en el marco el proceso de tutela fallado por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de octubre de 2013.

que permitiera su transporte y comercialización, ha sido otra de las metas constantes de las políticas gubernamentales en estos años. El desarrollo de la infraestructura es considerado en todos los PND expedidos con posterioridad a la apertura económica de inicios de los años noventa, como el medio necesario para lograr la internacionalización de la economía colombiana.

De esta manera, en los primeros años de vigencia de la Constitución Política de 1991, esta política de infraestructura inició su desarrollo con el PND del gobierno Gaviria, en el cual se consideró a la inversión estatal y privada¹⁷⁹ en carreteras y otros medios de transporte como *la* estrategia necesaria para “conectar al país con los mercados del exterior” y lograr así la disminución de los costos de transporte de los productos destinados al mercado externo. En virtud de lo anterior, este gobierno se propuso entre otras estrategias, la formulación de un “Plan Vial de Apertura”¹⁸⁰, así como la rehabilitación de las vías férreas¹⁸¹ y un “Plan de expansión portuaria”¹⁸².

Esta política de interconexión del territorio nacional tuvo continuidad posteriormente en los PND de los gobiernos Samper y Pastrana¹⁸³. En desarrollo de ello, en materia de infraestructura vial ambos gobiernos contemplaron políticas encaminadas al crecimiento de la misma, como el “Plan de Infraestructura Vial”¹⁸⁴ y el “Plan de Expansión de la Red Nacional de Carreteras”¹⁸⁵. Otro tanto sucedió por un lado, en el sector portuario, para cuyo desarrollo estos gobiernos formularon cada uno de ellos un “Plan de Expansión Portuaria” en los períodos 1995-1996¹⁸⁶ y 1998-1999¹⁸⁷, así como en el sector de la energía, sobre el cual el gobierno Samper formuló una estrategia para su desarrollo y expansión a efectos de

¹⁷⁹ En el Conpes 2648 de 1993 sobre “Nuevos espacios para la inversión privada en Colombia”, este gobierno identificó entre otros, los proyectos de infraestructura vial, ferroviaria y portuaria, cuya implementación se proyectó en alianza con el sector privado.

¹⁸⁰ Conpes 2522 de 1991.

¹⁸¹ Conpes 2517 de 1991.

¹⁸² Conpes 2550 de 1991.

¹⁸³ En materia de infraestructura, un hecho importante lo constituye la participación del país en la creación en el año 2000 de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana – IIRSA cuyo principal objetivo es el de “avanzar en la modernización de la infraestructura regional y en la adopción de acciones específicas para promover su integración y desarrollo económico y social” (IIRSA).

¹⁸⁴ Conpes 2765 de 1995.

¹⁸⁵ Conpes 3085 de 2000.

¹⁸⁶ Conpes 2839 de 1996.

¹⁸⁷ Conpes 2992 de 1998.

asegurar el suministro para el período 1995-2007¹⁸⁸, y el de Pastrana otra orientada a la “energización de las zonas no interconectadas del país”¹⁸⁹.

Uno de los empeños más decididos que por su parte se evidencia en los PND de los dos gobiernos de Uribe y el de Santos, es el de la consolidación de una infraestructura multimodal de transporte. Con este objeto, en los gobiernos Uribe se buscó, tal como lo señalara su primer PND, una “integración de las zonas más aisladas y la conexión de las hidro vías con otras modalidades de transporte” mediante políticas como la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena, la “Política integral de infraestructura vial”¹⁹⁰ y el “Plan de Expansión Portuaria 2009-2011”¹⁹¹. Por su parte, durante el gobierno Santos, en desarrollo de la “locomotora de infraestructura de transporte” contemplada en su PND, dos de las políticas enfocadas a impulsar dicha multimodalidad fueron por un lado, la concepción de una cuarta generación de concesiones viales bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas-APP¹⁹² y el encargo a Cormagdalena¹⁹³ de la formulación de un “Plan Maestro de Aprovechamiento del río Magdalena”.

Ahora bien, no podemos dejar de señalar el carácter transversal que ha tenido en esta progresiva *revalorización del territorio*, la evolución en estos años de un conflicto social y armado en el país históricamente atravesado por el problema de la tierra, y de allí, las políticas públicas formuladas como respuesta al mismo. Esta revalorización se da durante la década de los noventa en el marco de una política aperturista, que al igual que la nueva Constitución¹⁹⁴, intentaba hacerse valer en medio del recrudecimiento de la violencia que por estos años se produce en el país, por cuenta en gran parte del crecimiento y

¹⁸⁸ Conpes 2763 de 1995.

¹⁸⁹ Conpes 3055 de 1999.

¹⁹⁰ Conpes 3272 de 2004.

¹⁹¹ Conpes 3611 de 2009.

¹⁹² Reguladas por la Ley 1508 y el Decreto 1467 de 2012.

¹⁹³ Corporación Autónoma creada por el artículo 331 de la Constitución Política, dentro de cuyas funciones está, de acuerdo con lo señalado en la Ley 161 de 1994, la de la recuperación de la navegación y de la actividad portuaria.

¹⁹⁴ “Una paradoja mayor atraviesa el desarrollo de la sociedad colombiana a partir de los años 90, y es que junto con la consagración de los derechos fundamentales, la ampliación formal de los derechos sociales y el reconocimiento de derechos específicos a las minorías étnicamente diferenciadas, justo durante esa época se produjo un mayor recrudecimiento de la violencia política y un aumento en los índices de otro tipo de violencias a las que normalmente se considera culturales o, simplemente, delincuenciales” (Chaparro, 2009:160).

fortalecimiento que desde los ochenta venían experimentando los grupos paramilitares y guerrilleros (Sánchez, Díaz & Formisano, 2003: 11-16).

Resultado de ello, en el presente siglo hemos sido testigos de una respuesta gubernamental que ha oscilado entre la paz negociada y la solución militar del conflicto. Así, un primer momento de estas respuestas fue el producido durante el gobierno Pastrana, en cuyo PND la consecución de la paz a través de los diálogos con la guerrilla de las FARC-EP fue considerado el pilar fundamental para el desarrollo del resto de políticas. Posteriormente, tras el fracaso de esta política que supuso el rompimiento de dichos diálogos finalizando aquel gobierno, se iniciaría en el país una política de largo aliento orientada a la retoma estatal del territorio de la nación, a través de la vía militar.

El aseguramiento del territorio mediante el fortalecimiento de la capacidad militar del Estado ha sido un rasgo característico de las políticas de los gobiernos Uribe y Santos. Ello se produjo durante los dos períodos del primero de éstos en el marco de la “política de seguridad democrática” que tuvo como uno de sus pilares la protección militar de la infraestructura física del país y con ello la generación de una “confianza inversionista”. En el segundo, por su parte, tal aseguramiento ha sido simultáneamente el soporte de un nuevo intento por llegar a una paz negociada con la guerrilla más grande del país y de la consolidación de la política de extracción de minerales como “locomotora” del desarrollo.

3.2. La administración del territorio en las políticas públicas.

De forma simultánea y complementaria a este proceso de revalorización del territorio, el Estado colombiano viene experimentando durante los últimos años una progresiva transformación funcional, orgánica y jurídica (Ibáñez, 2004:35) que ha buscado responder a las necesidades de *eficiencia* administrativa propias del modelo de desarrollo¹⁹⁵. Expresión de la globalización económica y política que hoy vive el planeta, esta relación de

¹⁹⁵ Esto ha sido posible gracias a una “estructura abierta” que Ibáñez (2004:35) señala, contempló la Constitución Política de 1991 dispuesta a ampliarse “para el cumplimiento de los fines del Estado, mediante normas ordinarias, lo cual garantiza la flexibilidad que se requiera para atender a los cambios que demanden las circunstancias”.

complementariedad ha supuesto así mismo unas transformaciones en un derecho administrativo que ha sabido responder a ello mediante un lento pero firme proceso de adaptación.

Pues bien, con el objeto de ilustrar en esta sección sobre el rol que cumplen estos cambios del Estado y su administración en el marco del reconocimiento e implementación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, haremos referencia a lo que ha sido el desarrollo en las políticas de los gobiernos posteriores a 1991 de dos de las tendencias del Estado moderno analizadas por Restrepo (2007) en cuanto expresiones de la adaptación del derecho administrativo a dichos cambios¹⁹⁶: El proceso de regionalización y los cambios en el modelo de administración pública. Consideramos que a partir de estas dos tendencias es posible caracterizar de manera crítica algunos de los rasgos de una administración *de y para* el territorio que viene determinando los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, y en especial sus derechos a ser consultados cada vez que se prevean medidas administrativas que los afecten, así como al manejo autónomo de los mismos.

Así pues, en relación con la tendencia hacia un proceso de regionalización en Colombia, cabe decir que la misma es uno de los rasgos más destacados introducidos por la Constitución Política de 1991. Los fundamentos de este proyecto se encuentran, por un lado en su artículo 1º, de acuerdo con el cual “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales”, así como en el artículo 287 cuando señala que “[l]as entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley”.

Dentro de las razones que explican la adopción en Colombia de esta nueva concepción del ordenamiento territorial se encuentran no solo las aspiraciones regionales que fundamentaron el paso de un sistema fuertemente centralista a uno que reconoce la autonomía de los entes territoriales; junto a ello debe advertirse que un “propósito

¹⁹⁶ Las otras tendencias que analiza Restrepo son la Constitucionalización, la internacionalización, la participación, la despublificación o iusprivatización y los cambios en los mecanismos de intervención del Estado.

dominante de las reformas (fue el de) adecuar la estructura estatal a las demandas de la globalización y la apertura económica”¹⁹⁷ (Ramírez, 2000: 123). Esta aclaración resulta especialmente importante para dotar de un contenido territorial las disputas que subyacen a las demandas de los pueblos indígenas por una mayor autonomía, pues en el caso de estos, se quiere sostener, la misma no debe entenderse exclusivamente adscrita a las políticas de descentralización administrativa formuladas en los distintos gobierno posteriores a 1991.

Una mirada a los PND y los documentos Conpes de los gobiernos posteriores a 1991 permite advertir cómo, al igual que en el caso del derecho de propiedad, el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a una verdadera autonomía que incluya la de sus formas propias de planificación y aprovechamiento de los recursos¹⁹⁸, aunque nominalmente mencionada en las secciones étnicas de varios de estos PND¹⁹⁹, ha sido en la práctica reducido a la inserción de los resguardos indígenas en unas políticas de descentralización que, enfocadas en reconocer cierta autonomía fiscal a estos pueblos, invisibilizan los efectos de la configuración de un ordenamiento territorial orientado a satisfacer las necesidades de la globalización económica.

Revisemos entonces algunos aspectos recogidos en estos PND que ilustran al respecto. Durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, la implementación de la descentralización mediante un proyecto de “apertura regional” fue uno de los objetivos centrales del nuevo modelo de desarrollo propuesto en el PND del gobierno Gaviria. En este marco fue formulado, por un lado, un “Programa de Desarrollo Territorial”²⁰⁰ cuyo objeto fue el de la “consolidación del proceso de descentralización técnica, administrativa y

¹⁹⁷ “Uno de los efectos generados por la globalización económica en el interior de los Estados ha sido la conformación de bloques regionales para poder asumir la competencia proveniente desde el exterior y para convertirse en actores competitivos en el mercado internacional. Así, paradójicamente, la respuesta estatal a la globalización ha sido la “glocalización”, que, en el ámbito jurídico, implica un traslado de funciones, competencias y recursos del Estado Nacional a los entes territoriales” (Restrepo, 2007: 44).

¹⁹⁸ “Con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991 y como una forma de hacer uso de su autonomía y de interpretar de acuerdo a sus particularidades el Artículo 330 de la Carta y luego lo definido en la Ley 152 de 1994, diversos sectores organizativos y comunitarios indígenas fueron planteando la necesidad de formular Planes Integrales de Vida en los cuales se reflejaran sus condiciones particulares, requerimientos y propuestas alternas de desarrollo y de articulación con la planeación instituida a nivel de la nación y de las entidades territoriales” (DNP, 2010: 34).

¹⁹⁹ En todos los PND expedidos desde el gobierno Samper se habla del reconocimiento y apoyo a los Planes de vida de los pueblos indígenas.

²⁰⁰ Conpes 2521 de 1991.

fiscal²⁰¹, mediante el fortalecimiento de las estructuras de planeación, financiación, administración y gestión pública de las entidades territoriales”, así como fijadas las directrices de una “apertura y autonomía regional”²⁰² que permitieran ajustar la estructura institucional del Estado a un modelo con mayor autonomía local, redefiniendo para ello las funciones de los tres niveles territoriales.

Con posterioridad, tras el lugar permanente que ganan las cuestiones indígenas en los PND a partir del gobierno Samper, es posible advertir dos aspectos en estos documentos: por un lado, un proceso de descentralización que se extiende a los resguardos indígenas a través de políticas orientadas más que todo a fortalecer su capacidad de gestión sobre los recursos girados desde el gobierno central²⁰³, y por el otro, un desconocimiento del derecho de estos pueblos a la autonomía y control territorial, expresado tanto en la progresiva implementación de un modelo de desarrollo regional sustentado en la infraestructura y la extracción de recursos naturales, así como en una falta de voluntad política para la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, mediante la expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial²⁰⁴.

Algunas de las políticas que ilustran sobre este proceso de descentralización en los años noventa fueron el “Programa de Impulso al Desarrollo Institucional de la Nación y de la Entidades Territoriales” propuesto en el PND del gobierno Samper²⁰⁵ y la estrategia de profundización de la descentralización fijada en el PND de Pastrana²⁰⁶. Podemos citar así mismo como ejemplo de este proceso, la formulación durante el primer mandato Uribe de

²⁰¹ En este gobierno se expidió el decreto 1809 de 1993 que equiparó los resguardos indígenas a los municipios para efectos de su participación en los ingresos corrientes de la nación.

²⁰² Conpes 2526 de 1991.

²⁰³ Con los Conpes 2809 de 1995, 2874 de 1996 y 2942 de 1997 expedidos en el gobierno de Ernesto Samper se hizo por primera vez un seguimiento a las inversiones forzosas de los resguardos indígenas que en sectores como salud, educación y saneamiento básico ordenaba para entonces la Ley 60 de 1993.

²⁰⁴ La LOOT sería finalmente expedida en el gobierno Santos mediante la Ley 1454 de 2011. Allí sin embargo no fueron conformadas las Entidades Territoriales Indígenas.

²⁰⁵ Para su desarrollo fueron expedidos el Conpes 2788 de 1995 que adoptó una “Política de Consolidación de la Descentralización” y el Conpes 2981 de 1998 en el cual se estableció un programa para apoyar a los departamentos y municipios en la formulación, ejecución y seguimiento de los planes de desarrollo.

²⁰⁶ Dos de las acciones propuestas en el marco de esta estrategia fueron la promoción de “un debate nacional sobre la visión estratégica prospectiva de país como condición para las definiciones sobre la ley orgánica de ordenamiento territorial”, así como la de propender por “una adecuada organización y uso del territorio”.

una “Estrategia para el Fortalecimiento Departamental”²⁰⁷ y de una estrategia de desarrollo regional para el aprovechamiento e integración de zonas estratégicas como el Pacífico, la Amazonía, la Sierra Nevada de Santa Marta y la Guajira, formulada en el PND de su segundo mandato.

Una particularidad que por su parte se evidencia en la concepción de la descentralización que adopta el gobierno Santos, es el de una decidida articulación entre ésta y la interconexión del país. A partir de allí, en el PND de este gobierno se concibió “la constitución de ejes y áreas de desarrollo territorial alrededor de las infraestructuras viales y de comunicación, impulsando procesos de desarrollo regional en sus zonas de influencia”. En este sentido, dicho PND estableció como uno de los criterios para seleccionar dichos ejes y áreas de desarrollo territorial el de “la existencia de macroproyectos de infraestructura y equipamientos con elevado impacto regional y que se podrán constituir en ejes de integración entre centros urbanos y zonas de interés económico, social y ambiental (redes viales, ferrovías, infraestructuras, transportes, comunicaciones, redes logísticas, hidrovías, etc.)”.

Ahora bien, la otra de las tendencias del Estado moderno señaladas por Manuel Restrepo que quisiéramos abordar por su importancia en la configuración actual en el país de una *administración del territorio*, es aquella relativa a la transformación del modelo de administración pública. Se trata de un proceso enmarcado en el proyecto de “modernización del Estado”, mediante el cual se busca dotar a éste último de una legitimidad basada más que en la legalidad de sus actuaciones, en la eficiencia, la eficacia y en general, la producción de resultados en la gestión administrativa (Restrepo, 2007: 50).

En suma, puede decirse que la tesis tras este proceso de modernización del Estado y su administración consiste en afirmar que una economía que aspire ser dinamizada e internacionalizada, debe contar con una administración pública tecnificada y ágil,

²⁰⁷ Conpes 3238 de 2003.

especializada menos en la prestación de servicios y más en *regular*²⁰⁸ las condiciones que permitan su adecuada prestación bajo las reglas del mercado. La transformación de la administración es por lo tanto un aspecto clave para entender la manera como el modelo de desarrollo que se impulsa en Colombia es llevado a la práctica, pues “lo importante ahora es que los gobiernos diseñen instrumentos racionales para la operación efectiva de un modelo global” (CECOIN, 2007: 31).

Pues bien, uno de los aspectos a través del cual se ha expresado en las políticas de los gobiernos posteriores a 1991 este proceso de modernización del Estado es la formulación de políticas orientadas a reformar la administración pública y promover medidas para su racionalización. Quisiéramos sostener que este proceso ha impactado los derechos territoriales de los pueblos indígenas en cuanto fundamento de un debilitamiento de la política ambiental y de lo que llamaremos la promoción de una “lectura eficientista” del derecho a la consulta previa.

Así, asociada a la idea de competitividad, la reforma de la administración pública y la racionalización de trámites han sido dos de los objetivos recurrentes en los PND y los documento Conpes expedidos por los gobiernos posteriores a la Constitución Política de 1991²⁰⁹. En el marco de estas reformas para una administración más eficaz y de resultados, tanto la institucionalidad ambiental y sus funciones de evaluación y licenciamiento, como el mecanismo de la consulta previa, han venido experimentando en años recientes un proceso de debilitamiento, flexibilización y deslegitimación respectivamente.

²⁰⁸ “[L]a desestatización de la función administrativa deriva en que el derecho administrativo tienda a ser de contenido policial, pero también lo es que la intervención del Estado permanece para regular los intereses generales” (Restrepo, 2009: 67).

²⁰⁹ Para mencionar algunos ejemplos de ello durante los años noventa, podemos citar la expedición en el gobierno Gaviria de los Conpes 2493 de 1990 y 2610 de 1992 sobre “reforma del sector público” y “propuestas para agilizar y simplificar trámites” respectivamente y la inclusión que hizo el PND del gobierno Pastrana dentro de sus “estrategias del cambio para construir la paz” de aquellas acciones orientadas a eliminar la duplicidad de funciones y garantizar una eficiente prestación de servicios. Así mismo durante los dos gobiernos de Uribe fueron expedidos los Conpes 3248 de 2003 sobre “renovación de la administración pública” y 3292 de 2004 en el que se formuló un “Proyecto de racionalización y automatización de trámites” con un fuerte enfoque empresarial.

En relación con el debilitamiento de la institucionalidad ambiental, tal como señala el ex ministro de ambiente Manuel Rodríguez Becerra (2013), el mismo se produjo en el presente siglo de la mano de los malos resultados que trajo la fusión en el año 2003 del Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Desarrollo²¹⁰ y luego la sustracción en el año 2012 de su función de licenciamiento ambiental mediante la creación de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA. Por otro lado, en cuanto al proceso de flexibilización de los procedimientos administrativos de licenciamiento ambiental, el mismo ha respondido, como señala Rodríguez G.A. (2011:3) a los “intentos para modificar, restringir o limitar la función de las licencias ambientales, como puede evidenciarse a través de las normas sobre supresión de trámites o a través de procesos que hacen desaparecer el proceso de evaluación ambiental”.

Ahora, de lo anterior desprende no solo un mayor riesgo de afectación para el ambiente por causa de la lectura débil del principio ambiental de prevención que a esta tendencia resulta inherente; articulado a ello, en cuanto mecanismo de participación de los pueblos indígenas dentro de los procedimientos administrativos de licenciamiento ambiental, el derecho fundamental de consulta previa ha pasado a ser blanco de quienes desde el Estado y el empresariado, promueven políticas de celeridad y eficiencia. De allí que hablemos de una lectura eficientista de este derecho fundamental, pues en el marco de tales políticas, la consulta previa pareciera ser más un *medio*, un instrumento o mero procedimiento, y no un *fin* con el cual se garantiza la integridad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Para ilustrar acerca de lo anterior, la tabla No. 3 muestra con corte al año 2012 el bajo número de consultas previas que se han llevado a cabo en el país, confrontado ello con un elevado número de licencias ambientales²¹¹ otorgadas por la autoridad nacional en la materia²¹².

²¹⁰ Esta fusión se enmarcó en la política del PND del gobierno Uribe de austeridad y reducción del gasto público.

²¹¹ Si bien el Convenio 169 obligaba a al Estado colombiano a realizar consultas previas desde el momento mismo de su aprobación mediante la ley 21 de 1991, es con la Ley 99 de 1993 que este mecanismo se introduce como un deber estatal dentro del trámite de licenciamiento ambiental. Así, el artículo 76 de esta Ley dispuso: “[l]a explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

²¹² Fue tras la expedición de la Ley 99 de 1993 que fue organizado en el país un Sistema Nacional Ambiental y con ello creado un Ministerio del Medio Ambiente cuya función de licenciamiento ambiental desde el año 2011 recae sobre la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA.

Tabla No. 3

Año	Licencias	Consultas previas
1993	67	0
1994	148	6
1995	116	6
1996	108	6
1997	92	10
1998	81	11
1999	83	6
2000	49	4
2001	67	11
2002	62	4
2003	92	0
2004	152	3
2005	279	1
2006	201	21
2007	102	16
2008	93	10
2009	95	8
2010	150	16
2011	170	7
2012	124	10
TOTAL	2331	156

Fuente: tabla elaborada por Rodríguez G.A. (2014:140) con información del MADS y la ANLA.

De allí que podamos advertir en relación con este derecho dos fenómenos concurrentes y a la vez opuestos: por un lado, su posicionamiento en el discurso institucional y la formulación de políticas, y por el otro, su desconocimiento por parte del Estado, bien mediante la expedición de disposiciones normativas restrictivas de los estándares que hoy condicionan su pleno ejercicio, bien mediante la omisión de su realización.

Como ejemplos de lo anterior podemos mencionar cómo al tiempo de que el gobierno Pastrana expidió el Decreto 1320 de 1998 en el cual se buscó reglamentar el derecho fundamental de consulta previa para los casos de la explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y afrodescendientes inobservando las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, el mismo expidió normas como los Decreto 266 de 2000 y 1728

de 2002 orientados a la optimización de los trámites de licenciamiento y la reducción de los proyectos que los requerían (Rodríguez, 2011:4).

Otro tanto cabría advertirse sucedió durante los dos gobiernos Uribe y el de Santos. En los primeros fueron expedidas normas como el Decreto 1180 de 2003, 1220 de 2005 y 2820 de 2010 que significaron modificaciones sustanciales al régimen de licencias ambientales que incluyeron la no exigibilidad de las mismas para algunos proyectos, entre otras, en materia de infraestructura e hidrocarburos (Rodríguez, 2011), al tiempo que se siguió dando aplicación al Decreto 1320 a pesar de haber sido ordena su inaplicación en sentencias de la Corte Constitucional y recomendaciones de organismos internacionales.

Finalmente, podemos mencionar como un buen ejemplo de estas tendencias en el gobierno Santos, la expedición del Conpes 3762 de 2013 sobre “Lineamientos de políticas para el desarrollo de proyectos de interés nacional y estratégico – PINES” en el que la consulta previa y los trámites ambientales son considerados como “dificultades que afectan la agilidad y viabilidad del desarrollo de los proyectos”²¹³, así como la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 “Guía para la realización de consulta previa” y el Decreto 2613 del mismo año “por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa”, este último en el cual el momento de realización de la consulta se ajusta a las necesidades de los procedimientos administrativos de los proyectos, obras o actividades.

Conclusiones

En tanto escenario de implementación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, la formulación de políticas públicas se constituye en un ámbito de acción gubernamental no desprovisto de disputas. Un análisis de lo que ha sido el proceso de incorporación en los Planes Nacionales de Desarrollo - PND y los Documentos Conpes de

²¹³ Uno de los objetivos trazados en este Conpes fue el de “Definir mecanismos y establecer medidas que contribuyan a racionalizar, y optimizar los procedimientos y trámites que se adelanten en la estructuración y ejecución de los PINES, incluyendo mecanismos de fortalecimiento institucional”

las cuestiones indígenas, y en especial de las relativas a sus derechos territoriales, permite advertir cómo el reconocimiento de estos derechos pasó de ser la temática central en las políticas de administración sobre estas poblaciones, a ser articulado a partir de 1991 a un proyecto de desarrollo fundado en la extracción de los recursos naturales y la interconexión del territorio en perjuicio de la eficacia de los mismos.

Lo anterior permite afirmar que la superación de un déficit de implementación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas no puede entenderse exclusivamente circunscrita a la formulación de políticas diferenciales y concertadas o consultadas, así como al establecimiento de partidas presupuestales fijas como mecanismo que incorpora los territorios indígenas a la estructura administrativa del Estado. La transversalidad del principio de la diversidad étnica y cultural en la formulación de las políticas es entonces un presupuesto necesario para hacer de estos instrumentos de planificación de la acción gubernamental, verdaderas herramientas de reconocimiento de los derechos territoriales indígenas y no meras conquistas simbólicas y discursivas.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LAS DECISIONES DE LOS JUECES: LA *JUDICIALIZACIÓN* DE LAS DISPUTAS TERRITORIALES INDÍGENAS.

Puede afirmarse que una consecuencia de lo que Víctor Toledo (2005) ha identificado como la culminación de un período de reconocimientos de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y estatal en Latinoamérica, ha consistido en la configuración de una nueva etapa centrada ahora en las disputas por la *eficacia* de los mismos. En los dos capítulos anteriores buscábamos exponer cómo esas “insuficiencias, inadecuaciones, ineficiencias y escasa ejecutividad de los estatutos indígenas” (Toledo, 2005: 73) que describen el nuevo escenario de estos derechos, han encontrado una manifestación en el Estado colombiano en el marco de las funciones legislativa y administrativa en los años de vigencia de la Constitución Política de 1991.

En el presente capítulo nos centraremos ahora en exponer la que ha sido una expresión de ese nuevo escenario de disputas por la efectividad de los derechos territoriales de los pueblos indígenas: su judicialización. Auspiciados por la revalorización que adquieren en cuanto dinamizadores de los derechos humanos, los jueces han protagonizado un papel clave en la definición de los contenidos y alcances de los derechos étnico-territoriales. Tal como se verá a través de una mirada al caso de los pueblos indígenas, este protagonismo judicial ha terminado en no pocas ocasiones por adecuar el rol legislativo y administrativo a la vigencia de un Estado diverso étnica y culturalmente; recurriendo para ello a la fuerza normativa de la Constitución Política, y en algunas ocasiones a los estándares que imponen los instrumentos internacionales en la materia y sus interpretaciones por órganos judiciales supraestatales.

Con ello en mente, a continuación haremos una presentación que estará constituida en dos partes. En la primera de ellas se buscará ubicar al lector en el contexto de la función judicial tras la aprobación de la Constitución Política de 1991, lo cual incluirá una breve referencia a la apropiación que de su uso han hecho los pueblos indígenas como litigantes

estratégicos de sus derechos. Por su parte, en una segunda sección nos ocuparemos de ilustrar sobre la que ha sido una configuración judicial de los derechos territoriales indígenas a través de las cuatro categorías de análisis que venimos abordando en cuanto constitutivas de éstos derechos; esto es: Propiedad sobre la tierras y los recursos, autonomía y ordenamiento territorial, participación y consulta previa, y derechos territoriales en el marco del ordenamiento ambiental.

1. La función judicial y los derechos indígenas en la Constitución Política de 1991.

Uno de los aspectos más notables que introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la Constitución Política de 1991, fue el de haber procurado un fortalecimiento y reorganización de la rama judicial del poder público; objetivo este que tuvo como dos de sus más destacadas expresiones la adopción, por un lado, de varios principios y derechos fundamentales relativos a la administración de justicia²¹⁴ (Julio, 2003: 168) y, por el otro, la creación de un tribunal constitucional encargado de “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (artículo 241 CP).

Si bien el proceso de consolidación de un sistema de control constitucional por vía judicial²¹⁵ se remonta en Colombia a las facultades que en esta materia otorgarán a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado los Actos Legislativos 3º de 1910, 1º de 1945 y 1º 1968 (Julio, 2003); lo cierto es que fue solo gracias a la revalorización de la fuerza normativa de la Constitución producida con la reforma de 1991 (artículo 4º CP), que la misma comienza a ser apropiada y exigida en su cumplimiento por el ciudadano de a pie. Para comprender lo que fue este “transito” del control constitucional resultan ilustrativas la siguientes palabras de Cepeda (2003) (citado por Quinche (2010,518):

²¹⁴ Alexei Julio (2003) diferencia entre tres tipos de principios: 1) principios que rigen la administración de justicia, 2) principios estructurantes del poder judicial y 3) derechos fundamentales y principios que rigen los procedimientos judiciales. (168-183).

²¹⁵ Existen de acuerdo con Quinche (2010: 512-516) cuatro tipos de control constitucional en virtud de quien lo ejerce: el control ciudadano ejercido principalmente por vía de las acciones públicas, el control ejecutivo ejercido por el Presidente de la República mediante la objeción a los Proyectos de Ley, el control legislativo propio de los tramites de las leyes y el control judicial que ejercen por un lado de manera concentrada la Corte Constitucional (control principal) y el Consejo de Estado (control residual), y por el otro, de manera difusa los jueces de diferente jerarquía y especialidad al conocer sobre la acción de tutela.

Es cierto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1991 fue demasiado deferente frente al poder presidencial, poco sensible al desarrollo de los derechos constitucionales y se quedó rezagada, tanto respecto de la evaluación del derecho constitucional en occidente durante la segunda posguerra, como ante las expectativas de numerosos grupos sociales que dejaron de ver en la Constitución una garantía de que sus peticiones serían escuchadas.

La Constitución Política de 1991 sí posibilitó por lo menos la generación de esas expectativas que señala Cepeda; el uso expandido que desde entonces han hecho los diferentes sectores sociales, incluidos los grupos étnicos, de las acciones públicas de inconstitucionalidad (artículos 4, numeral 6; 40 y numerales 1 y 5 artículo 241 CP), tutela (artículo 86 CP), popular y de grupo²¹⁶ (artículo 88 CP), demuestra cómo tras su aprobación tomó fuerza en estos mismos sectores la idea de una apropiación de la Constitución como estrategia para controlar el ejercicio del poder y reivindicar sus derechos humanos fundamentales, económicos, sociales y culturales y colectivos ante sus abusos. Dicho de otra manera, con la aprobación de la Carta fundamental de 1991 se abrió paso la consolidación de un verdadero “control constitucional ciudadano” (Quinche, 2010:513).

Con el tiempo, así como en otros muchos asuntos del orden constitucional, los relativos a la interpretación y protección de los derechos de los pueblos indígenas comenzaron en el marco de este nuevo panorama jurídico a ser objeto de sendos desarrollos jurisprudenciales. Al margen de la discusión sobre la fuerza vinculante de los mismos en un sistema de marcada tradición romano-germánica como el nuestro²¹⁷, lo cierto es que el hecho de que el estudio de estos desarrollos resulte hoy una tarea ineludible para los distintos operadores jurídicos en esta y otras materias, deja al descubierto la revalorización social y normativa que ha tenido en el país el precedente judicial como fuente del derecho (López, 1999: 123).

La existencia y consolidación de un “cuerpo” o precedente jurisprudencial relativo a los derechos indígenas sobre sus tierras y recursos, a la autonomía, a la Consulta Previa y al Consentimiento Libre Previo e Informado - CLPI se fue constituyendo con el tiempo en una referencia a la que cada vez más habrían de acudir estas poblaciones para la defensa de sus

²¹⁶ Si bien en un momento inicial de la jurisprudencia de la Corte Constitucional tuvo asiento una interpretación que asoció la protección de derechos territoriales indígenas con la de derechos colectivos (ver la Sentencia T-405 de 1995), con el tiempo se fue decantando con claridad su carácter fundamental.

²¹⁷ Véase Bernal P., (2008). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado (pp.151-176).

derechos territoriales. Un aspecto clave para comprender lo que ha sido dicha consolidación en nuestro medio, lo constituye la interpretación y aplicación de un *bloque de constitucionalidad*²¹⁸, compuesto en materia de derechos indígenas, de acuerdo con los alcances dados por la Corte Constitucional a los artículos 93 y 94 de la Carta, por los derechos contenidos en el articulado mismo de la Constitución, como por aquellos establecidos en instrumentos internacionales adoptados por Colombia en materia de derechos de los pueblos indígenas, como el Convenio 169 de la OIT²¹⁹.

Ahora bien, articulada a estos cambios jurídicos se produjo una transformación en las estrategias e instancias a través de las cuales los pueblos indígenas emprenderían en adelante la exigibilidad de sus derechos. Por un lado, conscientes de lo que ofrecía esta nueva concepción política del derecho y apoyados en una Carta fundamental que gracias a su novedoso “carácter contencioso”, “intenta hacerse valer en los estrados judiciales” (Quinche, 2010: 17-18); sin renunciar a la lucha política, los pueblos indígenas le apostaron una vez más al *litigio* de sus derechos. Junto a ello, una escasa eficacia de los derechos étnicos y en particular de los derechos territoriales entre los legisladores y las autoridades administrativas, terminaría por reforzar con el tiempo la relevancia de las interpretaciones judiciales en el ejercicio de sus funciones.

1.1. El *litigio estratégico* de los pueblos indígenas.

La apuesta de los pueblos indígenas por la Constitución Política de 1991 parece haber sido también, visto desde hoy, un compromiso de estas poblaciones con el aprendizaje y apropiación de los derechos y las herramientas disponibles para su exigibilidad. De allí cómo, jalonada por las expectativas que recaían sobre una carta de derechos constitucionales étnicos nutrida además por aquellos recogidos en el Convenio 169 de la OIT; se abrió paso entre los indígenas, las ONG y los sectores académicos que coadyuvan

²¹⁸ Sobre la configuración jurisprudencial de esta noción al interior del ordenamiento jurídico colombiano véase a Uprimny (2001). El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal” en *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional*. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Vol I.

²¹⁹ Sentencia SU-383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

sus causas, la idea de *litigar* sus derechos. Hablamos de un litigio ya no de carácter exclusivamente civil o administrativo, como muchas de las causas a las cuales desde los tiempos coloniales debieron hacer frente y en las cuales fueron reiteradas aquellas trabadas para defender sus territorios; propio de un nuevo contexto jurídico, hablamos acá de la justiciabilidad de esos mismos derechos, ahora en cuanto derechos humanos.

De esta manera, animados por el nuevo panorama de la justicia constitucional, así como por el fortalecimiento de las instancias internacionales dedicadas a la defensa y promoción de los derechos humanos, los pueblos indígenas articularon sus demandas de derechos al ejercicio de un *litigio estratégico de interés público* o también llamado *litigio de alto impacto*. Fundado en una perspectiva cognitiva y práctica del derecho que lo instrumentaliza como herramienta de reconocimiento y *posicionamiento público* de los derechos, este tipo de litigio ha permitido a los pueblos indígenas y a otros sectores sociales vulnerables o minoritarios de la sociedad, situar en las agendas públicas el debate sobre el reconocimiento y/o implementación de sus derechos²²⁰.

Sobre la finalidad del litigio estratégico o de alto impacto, el Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS (2008:25), señala lo siguiente:

El planteo en el ámbito judicial de conflictos públicos o que trascienden lo individual intenta introducir temas en la agenda del debate social, cuestionar los procesos de definición, los contenidos, sus potenciales impactos sociales y la implementación de políticas de Estado. En ocasiones, este tipo de litigio busca, ante la omisión estatal, activar procesos de toma de decisión de políticas públicas o impulsar reformas de los marcos institucionales y legales en que éstas se desarrollan.

Desde esta perspectiva, podemos decir que entendido como *estratégico*, este tipo de litigio le apunta a situar el debate de los derechos en los diversos ámbitos del Estado. El mismo expresa una forma de ejercer el derecho transversal al ejercicio del poder y en esa medida, una forma política de concebirlo. El litigante estratégico se ubica de esta manera en la postura de quienes ven en el derecho una potencial herramienta de emancipación

²²⁰ Este ha sido también el caso de los derechos de la población LGBTI. Sobre el particular ver Quinche M. & Peña R. (2013) *El derecho judicial de la población LGBTI y de la familia diversa*. Bogotá: Legis y Universidad del Rosario.

social²²¹; éste entiende, sin embargo, “que si los jueces producen algún cambio ello no lo logran solos sino gracias a ciertas condiciones favorables que dependen de la participación de otros actores sociales e institucionales” (Uprimny & Villegas, s.f.: 9).

La justiciabilidad de los derechos de los pueblos indígenas ha sido uno de los objetivos más recurrentes del litigio estratégico adelantado en América Latina durante los dos últimos decenios (Coral, Londoño & Muñoz; 2010:66). Lo anterior se ha hecho evidente, por un lado, en el marco de los sistemas internacional y regional de derechos humanos desde los cuales los pueblos indígenas, en articulación con numerosas organizaciones y siguiendo distintos tipos de estrategia, han conseguido no solo importantes reconocimientos judiciales, sino en esencia mantener vivo el interés internacional sobre los debates relativos a los avances y retrocesos en el ejercicio de sus derechos²²².

Otro tanto ha sucedido en Colombia, en donde muchos de los avances relativos al reconocimiento y la implementación de los derechos sobre el territorio, la autonomía y la participación, se han producido sí en gran parte gracias a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, pero siempre como resultado de un permanente ejercicio de los derechos políticos a través de la acciones jurídicas y su visibilización internacional, las movilizaciones públicas, el cabildeo, la difusión cultural o la conformación de redes junto a diferentes actores políticos, académicos y no gubernamentales.

Tal vez lo anterior pueda entenderse mejor si se recapitulan las luchas sociales y políticas de los pueblos indígenas tras los reconocimientos jurídicos cuyo cumplimiento al día de hoy éstos reivindican. La Constitución Política de 1991 fue asumida por estos pueblos como uno más de esos reconocimientos y en tal sentido, ahora fortalecidos como sujetos políticos, comenzaron a ejercerla. El de un litigio estratégico con fuerte contenido

²²¹ Al respecto véase Uprimny R., Villegas Mauricio (s.f.). *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*. Disponible en <http://www.scribd.com/doc/86660796/VillegasUprimny2-Version-completa-espanol-1-2>

²²² Dentro de las estrategias e instancias utilizadas se encuentran la presentación de solicitudes de audiencias temáticas ante la CIDH, la presentación de medidas cautelares o de trámites de casos ante ese mismo organismo, así como el envío de comunicaciones e informes al Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.

constitucional resulta ser entonces un nuevo momento en una historia de uso político del derecho por parte de los pueblos indígena en Colombia²²³.

Finalmente debe señalarse cómo el litigio estratégico de los pueblos indígenas ha perseguido distintos objetivos y empleado diversas herramientas. Retomando la clasificación entre los diferentes conceptos de litigio estratégico construida por Coral, Londoño y Muñoz (2010) a partir de su mirada a las experiencias latinoamericanas, consideramos que en el caso de los pueblos indígenas de Colombia los fines y los medios encajan en más de una de las categorías allí presentadas. Así, propio también de las dinámicas que adopta el desconocimiento de derechos (acción u omisión), unas veces las estrategias han buscado cambios estructurales²²⁴, otras la prevención de daños ambientales en sus territorios o simplemente el reconocimiento de sus derechos de identidad étnica; siempre eso sí intercalando entre las acciones jurídicas, políticas, académicas y comunicacionales.

2. La protección judicial de los derechos territoriales indígenas en Colombia.

Resultado de la ausencia de una lectura transversal del principio de la diversidad étnica y cultural de la Nación en el marco de las funciones legislativa y administrativa del Estado colombiano, gran parte de los avances producidos en el país en cuanto al reconocimiento jurídico de los derechos territoriales de los pueblos indígenas se debe a un creciente protagonismo de la jurisdicción constitucional. Ello ha sido en gran medida el reflejo de la revalorización del papel de los jueces frente a la garantía y eficacia de los derechos humanos producida tras la aprobación de la Carta Política de 1991.

²²³ “Las comunidades que han interpuesto la acción de tutela se caracterizan por estar vinculadas desde tiempo atrás al sistema nacional. Han tenido grandes luchas para conseguir la tierra, han hecho resistencia a los misioneros, han buscado maneras propias para protección de lugares sagrados, han enfrentado a colonos, etc. Estas prácticas las han orientado para hacer valer sus derechos de acuerdo a leyes nacionales vigentes” (Sánchez, 2010: 170).

²²⁴ Dentro de ello podemos señalar su permanente participación en foros sobre políticas estatales relativas a las soluciones del conflicto armado y el desplazamiento por ejemplo, así como en calidad de coadyuvantes o intervinientes en las acciones jurídicas sobre políticas como la extractiva que son adelantadas desde otros sectores sociales, académicos y no gubernamentales.

Se trata también a nuestro modo de ver, de un proceso de apropiación y fortalecimiento de la “ciudadanía indígena”, como resultado de la apuesta que estas poblaciones han venido haciendo por dinamizar y dar valor a ese “carácter contencioso” que Quinche (2010) advierte como uno de los rasgos propios de la fuerza normativa de la Constitución Política de 1991. Puede sostenerse así de manera general, que como resultado de la revalorización de esta eficacia normativa de la Constitución, así como de la adopción en ella de una carta de derechos y un conjunto de acciones públicas orientadas a su garantía, se produjo en Colombia un fortalecimiento de lo que Santos (2004) llama una “función política de los jueces”; y agregaríamos, de los jueces constitucionales.

En efecto, tras la legitimidad que adquiere en el imaginario jurídico de la población el ejercicio de acciones como la tutela y constitucionalidad, fue posible no solo la “conciencia de derechos y la afirmación de la capacidad para hacer la reivindicación de los mismos, y en ese sentido (...) una forma de ejercicio de la ciudadanía y de la participación política”; junto a ello se permitió una “legitimación del poder político en su conjunto”, pues el activo rol que desde entonces adquirió la jurisdicción constitucional en relación con los derechos humanos, demuestra que en el país “la garantía efectiva de esos derechos fue políticamente distribuida por los poderes ejecutivo y legislativo, por un lado, encargados de la creación de los servicios y de las partidas presupuestales, y por el poder judicial como recurso de instancia ante las violaciones del pacto de garantía, por otro” (Santos, 2004:116).

De esta manera, puede afirmarse que tras la aprobación de la Constitución Política de 1991 se ha desencadenado en materia de derechos de los pueblos indígenas –incluidos aquellos relativos a sus tierras y territorios – un acelerado proceso de judicialización de sus demandas. Con ello, la configuración de estos derechos, otrora principalmente desarrollada en el marco de contenidos legales y administrativos, se ha visto permeada de manera importante por la vigencia que a través de los fallos judiciales del máximo tribunal de lo constitucional, adquieren los derechos y principios previstos en esta materia tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales y regionales que ya se han estudiado.

A esto último habría que agregar la incorporación que ha hecho la Corte Constitucional en varios de sus fallos de los estándares de protección de estos derechos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH. Además de la protección concreta de los derechos territoriales de pueblos indígenas que han sido parte en procesos de su conocimiento, la importancia de las sentencias de la Corte IDH se explica también por el hecho de ser éstas, fruto de una labor interpretativa autorizada de la Convención Americana. Ello supone para el caso colombiano, en palabras de la Corte Constitucional, que a la luz del mandato del artículo 93 de la carta política del año 1991, según el cual los derechos y deberes consagrados en ella deben interpretarse de acuerdo con los “tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana “constituye(n) un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”²²⁵.

Pues bien, en este apartado se buscará dar cuenta de los aportes de la jurisprudencia constitucional en cuanto al reconocimiento y eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en nuestro país. Para ello se hará referencia a su desarrollo desde cinco perspectivas: cuatro correspondientes a los criterios de análisis desde los cuales venimos exponiendo las distintas expresiones de estos derechos, esto es: propiedad sobre la tierra y los recursos; autonomía y ordenamiento territorial; participación, consulta previa y derechos territoriales en el marco del ordenamiento ambiental. Una quinta perspectiva corresponderá a otro de los factores que también venimos sosteniendo, ha sido determinante en la falta de implementación de los derechos de los pueblos indígenas: el conflicto armado interno.

2.1. Propiedad sobre la tierra y los recursos.

Dos de los aspectos abordados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que consideramos centrales para entender lo que ha sido el rol judicial en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos son: 1. el reconocimiento de la naturaleza fundamental del derecho de propiedad colectiva y 2. el desarrollo de la

²²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

noción de *territorio*. A continuación se hace entonces referencia a algunos fallos en los cuales han sido abordados estos aspectos.

2.1.1. La propiedad colectiva como derecho fundamental.

La naturaleza fundamental del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas ha sido ya reiteradamente reconocida por la Corte Constitucional²²⁶. Un primer paso en esa dirección se produjo con la sentencia T-428 de 1992²²⁷, en donde para tutelar los derechos de la comunidad indígena Emberá Chami de Cristianía (Antioquía) frente a su vulneración por las afectaciones geológicas ocasionadas por una obra de infraestructura vial; se le dio al derecho de propiedad un valor constitucional y articulado a la integridad étnica y cultural:

[E]s evidente que desde el punto de vista del derecho en el que se funda cada interés, las pretensiones de la comunidad indígena poseen un mayor peso. Mientras que su interés se funda en el derecho a la propiedad, al trabajo y al mantenimiento de su integridad étnica y cultural, el interés del resto de la comunidad está respaldado en el derecho a la terminación de una obra concebida para el beneficio económico de la región.

En síntesis, el interés de la comunidad indígena posee una legitimación mayor, en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la constitución.

Posteriormente, fue en la sentencia T-188 de 1993²²⁸ que la Corte Constitucional reconoció por primera vez de manera expresa la naturaleza fundamental del derecho de propiedad colectiva. En este fallo la Corte, al tutelar el derecho de la comunidad indígena Paso Ancho (Departamento del Tolima) a obtener respuesta del INCORA frente a la solicitud de titulación de tierras de resguardo elevada por sus autoridades, interpretó la naturaleza fundamental de este derecho a partir de la aplicación de la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de 1989:

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso (Ley 21 de 1991), donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los

²²⁶ Entre otras ver las sentencias T-188 de 1993, SU-510 de 1998, T-525 de 1998, T-013 de 2009 y T-235 de 2011.

²²⁷ M.P. Ciro Angarita Barón.

²²⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes.

[...]

Lo anterior permite ratificar el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios.

Adicional al Convenio 169 de la OIT, otras fuentes jurídicas a partir de las cuales la Corte Constitucional ha justificado la naturaleza fundamental del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas son la Constitución Política y de manera más reciente la jurisprudencia de la Corte IDH. Un ejemplo de ello es la sentencia T-282 de 2011, en donde a partir de ambas fuentes la Corte tuteló los derechos fundamentales de 120 familias de las etnias Nasa (Paéz) y Yanacona, ante su inminente desalojo por parte de una autoridad local del predio que se vieron abocados a ocupar tras su arribo a la ciudad de Cali como desplazados de la violencia. En referencia al derecho fundamental de propiedad de estas familias sobre sus tierras, el alto tribunal señaló por un lado, las normas constitucionales en que el mismo se funda:

El derecho a la propiedad colectiva de la tierra o al territorio colectivo se desprende, en el orden interno, del artículo 329 Superior, que atribuye el carácter de propiedad colectiva al territorio de los resguardos, en armonía con el artículo 58 que ordena proteger todas las formas de propiedad; y el artículo 63 constitucional, que atribuye a los citados territorios las cualidades de *inembargables, inalienables e imprescriptibles*. (Cursiva original)

Adicional a ello, en el mismo fallo la Corte trajo a colación la sentencia de la Corte IDH en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua²²⁹:

[...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

²²⁹ Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) [2001] Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto.

Finalmente, es de señalar cómo este carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva ha sido el sustento de fallos en los que la Corte Constitucional ha puesto de presente la importancia que para su realización revisten los procedimientos administrativos de titulación de resguardos²³⁰. Así, podemos citar al respecto la sentencia T-652 de 1998²³¹, en la que este alto tribunal señaló que, en cuanto constitutivo de su derecho fundamental de propiedad colectiva, la legalización de las tierras del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú mediante la titulación de dos resguardos separados, derivaba en un desconocimiento de los postulados del Convenio 169 de la OIT, y en especial, aquel que ordena a los Estados respetar la conciencia e identidad indígena y tribal de estos pueblos:

[L]a Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características²³².

2.1.2. El reconocimiento del derecho al territorio.

Articulado al valor inmaterial a partir del cual la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de un vínculo especial y diferenciado entre los pueblos indígenas y las tierras en que su cultura se reproduce; un segundo aspecto importante en el desarrollo judicial de estos derechos es el de habérseles otorgado un alcance que va más allá de la protección del derecho de propiedad circunscrito a una determinada porción de tierra. Así, en algunos de sus fallos este alto tribunal ha protegido los derechos territoriales indígenas no solo en cuanto respaldados en un título colectivo, sino como expresión del reconocimiento a sus formas propias de entender y vivir el territorio.

²³⁰ Sentencias T-652 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-009 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

²³¹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²³² Sobre este mismo aspecto, en la sentencia C-510 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte señaló un marco definitorio de los procedimientos de titulación de resguardos en cuanto diferenciados de los adelantados para la titulación de tierras a campesinos al señalar que “[e]l derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre los territorios que tradicionalmente habitan, comprende el derecho a la constitución del resguardo en cabeza del pueblo indígena (...) Ahora bien: las actuaciones administrativas orientadas a constituir los resguardos deben partir del respeto por el derecho a la personalidad de cada uno de los pueblos indígenas y raizales”.

Sobre el particular podemos mencionar por un lado la sentencia T-634 de 1999²³³, en la que al resolver la disputa por la violación de los derechos fundamentales de la comunidad indígena arhuaca, producida con la creación del municipio de Pueblo Bello (Cesar), la Corte Constitucional reconoció el carácter cultural del territorio:

Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura.

Al igual que el carácter fundamental de la propiedad colectiva, el reconocimiento judicial de la noción de *territorio* se ha producido a instancias de la Corte Constitucional a partir de su referencia al Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, por un lado, en la sentencia T-955 de 2003²³⁴ el alto tribunal constitucional señaló que el deber de respeto a la diversidad étnica y cultural que sujeta al Estado colombiano, incluye en virtud de los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, el de proteger “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.” (Artículo 13):

Por ello el instrumento internacional en comento desarrolla ampliamente el derecho de estos pueblos a que los Gobiernos i) determinen sus propiedades y posesiones mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados, ii) salvaguarden sus derechos a utilizar “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”; y iii) protejan especial y efectivamente sus facultades de utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales

Por otro lado, en la sentencia T-617 de 2010²³⁵, al revisar la acción de tutela interpuesta por la autoridad indígena de la comunidad de Túquerres (Nariño) por la vulneración de su derecho a la autonomía judicial para juzgar a un agresor sexual de su comunidad, la Corte Constitucional, referenciando la jurisprudencia de la Corte IDH, reiteró la protección de los

²³³ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²³⁴ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²³⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

derechos territoriales indígenas en cuanto a su posesión ancestral y por tanto, sin perjuicio de la existencia o no de un título jurídico:

Para el tema que ocupa la Sala, es importante resaltar que el ámbito territorial de una comunidad es el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos de autonomía de las comunidades indígenas; que la titularidad de ese territorio, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no de un reconocimiento estatal.

Ahora bien, articulado a este reconocimiento “integral” del derecho al territorio, debe señalarse que la Corte Constitucional se ha referido en algunas de sus sentencias a la propiedad de los recursos naturales existentes en sus territorios. Al respecto debe señalarse que tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración ONU de 2007 reconocen el derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales. El primero al disponer en su artículo 15 que “[l]os derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”, señalando así mismo que “[e]stos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”²³⁶. La segunda por su parte reconoce en su artículo 26 que estos pueblos “tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído”.²³⁷

A pesar de estos reconocimientos, es de señalar cómo a partir de este sensible aspecto de los recursos naturales, la jurisprudencia constitucional ha fijado límites a los derechos territoriales, más precisamente en relación con las facultades que de ellos derivan para los pueblos indígenas. En tal virtud, en la misma se han fijado reglas para el aprovechamiento tanto de los recursos sobre los cuales estos pueblos extienden su dominio colectivo, como sobre aquellos del subsuelo sobre los cuales el Estado es titular por mandato constitucional.

²³⁶ Ver sentencia C-366 de 2001 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

²³⁷ Dentro de estos límites a los derechos territoriales podemos también mencionar el establecido mediante la sentencia T-405 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara) en la cual se señaló que el derecho de propiedad colectiva debe ceder ante “el derecho a la soberanía nacional y [...] la necesaria conservación del orden público y la garantía fundamental de la seguridad de los habitantes del territorio colombiano en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”.

Así, en relación con el primero de los casos puede citarse la sentencia T-380 de 1993²³⁸, en donde la Corte Constitucional, al tiempo que tuteló el derecho de propiedad sobre los recursos naturales renovables del pueblo indígena Emberá-Catio de Chageradó (Antioquia) vulnerado con ocasión de la explotación maderera inconsulta en su territorio, hizo referencia a los límites que sujetan la explotación de estos recursos por parte de estos pueblos:

El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales (CP art. 330), debe ser ejercida con plena responsabilidad (CP art. 95-1). En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina *ultra vires* frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante.

Por su parte, en relación con la explotación de los recursos naturales del subsuelo sobre los cuales el Estado ejerce dominio en virtud del artículo 332 de la Constitución Política, debe señalarse que es rica la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en aplicación del párrafo del artículo 330²³⁹ de la misma, lo ha planteado como un problema cuya solución pasa por la garantía del derecho a la participación de los pueblos indígenas mediante la realización de consultas previas. Este será sin embargo otro de los criterios de análisis del reconocimiento judicial de los derechos territoriales que se abordarán más adelante.

Finalmente podemos señalar que en jurisprudencia reciente la Corte Constitucional ha dado una interpretación amplia sobre el derecho de los pueblos indígenas al *territorio*. Así, en la sentencia T-009 de 2013²⁴⁰, señaló que de acuerdo con las sentencias de esa corporación y la normatividad internacional en la materia, el del *territorio* es un concepto que abarca a su vez múltiples derechos²⁴¹:

²³⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³⁹ Dicho párrafo dispone que “[l]a 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 los representantes de las respectivas comunidades”.

²⁴⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁴¹ Ver también la sentencia T-236-12 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Si bien las reivindicaciones del territorio han girado principalmente en torno a la figura del resguardo – incluso el artículo 63 superior se refiere expresamente a ellos –, el territorio indígena no se agota allí. La Corte y el derecho internacional de los derechos humanos han interpretado que el derecho al territorio comprende:

- (i) El derecho a la constitución de resguardos en territorios que las comunidades indígenas han ocupado tradicionalmente;
- (ii) El derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos;
- (iii) El derecho a disponer y administrar sus territorios;
- (iii) El derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio, y
- (v) El derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica.
- (vi) El derecho a ejercer la autodeterminación y autogobierno.

Es de anotar cómo este reconocimiento jurisprudencial de los derechos que en conjunto componen el del territorio de los pueblos indígenas, se corresponde con lo establecido en la Declaración ONU de 2007, lo cual demuestra el valor normativo que de la mano de las interpretaciones de la Corte Constitucional, ésta viene teniendo al interior de nuestro ordenamiento. En efecto, de acuerdo con el artículo 26 de este instrumento internacional, el derecho al territorio abarca, tanto aquellos sobre las tierras y recursos que tradicionalmente estos pueblos han poseído, ocupado o utilizado; el de ejercer sobre los mismos un control de acuerdo con sus tradiciones; así como el de obtener del Estado un efectivo reconocimiento y protección para el pleno ejercicio de los mismos.

2.2. Derecho a la autonomía y ordenamiento territorial.

El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas²⁴² ha sido abordado por la Corte Constitucional desde distintas dimensiones. Valiéndonos de lo señalado por ésta en la

²⁴² Este derecho es reconocido por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU de 2007. El artículo 7º del primero establece al respecto que los pueblos indígenas tienen el “derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. Por su parte, la Declaración ONU de 2007 dio un paso adelante en este reconocimiento al establecer en su artículo 3º que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

sentencia T-693 de 2011²⁴³, podemos decir que su jurisprudencia ha versado sobre los ámbitos tanto *externos* como *internos* del derecho a la autonomía. En relación con los primeros, se señala en este fallo, se circunscriben a la garantía de otro derecho: el derecho a la participación, tanto en las decisiones que los afecten mediante el mecanismo de consulta previa, como en las decisiones políticas y la expedición de las Leyes²⁴⁴. Al ser el derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afecten, otro de los criterios de análisis del derecho al territorio que aquí se exponen, una referencia a su versión judicial se hará en el numeral siguiente.

En cuanto al ámbito interno del derecho a la autonomía, señala la Corte Constitucional en este fallo, el mismo se expresa en las dimensiones jurídica y política, y está referido al derecho al autogobierno de las comunidades indígenas. Así, una delimitación de esta sección consistiría entonces en señalar que nuestro interés se ubica en aquellos pronunciamientos de la Corte Constitucional relativos al ámbito interno del derecho a la autonomía. Ahora bien, siguiendo con lo señalado en este fallo, podemos decir que éste ámbito interno a su vez se ha expresado en la jurisprudencia a partir de la interpretación de dos manifestaciones de la autonomía; ambas relacionadas con el ámbito territorial indígena: Una jurídica, expresada en el reconocimiento, caracterización y delimitación de la jurisdicción indígena²⁴⁵; y otra política, expresada en el desarrollo de los derechos derivados del reconocimiento constitucional de las Entidades Territoriales Indígenas.

Pues bien, no siendo nuestro objetivo el de elaborar una línea jurisprudencial de cada una de estas manifestaciones del derecho a la autonomía, a continuación nos limitaremos a referenciar algunas sentencias en donde al abordar tales manifestaciones del ámbito interno de la autonomía, la Corte Constitucional ha fijado lineamientos acerca de la naturaleza y contenido del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas en Colombia.

²⁴³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁴⁴ Ver la sentencia T-973 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

²⁴⁵ Sentencias C-139 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y SU-510 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Comencemos entonces por señalar que en la jurisprudencia constitucional se ha interpretado que la Carta Política de 1991 estableció un régimen de la *conservación de la diversidad en la unidad*. Lo anterior como resultado de la armonización que ha hecho la Corte Constitucional entre la naturaleza unitaria y a la vez descentralizada de la República (artículo 1 CP)²⁴⁶. Este principio fue enunciado por primera vez en la Sentencia T-254 de 1994 en donde la Corte revisó la tutela interpuesta por un miembro de la comunidad Pijao de El Tambo (Tolima) contra las directivas de su cabildo por haber sido expulsado de la comunidad como castigo a un delito de hurto sin el debido proceso y sustento probatorio. Dentro de los fundamentos esgrimidos por el alto tribunal para decidir tutelar los derechos del accionante señaló:

La consagración simultánea en el mismo artículo constitucional de principios contrarios - no contradictorios - como el régimen unitario y las autonomías territoriales, muestra la intención del Constituyente de erigir un régimen político fundado en la *conservación de la diversidad en la unidad*.

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido en algunos fallos relativos a su fuero, unos criterios o principios de interpretación del derecho a la autonomía indígena para aquellos casos en los que el mismo entra en contraposición con otros principios constitucionales. Dos de ellos son, en primer lugar, el criterio expresado en la máxima *a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía*, el cual fue planteado inicialmente por la Corte en la misma sentencia T-254 de 1994. Este criterio fue criticado en su versión original por implicar “serias contradicciones entre la lógica estatal, incluida la lógica universalista de los derechos humanos, frente a las posibilidades efectivas de la autonomía de la comunidad” (Sánchez, 2010:229). Sin embargo, el criterio que subyace a esta máxima fue desarrollado en sentencias posteriores como las T-349²⁴⁷ y T-496²⁴⁸ de 1996 en las que se determinó que la aplicación de la misma se condiciona a las particularidades culturales de cada comunidad indígena.

²⁴⁶ Sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

²⁴⁷ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁴⁸ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Por otro lado, la Corte Constitucional también ha señalado como criterio el de la *maximización de la autonomía* de los indígenas y la correlativa *minimización de las restricciones a la misma*²⁴⁹. En virtud de este criterio, la Corte señaló en la sentencia T-349 de 1996, dos eventos en los cuales resultan admisibles las restricciones al derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, eso sí, como en el criterio anterior, condicionados a las particularidades culturales en juego en cada caso; estos eventos son:

- a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna).
- b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Cabe señalar así mismo que la Corte Constitucional ha entendido con fundamento en el criterio de la maximización de la autonomía, que no todas las normas constitucionales y legales limitan el ejercicio de la jurisdicción indígena. Este criterio, ha señalado, debe ser el que oriente el balance entre el principio de la diversidad étnica y cultural de la Nación del artículo 7º de la Constitución Política y las demás normas constitucionales y legales con las cuales ésta pueda verse en pugna²⁵⁰.

Ahora bien, por otro lado, la Corte Constitucional ha cumplido un papel importante en cuanto al desarrollo de las manifestaciones políticas del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas. Lo anterior se ha producido a través de pronunciamientos relativos a los derechos que les son propios a estos pueblos en virtud del reconocimiento constitucional de las Entidades Territoriales Indígenas (artículo 286 CP). A continuación señalamos algunos fallos en los que la Corte ha abordado tres de esos derechos establecidos en el artículo 287²⁵¹ de la Constitución Política: el derecho a gobernarse por sus autoridades y de acuerdo a sus usos y costumbres, el derecho a participar en las rentas nacionales y el derecho a administrar los recursos.

²⁴⁹ Sentencia T-009 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

²⁵⁰ Sentencia SU-510 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

²⁵¹ Este artículo señala que “[l]as entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales”.

En este punto debemos señalar que como resultado de una interpretación si se quiere sistemática de la Constitución, una de las consecuencias que la Corte Constitucional ha dado al principio de la maximización de la autonomía, es la de haber señalado en su nombre que, al estar fundamentada en varios principios constitucionales, entre esos el de la diversidad étnica y cultural de la Nación; la autonomía territorial de los pueblos indígenas no debe ser desconocida por la sola inexistencia de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial – LOOT. Al respecto señaló el alto tribunal en la Sentencia T-254 de 1994²⁵² lo siguiente:

En cuanto a la autonomía de las entidades territoriales, cabe resaltar, y al mismo tiempo, diferenciar, lo que concierne a la autonomía reconocida a los territorios indígenas.

Aun cuando hasta el momento no se haya expedido la correspondiente ley llamada a regular el trascendental aspecto del régimen territorial del país, es posible, no obstante, distinguir que, a diferencia de lo que acontece frente a otras entidades territoriales, a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino que también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica.

Es en esta línea que la Corte Constitucional ha protegido en diversos casos la autonomía de los pueblos indígenas tutelando derechos derivados del reconocimiento constitucional de los territorios indígenas como Entidades Territoriales y por su puesto de la naturaleza misma de los resguardos. De esta manera, a partir del principio de la diversidad étnica y cultural, este alto tribunal ha protegido entre otras, la autonomía de las autoridades indígenas para distribuir las tierras entre los miembros de la comunidad en atención a sus tradiciones²⁵³, decidir de conformidad con sus tradiciones sobre su acceso al sistema de salud²⁵⁴, aplicar los sistemas propios de transmisión de la propiedad²⁵⁵ y elegir a sus autoridades de acuerdo con sus normas propias²⁵⁶.

²⁵² Esto fue reiterado en la Sentencia T-634 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

²⁵³ Sentencia SU-510 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

²⁵⁴ Sentencias C-088 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) y T-379 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

²⁵⁵ Sentencia T-606 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

²⁵⁶ Sentencias T-979 de 2006 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-973 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

Ahora bien, menciono aparte queremos hacer de algunos pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha interpretado el derecho a la autonomía indígena en el marco de la no expedición por el Congreso de la República de la LOOT. Sobre el particular la misma se ha ocupado, por un lado, de abordar con criterios constitucionales los alcances de las normas fiscales expedidas por el congreso en desarrollo del artículo transitorio 56²⁵⁷ de la Carta Política; así como de sentar reglas interpretativas sobre el derecho de estos pueblos a percibir y administrar los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 356 y 357 de la Constitución Política.

En relación con los alcances de las normas fiscales destinadas a articular los territorios indígenas en el esquema territorial del Estado, podemos citar las sentencias C-151 de 1995²⁵⁸ y C-795 de 2000²⁵⁹. En la primera, al resolver una demanda de inexequibilidad contra el artículo 25 de la Ley 60 de 1993 que fijaba los criterios para la participación de los pueblos indígenas en los ingresos corrientes de la Nación; la Corte Constitucional encontró ajustado a la Carta Política que el legislador estableciera los mismos mediante una ley ordinaria, señalando así mismo que el establecimiento de unos criterios diferentes a los previstos para los municipios, suponía en los términos de la mencionada Ley, una garantía de su derecho al acceso a estos recursos sin que ello implicase asimilar resguardos a municipios.

Por su parte, en la sentencia C-795 de 2000, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 7º de la Ley 388 de 1997 en el que se establecían las competencias en materia de ordenamiento territorial en cabeza de los distintos niveles del gobierno territorial. El alto tribunal encontró en ese caso que la norma en mención regulaba una materia sobre la cual la Carta Política había establecido una reserva de Ley orgánica²⁶⁰. Adicional a lo anterior, la Corte coincidió con el accionante en que la inobservancia de dicha reserva de ley orgánica afectaba a los pueblos indígenas, por considerar que el de las competencias

²⁵⁷ Ese artículo señala que “[m]ientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales”.

²⁵⁸ M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁵⁹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶⁰ Se trata del artículo 288 en el que se señala: “La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales”.

territoriales era un asunto relacionado con su derecho a la autonomía. Al referirse a las razones que hacían de esta materia una de aquellas propias de la LOOT señaló:

La respuesta estatal a estas necesidades y problemas - que dan lugar a un proceso político y democrático -, debe surgir de un procedimiento legislativo que ha de surtir conforme a las reglas previstas en la Constitución para la adopción de leyes orgánicas. Cuando está en juego la autonomía y la forma histórica de vida y de organización de personas y grupos - como ocurre con las comunidades indígenas y otros colectivos -, se percibe con mayor nitidez que las competencias vinculadas a la función de ordenación y desarrollo del territorio, tienen una entidad y una relevancia tan significativas que su debate y posterior definición deben necesariamente ostentar el rango y atención asociados a las leyes orgánicas.

Ahora bien, la Corte Constitucional se ha ocupado también de establecer lineamientos en relación con el alcance y naturaleza del derecho a la autonomía, en el marco de la participación de los resguardos indígenas en los recursos que en virtud de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política corresponden a las entidades territoriales. Lo propio ha ocurrido en relación con el derecho a la autonomía en el marco de la administración de estos recursos, cuyo ejercicio ha debido ser ajustado por la Corte Constitucional a las condiciones que impone la moratoria en la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas.

Sobre el particular podemos citar la sentencia T-704 de 2006²⁶¹, en donde la Corte tuteló entre otros los derechos a la participación y a la autonomía de las comunidades Wayuu de la alta y media Guajira, como quiera que los encontró vulnerados por las acciones y omisiones de los Ministerios del Interior y de Hacienda, el municipio de Uribia y el Departamento Nacional de Planeación que habían terminado por impedir que estas comunidades percibieran los recursos provenientes de los ingresos corrientes de la nación en las vigencias fiscales de los años 1999, 2000, 2001 y 2002.

En sus consideraciones la Corte Constitucional, apelando a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y a la jurisprudencia de la Corte IDH, inició estableciendo un vínculo entre la protección del derecho fundamental a la diversidad étnica y cultural de los

²⁶¹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

pueblos indígenas y el deber estatal de garantizar la disponibilidad de los recursos necesarios para ello:

[U]na comunidad indígena que no tenga a su disposición los recursos básicos para realizar sus derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la vivienda digna, a la educación, a disponer de agua potable, no está recibiendo un trato digno y se está desconociendo el derecho constitucional fundamental de la colectividad.

Aunado a lo anterior, la Corte señaló que las obligaciones de las entidades del orden nacional y territorial que intervienen en la participación de los resguardos indígenas en los ingresos corrientes de la Nación, van más allá del simple giro de los recursos. Se refirió en esa oportunidad el alto tribunal en concreto, a las obligaciones concernientes a la determinación del monto de los mismos, su distribución, administración y ejecución, como a las de apoyo, asesoría, seguimiento y control. Así mismo, un aspecto para destacar por su aporte al reforzamiento de la autonomía indígena en estos aspectos fiscales, es el de haber sido allí advertido el papel que está llamado a jugar en los mismos la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior. Refiriéndose a las obligaciones de esta dependencia señaló:

[C]obra especial relevancia la obligación de coordinar las acciones realizadas tanto por las entidades públicas (...) en desarrollo de los programas indigenistas y la obligación de prestar **apoyo al desarrollo autogestionario de las comunidades indígenas**. (Énfasis agregado). En el caso que estudia la Sala, esto resulta de suma importancia por cuanto el Ministerio del Interior por medio de su Dirección de Etnias no puede permanecer indiferente en relación con el uso y destinación de los recursos que reciben los Municipios los cuales deben destinarse justamente a satisfacer las necesidades básicas de los Resguardos.

Este fallo se constituye en un buen ejemplo del esfuerzo judicial por situar el reconocimiento a la autonomía de los pueblos indígenas en el marco de un ordenamiento territorial que no incluye aún a las Entidades Territoriales Indígenas. Una expresión de este esfuerzo es el dialogo que en ella se estableció entre las normas internacionales y constitucionales que reconocen este derecho y su efectividad a la luz de principios propios de las competencias atribuidas a los distintos niveles del ordenamiento territorial:

Las responsabilidades en cabeza de las entidades estatales tanto de orden nacional como territorial para efectos de cumplir con las participaciones de los Resguardos indígenas en los ingresos corrientes de la Nación deben interpretarse de conformidad con la Constitución en su conjunto. Han de ejecutarse esas obligaciones, de buena fe de acuerdo con lo prescrito por

el Convenio 169 de 1989 de la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991, por la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas y en armonía con los principios constitucionales de concurrencia, coordinación, subsidiariedad y solidaridad.

Se trata de esta manera de un reconocimiento a la autonomía de los pueblos indígenas ajustado a la intermediación de los municipios, que son quienes en principio perciben estos recursos. Lo anterior también puede advertirse en lo resuelto en la sentencia C-921 de 2007²⁶², en donde la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 83 de la Ley 715 de 2001 por la violación de las normas constitucionales que reconocen los derechos a la autonomía y la igualdad de los pueblos indígenas. En dicho artículo se dispone la administración que deben hacer los municipios traslapados con resguardos indígenas, de los recursos que a estos últimos corresponden en el marco del Sistema General de Participaciones²⁶³, al tiempo que se ordena que la misma se debe hacer en cuentas separadas y su ejecución, previa suscripción de un contrato entre el municipio y el resguardo.

En su decisión, la Corte declaró la exequibilidad del artículo en mención pero ajustó la intermediación municipal que venimos anotando a la observancia de los derechos fundamentales indígenas, dándoles de paso a éstos últimos un poder de decisión final en cuanto a la ejecución de los recursos. Así se desprende de la parte resolutive de la sentencia:

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el inciso segundo del artículo 83 de la Ley 715 de 2001, en el entendido de que, dentro del marco de la Constitución y la ley, en el proceso de celebración y suscripción del contrato se debe asegurar el respeto de los derechos a la identidad étnica y cultural y a la participación de los resguardos; y, en caso de discrepancia sobre el uso de los recursos, prevalecerá la decisión adoptada por las autoridades del respectivo resguardo.

2.3. Consulta previa y Consentimiento Libre, Previo e Informado.

El derecho de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones que puedan afectarlos ha sido también desarrollado prolijamente por la jurisprudencia constitucional.

²⁶² M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶³ Este Sistema se configuró a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2001 y la Ley 715 de 2001.

Con el objeto de ilustrar un poco acerca de este desarrollo, a continuación haremos referencia a algunos de los fallos a partir de los cuales la Corte Constitucional: 1. ha interpretado la naturaleza fundamental del derecho a la consulta previa, las reglas para su realización y el tipo de medidas en las que ésta resulta obligatoria, y 2. ha comenzado a incorporar a sus decisiones el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado - CLPI.

Los primeros acercamientos de la Corte Constitucional al derecho de consulta previa se producen en las sentencias T-428 de 1992 y T-405 de 1993. En el primer caso, como resultado de la interpretación judicial del artículo 7º del Convenio 169 de la OIT²⁶⁴, a partir del cual este alto tribunal, sin hacer referencia explícita al derecho de consulta, fundamentó la orden de suspender las labores de ampliación de la carretera Andes-Jardín (Antioquia) “hasta tanto se hayan hecho los estudios de impacto ambiental y tomado todas las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad” Emberá Chami afectada por el inicio de las mismas sin su participación.

Posteriormente, en la sentencia T-405 de 1993²⁶⁵, al revisar la tutela interpuesta por dos comunidades indígenas Witoto y Muinane (Amazonas) por la vulneración de sus derechos fundamentales a la integridad cultural, la autonomía y el territorio ocasionada por la instalación de un radar militar en un espacio sagrado de su territorio colectivo; la Corte Constitucional, acudiendo por primera vez al artículo 6º del Convenio 169 de la OIT²⁶⁶, interpretó, a nuestro juicio de manera restrictiva, que el derecho de estas comunidades a participar en la decisión de instalar el radar, había sido satisfecho mediante la existencia de reuniones previas a la instalación del radar con algunos de los miembros de dichas

²⁶⁴ El numeral 3º del artículo 7º del Convenio 169 de la OIT señala: “Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

²⁶⁵ M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁶⁶ El literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT ordena que al aplicar las disposiciones del mismo, los gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

comunidades, así como en el hecho de que algunos de éstos habían prestado su mano de obra en las labores de instalación.

Con la sentencia SU-039 de 1997 la Corte Constitucional dio un paso importante hacia la consolidación de la consulta previa al reconocer su naturaleza fundamental y establecer unos lineamientos para su realización. Resultado de una acción de tutela interpuesta por la Defensoría del Pueblo en representación de 19 miembros del pueblo U'wa (Departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare) con el objeto de proteger entre otros sus derechos fundamentales al territorio, la autonomía y la participación; este ha sido reconocido de otro lado, como un caso paradigmático del litigio estratégico en la defensa de los derechos indígenas en Colombia²⁶⁷.

En esta sentencia la Corte resolvió tutelar los derechos en mención, tras haberlos encontrado vulnerados en el marco de un procedimiento de licenciamiento ambiental iniciado a solicitud de la empresa Occidental de Colombia, para adelantar labores exploratorias de yacimientos petroleros en la zona. En el caso, si bien la autoridad administrativa, a la luz de su interpretación de los artículos 330 de la Constitución Política y 76 de la Ley 99 de 1993²⁶⁸, y en sintonía con el precedente del fallo T-405 de 1993; tuvo por consulta unas reuniones entre algunos miembros no representativos de la comunidad indígena, funcionarios de los ministerios de Minas y Energía, del Medio Ambiente, de Ecopetrol y representantes de la empresa interesada²⁶⁹.

²⁶⁷ “El caso U'wa generó aprendizajes importantes para el litigio en defensa de pueblos indígenas, esto respecto de: 1) la importancia de respaldar y respetar a las autoridades de los pueblos indígenas en las decisiones sobre estos procesos, 2) la necesidad de alianzas entre organizaciones indígenas, ONG, universidades e instituciones de defensa de derechos humanos para fortalecer el ejercicio jurídico de garantía de los derechos, 3) la utilización de internet para difundir este caso a nivel mundial, 4) la importancia de mantener el acompañamiento de los casos luego de obtener decisiones judiciales aparentemente exitosas pero que luego se incumplen, y 5) el valor de la sistematización de los casos y la necesidad de divulgar los avances y también las dificultades en los procesos” (Coral, et. al., 2010:69).

²⁶⁸ Dicho artículo señala que “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

²⁶⁹ Para un análisis detallado sobre este caso ver Rodríguez G.A., Ardila C. & Puentes A (2010). El laberinto jurídico de los U'was en ejercicio del derecho a la resistencia. *Diálogos de saberes*, Núm. 32, (pp. 173-193).

Para llegar a esta decisión, en el fallo se inicia reconociendo la necesidad de armonizar el deber del Estado consistente en planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 CP), con aquel del artículo 330 que le impone al mismo proteger la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan los territorios en donde éstos se encuentran. Dicha armonización, interpretó el alto tribunal constitucional, se logra mediante la garantía del derecho a la participación de los pueblos indígenas mediante la realización de la consulta previa, entendida como un derecho fundamental:

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.

La importancia de esta sentencia radica también en haber establecido una diferenciación entre los procedimientos de consulta previa y aquellos administrativos reglados para entonces por el antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). De esta manera, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 40 y 330 de la Constitución Política, así como de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, la Corte fijó unos lineamientos para la realización de las consultas previas en el marco de las decisiones administrativas para la autorización de proyectos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas; lineamientos que van más allá de la simple garantía del derecho a la defensa²⁷⁰. Por su trascendencia en lo que en adelante sería la aplicación de este instrumento de participación, transcribimos *in extenso* tales lineamientos:

[E]stima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

²⁷⁰ Otras sentencias que abordaron la consulta en el marco de proyectos de explotación de recursos naturales fueron las T-880 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-769 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

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

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

c) Que se le de 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 adaptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

En sentencias posteriores la Corte Constitucional extendió la protección del derecho fundamental a la consulta previa a eventos en los cuales su vulneración se produjo en el marco de actuaciones administrativas con finalidades diversas. Así, respecto de su protección en el marco de los procedimientos de licenciamiento ambiental podemos mencionar dos más en materia de infraestructura: la protección de los derechos de la comunidad indígena Embera- Katío ante la construcción inconsulta de la represa de Urrá I sobre el Río Sinú (Departamento de Córdoba) (Sentencia T-652 de 1998) y aquella otorgada a diversas comunidades indígenas Kogui, Wiwa, Arhuaco y Kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta ante el inicio inconsulto de las obras de construcción del Puerto Multipropósito Brisa (Departamento de la Guajira) (Sentencia T-547 de 2010)²⁷¹.

De otro lado, podemos mencionar la protección del derecho a la consulta previa solicitada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía – OPIAC, ante su vulneración en el marco de la implementación inconsulta de un programa de erradicación

²⁷¹ Por tratarse de dos casos resueltos con posterioridad al inicio de las obras, la Corte Constitucional ordenó en ambos eventos suspender las mismas hasta tanto no se realizaran procesos de participación orientados a la identificación concertada de las afectaciones producidas, como de las medidas de mitigación y prevención de los daños presentes y futuros en ambos casos, y en el caso del pueblo Embera-Katío, además la indemnización por los daños causados en el territorio.

de cultivos ilícitos en sus territorios (sentencia SU-383 de 2003), así como la otorgada a una comunidad del pueblo Yanacona (Putumayo) ante la vulneración de su derecho a la consulta previa por parte de las autoridades locales de Mocoa tras decidir éstas de manera arbitraria sobre el reconocimiento de su cabildo (Sentencia T-737 de 2005).

La Corte Constitucional también ha dado efectividad al derecho de consulta previa de los pueblos indígenas en el marco de su función de control de las Leyes. Debido al carácter general y abstracto de este tipo de normas, la misma incorporó en algunas de sus sentencias de constitucionalidad, una especie de “test” para establecer el grado de afectación en cada caso y con ello la obligatoriedad de la consulta. Una sentencia coyuntural o hito en esta materia fue la C-030 de 2008²⁷², pues allí se establecieron unas pautas para la garantía del derecho a la consulta previa en el marco de la afectación de derechos indígenas producida con ocasión de la expedición de las leyes²⁷³:

Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de directa que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio.

[...]

De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos [...]

²⁷² M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁷³ Sin embargo, con anterioridad a ésta, en las sentencias C-418 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y C-891 (M.P. Jaime Araujo Rentería) de 2002, la Corte Constitucional ya había abordado el derecho a la consulta previa en el marco de la normatividad minera.

Mención aparte merece la sentencia C-461 de 2008²⁷⁴, pues en ella la Corte Constitucional se ocupó de estudiar la demanda de inexecutable presentada por el senador Jesús Piñacué contra la Ley 1151 de 2007, mediante la cual se expedía el Plan Nacional de Desarrollo del segundo mandato del gobierno Uribe, argumentando para ello que la misma no había sido objeto de consulta alguna. Acerca de la participación de los pueblos indígenas en la formulación de estos documentos de políticas señaló:

Para la Corte, la existencia del Consejo Nacional de Planeación y su rol directo en la preparación del proyecto de Plan Nacional de Desarrollo cumplen una función trascendental dentro del proceso democrático de formulación de este instrumento, más aún teniendo en cuenta que los grupos indígenas se encuentran representados en dicho Consejo. Sin embargo, tal representación no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos concretos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica

En este fallo la Corte, aplicando los lineamientos fijados en la sentencia C-030 de 2008, declaró la constitucionalidad de la norma con fundamento en su generalidad, pero esta vez dejando en manos del gobierno nacional la determinación de aquellos programas, planes y proyectos incluidos en el plan con la entidad de afectar directamente a los pueblos indígenas, a efectos de ser los mismos consultados so pena de su inconstitucionalidad. Cabe señalar que lo anterior es al día de hoy un asunto problemático, pues tal como se estudió en el capítulo dedicado al análisis de los derechos territoriales indígenas en el marco de la formulación de estos documentos, son de diversa índole las afectaciones territoriales que subyacen a la ejecución de programas, planes y proyectos, respecto de los cuales, sin embargo, no se reconoce una relación de causalidad con aquellas.

Ahora bien, debe señalarse finalmente que en años recientes la Corte Constitucional ha venido incorporando en algunas de sus sentencias un nuevo estándar de protección del derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afecten. Lo anterior se ha producido como resultado de la referencia que ha hecho el alto tribunal del derecho de estos pueblos al consentimiento libre, previo e informado - CLPI; un derecho cuyo desarrollo se ha dado en el derecho internacional de la mano del Convenio 169 de la

²⁷⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

OIT, la Declaración ONU de 2007 y la interpretación que de tales instrumentos ha hecho la Corte IDH.

Uno de los acercamientos iniciales de la Corte Constitucional a este derecho se produce en la sentencia T-769 de 2009²⁷⁵. En ella, la Corte recurre al derecho al CLPI al revisar la acción de tutela interpuesta por varias comunidades indígenas, negras y campesinas asentadas entre los departamentos de Antioquia y Chocó que vieron afectados entre otros sus derechos a la vida, la integridad cultural y a la consulta previa, producto de las labores de exploración inconsultas adelantadas por diferentes empresa mineras en el marco del proyecto Mandé Norte para la extracción de oro, cobre y molibdeno en sus territorios. De esta manera, citando la sentencia de la Corte IDH en el caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam²⁷⁶ señaló lo siguiente:

[E]sta Corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea [...]

Dos años más tarde, con la sentencia T-129 de 2011²⁷⁷ el derecho al CLPI adquirió un nuevo desarrollo. Esta sentencia fue el Resultado de una acción de tutela interpuesta por integrantes de la etnia Embera-Katío de dos resguardos ubicados en Acandí (Chocó) y coadyuvada por diversas organizaciones no gubernamentales y Centros de Estudios. En la misma, la Corte Constitucional tuteló entre otros los derechos a la propiedad colectiva y la participación de la comunidad accionante por haberlos encontrado vulnerados en el marco de la implementación inconsulta de unos proyectos de infraestructura vial, eléctrica y de extracción de minerales en sus territorios.

²⁷⁵ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁷⁶ Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) [2007] *Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre.

²⁷⁷ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En sus consideraciones, la Corte se planteó una diferenciación entre el derecho a la consulta previa y el derecho al CLPI de acuerdo con las finalidades y consecuencias de cada uno de ellos. De esta manera, retomando a Yrigoyen (2009:30) podemos decir que la corte estableció en esta sentencia una diferenciación entre el CLPI como *finalidad* de toda consulta a las comunidades indígenas y el CLPI como *requisito* para las decisiones que los afecten hasta el punto de poner en riesgo la supervivencia misma:

[S]e está ante una problema de dos extremos difíciles: puesto que de un lado está la consulta previa veto (que estaría dentro de los términos de la Convención pero que genera todo tipo de resistencia) y la consulta previa mera información (que no estaría conforme con la Convención y que con frecuencia es empleada para aparentar un cumplimiento de dicho instrumento). Conforme a lo expuesto, para la Corte el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades.

Luego, con fundamento en los artículos 16 del Convenio 169 de la OIT²⁷⁸ y 32 de la Declaración ONU de 2007²⁷⁹, así como retomando una vez más la sentencia de la Corte IDH en el caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam; el alto tribunal señaló los eventos en los que el CLPI adquiere el carácter de requisito, para enseguida disponer que el mismo se configura ante la inexistencia de alternativas para la implementación de proyectos o planes, que no impliquen una afectación de los pueblos indígenas en el derecho a su existencia como grupo culturalmente diferenciado:

[L]a Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

²⁷⁸ El numeral 2º de este artículo señala: “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa [...]”.

²⁷⁹ El numeral segundo este artículo señala: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.

Pues bien, tal como se aprecia, el desarrollo del derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que puedan afectarlos, a través de la consulta previa y/o el CLPI, ha sido en gran medida resultado de la interpretación judicial. Podríamos afirmar a partir de lo anterior, que la inexistencia actual de una reglamentación consultada de ambos derechos en el país, ha sido a la vez causa y efecto del activo rol judicial en estas materia, pues no solo la falta de dicha reglamentación ha hecho necesario el ejercicio indígena de las acciones constitucionales, sino que también los estándares logrados en este escenario, hacen hoy más exigentes los criterios que habría de recoger la norma que se expida para esos efectos, complejizando así los consensos políticos necesarios para ello.

2.4. Territorios indígenas y ordenamiento ambiental.

Tal como se señaló en el capítulo segundo, si se considera que es en los territorios indígenas en donde se concentra gran parte de la biodiversidad y los recursos naturales del país, se tiene que éstos están llamados a cumplir un papel importante en el marco legal, constitucional e internacional del medio ambiente. También señalábamos que otra consecuencia de ello ha sido que los pueblos indígenas se ven constantemente abocados a conflictos ambientales de distinta índole. La Corte Constitucional se ha ocupado en su jurisprudencia de articular las finalidades de dicho marco ambiental y el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Con el objeto de ilustrar sobre ello, a continuación se hará mención a algunos pronunciamientos en donde este alto tribunal ha interpretado los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios en clave de la normatividad ambiental.

Comencemos entonces por señalar que la Corte Constitucional ha establecido un vínculo entre la protección de los derechos de los pueblos indígenas y la conservación de zonas de

importancia ambiental²⁸⁰. A partir de este vínculo podemos advertir que los derechos territoriales de estos pueblos han sido entendidos, tanto como una *finalidad* de los deberes estatales que subyacen a la diversidad étnica y cultural de la Nación, los cuales incluyen la protección del ambiente y los recursos de los espacios en donde se reproduce material e inmaterialmente su cultura; así como un *medio* a través del cual se garantiza el derecho colectivo a un ambiente sano.

Sobre el particular podemos por un lado citar lo señalado por la Corte en la sentencia T-380 de 1993²⁸¹. Allí, al revisar una acción de tutela interpuesta por la Organización Indígena de Antioquia contra la empresa MADARIEN y la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó CODECHOCO, el alto tribunal tuteló entre otros los derechos fundamentales a la vida e integridad étnica, cultural y territorial de la comunidad Embera-Katío ubicada en jurisdicción del municipio de Murindó (Antioquia), por haberlos encontrado vulnerados en el marco de la explotación de madera en su territorio sin previa autorización ambiental. En sus consideraciones la Corte Constitucional señaló que la titulación de resguardos “es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio ambiente”, advirtiendo a su vez la importancia de ésta última para la pervivencia de tales pueblos:

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 (CP 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 (CP art. 13).

En esta misma línea la sentencia T-342 de 1994²⁸², atribuyó a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación una justificación ambiental:

[N]o sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos

²⁸⁰ Entre otras ver las sentencias T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-342 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y T-634 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

²⁸¹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸² M.P. Antonio Barrera Carbonell.

naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.

Ahora bien, resultado de esa complementariedad establecida entre la diversidad étnica y cultural y la protección del ambiente, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado también de interpretar los alcances de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en el marco de la Constitución de éstos últimos como sujetos de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico ambiental. De esta manera, podemos mencionar aquellos derechos cuyo ejercicio se inserta en el cumplimiento del deber estatal de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (artículo 80 CP).

Lo anterior se ha producido por un lado en sentencias en donde la Corte Constitucional ha debido situar su interpretación sobre los alcances de los derechos territoriales indígenas en el marco de los procedimientos administrativos para la evaluación ambiental de proyectos, obras o actividades que los afectan. Como ya se ha visto, la Corte ha desarrollado una vasta jurisprudencia relativa a los derechos de consulta previa y CLPI a través de los cuales ha buscado dar solución a las disputas planteadas en esos escenarios desde el punto de vista de la participación. Sobre el particular valdría agregar sin embargo que este alto tribunal ha dado relevancia también a estos dos derechos en cuanto a su valor sustancial y procedimental en el marco de los trámites de licenciamiento ambiental²⁸³.

Para ilustrar sobre ello puede hacerse referencia a lo resuelto en dos casos ya estudiados en la secciones dedicadas a los derechos de propiedad colectiva y consulta previa, en los que la Corte Constitucional protegió los derechos territoriales en el marco de las

²⁸³ Sentencias SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-652 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub), T-698 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-746 de 2012 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

actividades de exploración de yacimientos petroleros en territorio del pueblo U'wa (SU-039 de 1997) y la construcción de la represa de Urrá I en territorio del pueblo Embera- Katío (T-652 de 1998). Así, en la primera de ellas, el alto tribunal supeditó la validez de la licencia ambiental otorgada a la empresa Occidental de Colombia entendiendo para ello la consulta previa omitida en su trámite, como el instrumento necesario para adelantar la evaluación ambiental de impactos y los mecanismos para su mitigación y corrección, así como para garantizar el derecho de estos pueblos al debido proceso administrativo:

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena

En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

En conclusión, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se cumplió en forma irregular y con desconocimiento del derecho fundamental de la comunidad U'wa, en relación con la consulta que formal y sustancialmente ha debido hacersele. Consecuencialmente, resultan vulnerados no sólo los derechos de participación, según el art. 40-2, y a la integridad de la comunidad U'wa, sino el derecho al debido proceso.

Por su parte, en la sentencia T-652 de 1998 la Corte, tras identificar la omisión de la consulta previa, no solo declaró la expedición irregular de la licencia ambiental otorgada por elINDERENA a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica para la construcción de las obras civiles y la desviación del Río Sinú en el marco del proyecto Urrá I, sino que además ordenó a la titular de la licencia a la identificación y reconocimiento de una serie de impactos ambientales omitidos en su trámite, estableciendo así mismo que ello debería ser el resultado de los acuerdos del proceso de consulta. Sobre los impactos ambientales omitidos y los lineamientos que ordenó a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente atender al momento de la consulta previa en el caso concreto, señaló lo siguiente:

[L]a firma propietaria del proyecto no ha reconocido los reales efectos de la obra sobre los recursos ictiológicos de toda el área de influencia de la hidroeléctrica, ni el largo término y alto costo que requerirá el repoblamiento de los ríos del área con especies nativas (mucho mayores desde que se decidió no remover la mayor parte de la biomasa presente antes de llenar la presa), ni los efectos sobre las condiciones climáticas de las cuencas, ni los impactos previsibles sobre la morbi-mortalidad en la zona de influencia de la represa.

[...]

a) debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión

En adición a lo anterior, la Corte Constitucional ha protegido los derechos territoriales de los pueblos indígenas por intermedio de órdenes a particulares y autoridades administrativas relativas al cumplimiento de sus deberes en materia ambiental.

Al respecto podemos citar la protección que se hizo en la ya citada sentencia T-428 de 1992, de los derechos fundamentales colectivos de la comunidad indígena Emberá Chami de Cristianía (Antioquía), vulnerados por las afectaciones geológicas ocasionadas por una obra de ampliación de infraestructura vial. En su decisión la Corte protegió los derechos de esta comunidad sobre sus tierras colectivas ordenando para ello la suspensión de las obras “hasta tanto se hayan hecho los estudios de impacto ambiental y tomado todas las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad”; una decisión que expresa estar informada por los principios ambientales de prevención²⁸⁴ y precaución²⁸⁵.

Otro tanto sucedió en las sentencias T-380 y T-405 de 1993. En el caso de la primera, cuando al tutelar los derechos de propiedad colectiva de la comunidad Embera-Katio vulnerados por la explotación de madera en su territorio sin autorización ambiental, la Corte Constitucional ordenó a CODECHOCO emprender “las acciones necesarias para el control de los factores de deterioro ambiental en la zona de los ríos Chajeradó, Tebará y Taparal, comprendida dentro del resguardo indígena”. En la segunda, por su parte, en

²⁸⁴ Sobre este principio la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-703 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) que el mismo se sustenta en “la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente”.

²⁸⁵ Este principio “presupone la identificación de una situación de peligro (derivada de una actividad) de daño grave e irreversible al ambiente, pero sin tener la certidumbre científica absoluta sobre esto; por lo que los Estados deberán tomar medidas para evitar dicho peligro de daño o reducir, en su caso, ese daño potencial” (CEJA, 2004: 63).

donde al reconocer las afectaciones ambientales causadas por la instalación y operación de un radar militar en territorio de los pueblos indígenas Witoto y Muinane del Amazonas, el alto tribunal ordenó “adoptar como medida encaminada a hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que habitan la zona y sus demás pobladores, un plan de manejo ambiental”.

2.5. Conflicto armado y desplazamiento del territorio.

Tal vez uno de los fallos más importantes de la Corte Constitucional en la última década es la sentencia T-025 de 2004. Proferida, vale recordar, en un momento en el cual el gobierno de turno sostenía la inexistencia de un conflicto armado interno en el país; en ella fue identificada y declarada la inconstitucionalidad de una inoperatividad estructural al Estado en materia de atención a la población desplazada. Su importancia también radica en ser junto con los autos expedidos para dar seguimiento a su cumplimiento, un antecedente fundamental de la actual política estatal de víctimas.

Esta sentencia tuvo de otro lado la importancia de abordar el problema de la vulneración de los derechos de la población desplazada, desde una perspectiva de su goce efectivo. Fue este enfoque lo que le permitió a la Corte Constitucional realizar allí una evaluación sobre la respuesta estatal frente al fenómeno del desplazamiento forzado que fuera más allá de la sola adopción de los documentos Conpes, leyes o actos administrativos que hasta ese momento constituían la política pública en la materia, tal como se reconoce en la sentencia. Se trató más bien, podríamos decir, de un juicio constitucional sobre la *acción y omisión* del Estado, frente a la implementación de una política pública existente, dirigida a la garantía de derechos humanos. Advertía allí la Corte Constitucional de la siguiente manera esta situación:

Las políticas públicas de atención a la población desplazada no han logrado contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos constitucionales ni han favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos.

Dos “problemas protuberantes” de la política pública en la materia halló la Corte Constitucional como causas de lo anterior en ese momento: la precariedad de la capacidad institucional para implementar la política y la asignación insuficiente de recursos. En cuanto al primero señaló, abarcaba todos los niveles y componentes de la misma, hasta el punto de afirmar que se trataba de un problema sistemático y estructural. En cuanto al segundo, por su parte, afirmó era la causa central de la falta de implementación de dicha política. Fue entonces este el marco en el cual la Corte Constitucional encontró demostrado los elementos propios de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población desplazada²⁸⁶.

Podríamos decir que mediante la Sentencia T-025 de 2004 y los Autos expedidos posteriormente por la Corte Constitucional en seguimiento al cumplimiento de la misma, fue ordenado al Estado lo que parafraseando a Ronald Dworkin puede expresarse como el deber de tomarse los derechos *en serio*. Para ello, el alto tribunal ordenó un conjunto de acciones positivas a cargo del Estado, destinadas a satisfacer la dimensión prestacional de los derechos fundamentales vulnerados como resultado del mencionado estado de cosas inconstitucional. Quiere destacarse el hecho de que estas acciones, en los términos de la sentencia, parten por establecer un necesario vínculo entre la expedición de políticas e instrumentos normativos, y la satisfacción efectiva de derechos. De la siguiente manera enuncia la Corte la naturaleza de la obligación estatal que fundamenta las acciones por ella ordenadas:

[a]doptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población -en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”.

²⁸⁶ Cuatro elementos señala en la sentencia la Corte Constitucional confirmaban en este caso la existencia de un estado de cosas inconstitucional: 1. la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada, 2. el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas, 3. los procesos acumulados en la presente acción de tutela, y 4. El hecho de que la continuación de la vulneración de tales derechos no era imputable a una única entidad.

Pues bien, en adición a la importancia que en general representaron los razonamientos y las decisiones contenidas en la sentencia T-025 de 2004 para la protección de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado en Colombia; en el marco del seguimiento a los avances en el cumplimiento de las segundas y con fundamento en la misma perspectiva del goce efectivo de los derechos, la Corte Constitucional, mediante autos posteriores, advirtió la necesidad de introducir a dicho cumplimiento un enfoque diferencial consecuente con los efectos que tiene este fenómeno sobre los derechos de los grupos étnicos.

Así, mediante el Auto 218 de 2006, este alto tribunal, al señalar la que hasta ese momento había sido una lenta y discontinua implementación de las órdenes impartidas en la sentencia T-025 de 2004, identificó como una de las áreas críticas de la política estatal de atención a la población desplazada, “la desprotección de los grupos indígenas y afrocolombianos, especialmente afectados por el desplazamiento interno en los últimos meses”. Estableciendo de esta manera el que sería en adelante un criterio para el seguimiento a la superación del estado de cosas inconstitucional, la Corte advertía de la siguiente manera la necesidad de dar un enfoque diferencial a la problemática del desplazamiento de estos grupos:

El desplazamiento de los grupos étnicos colombianos es una de las áreas en las que se ha detectado uno de los vacíos más preocupantes en la política de atención que se evalúa. Tanto por las comunicaciones e informes que se han hecho llegar a la Corte Constitucional, como por hechos públicos y notorios de conocimiento general, es claro que los grupos indígenas y afrocolombianos del país han sufrido un impacto proporcionalmente mayor dentro del total de víctimas del desplazamiento forzado durante el transcurso del último año, y no se ha probado que exista dentro de la política de atención un elemento específico orientado a prevenir la ocurrencia de desplazamientos de estos grupos y atender de manera inmediata y efectiva las necesidades específicas de los que ya han sido desplazados.

Casi tres años más tarde la Corte Constitucional expidió el Auto de seguimiento número 004 de 2009, en el cual fue caracterizada la afectación diferencial que el conflicto armado tiene sobre los pueblos indígenas. Resultado de ello fue no solo la identificación de 34 de estos pueblos en peligro de exterminio cultural y/o físico y en este marco la orden al Estado de diseñar un Programa de Garantía de los derechos de los pueblos indígenas afectados por

el desplazamiento y de implementar planes de salvaguardia étnica para cada uno de ellos; importante es también señalar que en el mismo fue reconocida la tierra como un factor transversal a la afectación de los derechos de los pueblos indígenas por causa del conflicto armado, pues tal como la afirmara el alto tribunal, “[...]la importancia de sus territorios para sus culturas y su subsistencia e integridad étnicas, hace más lesivos tanto los factores causales del desplazamiento como el desplazamiento en sí mismo”.

Adicional a ello, la Corte Constitucional señala y analiza allí los factores propios o conexos al conflicto armado que son generadores del desplazamiento, confinamiento o eliminación de estos pueblos; estos son:

(1) las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrar activamente a las comunidades indígenas y sus miembros, pero afectándolos en forma directa y manifiesta; (2) los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas, y a sus miembros individuales, en el conflicto armado; y (3) los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan sus territorios tradicionales y sus culturas.

Al respecto interesa destacar la importancia que supuso reconocer la articulación de los efectos propios del conflicto armado con otros procesos territoriales derivados por ejemplo de la explotación de recursos naturales en sus territorios, incluso de aquella adelantada legalmente. Lo anterior ha permitido que uno de los efectos de este auto, haya sido el de ofrecer soporte argumental a las solicitudes de restitución de tierras que se adelantan en el marco de la actual normatividad de víctimas, las cuales recaen no pocas veces sobre territorios que han sido abandonados por causa del desplazamiento y luego titulados a empresas mineras.

Con posterioridad a este auto fueron expedidos los Nos. 382 de 2010 y 174 de 2011. En el primero de ellos la Corte Constitucional resolvió declarar que los pueblos Hitnu o Macaguán asentados en el Arauca, se encontraban en peligro de exterminio y por tanto ordenó respecto de los mismos, entre otras medidas, la de extender sobre ellos aquellas señaladas para los 34 pueblos identificados en el auto 004. Mediante el segundo, por su parte, ordenó al Estado la adopción de un “Plan de Provisional Urgente de Reacción y Contingencia que atienda de manera inmediata e integral las necesidades más apremiantes

de seguridad física – incluida la relativa al desminado humanitario -, de atención humanitaria, en salud, educación, refugio o alojamiento temporal y cualquier otra medida urgente requerida para asegurar la pervivencia del Pueblo Awá”, asentado en los departamentos de Nariño y Putumayo.

Pues bien, tal como se observa, ha sido en el marco de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional que se viene adelantando en los últimos años en nuestro país un control judicial sobre la adecuación y efectividad de las políticas públicas en materia de desplazamiento de pueblos indígenas. Dicho control tiene la importancia de haber puesto en evidencia en el caso de la respuesta estatal a los efectos de la guerra sobre estos pueblos, la que ha sido en general una histórica contraposición entre el reconocimiento de sus derechos y su real satisfacción. En efecto, a partir de un enfoque centrado en el goce efectivo de los derechos, tanto la sentencia T-025 de 2004 como los autos mencionados, han terminado por reconocer la falta de implementación de los derechos de los pueblos indígenas, como un problema de voluntad política expresado en carencias presupuestales e institucionales.

Conclusiones.

El derecho judicial ha cumplido en Colombia un importante rol en la definición de los contenidos y alcances de los derechos territoriales indígenas. Ello cómo se vio, ha sido en gran medida resultado de la importancia que con posterioridad a la aprobación de la Constitución Política de 1991 adquirieron en nuestro sistema jurídico los jueces constitucionales.

Dos consecuencias de esta situación han sido: Por un lado, sus efectos sobre el fortalecimiento de los derechos ciudadanos de los pueblos indígenas, que si bien han sido ganados y contruidos tras años de luchas sociales y políticas, han encontrado en el ejercicio de las acciones constitucionales un fértil escenario para su articulación y robustecimiento. En efecto, la configuración de los pueblos indígenas como litigantes estratégicos ha redundado en su posicionamiento como sujetos políticos en la medida de una mayor visibilidad nacional e internacional de sus causas.

Junto a ello, también como resultado de este activo papel judicial, ha sido posible de otro lado la incorporación por vía jurisprudencial de estándares constitucionales e internacionales relativos a los derechos territoriales indígenas dentro de las funciones administrativa y legislativa del Estado. De esta manera, la escasa efectividad que han tenido tales derechos en estos dos ámbitos del Estado, canalizadores de su garantía en la práctica, ha debido ser suplida por desarrollos jurisprudenciales en las distintas dimensiones de los derechos territoriales, relativos a la propiedad, la autonomía, la participación, la protección y aprovechamiento del ambiente, así como en cuanto víctimas del desplazamiento forzado.

LA EXISTENCIA DE UNA *BRECHA DE IMPLEMENTACIÓN* DE LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN COLOMBIA.

Una apreciación que permite la exposición de las disputas en torno al reconocimiento y la eficacia de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios en el marco de las normas, las políticas y los jueces, consiste en afirmar como evidente, el hecho de que la aprobación de la Constitución Política de 1991 es el acontecimiento normativo más representativo dentro del capítulo nacional de la irrupción política vivida por los pueblos indígenas durante los años finales del siglo XX; tanto en el ámbito del derecho internacional, como en el de varias de las legislaciones latinoamericanas²⁸⁷. Ello fue, cómo se vio, un hecho coyuntural en las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado colombiano pues, a la luz de la inclusión de los primeros en este nuevo pacto democrático, fue reconocido, cuando menos formalmente, el derecho a su existencia como pueblos culturalmente diferenciados. Así, por lo menos en las normas, de los discursos tutelares e integracionistas, se había pasado al multiculturalista.

A partir de la aprobación de este nuevo ordenamiento constitucional que se articula con los instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas y ambiente aprobados en los mismos años; al tiempo que se abrió para los pueblos indígenas la posibilidad de tener una mayor visibilidad política y presencia institucional en varios ámbitos del Estado, supuso, y esta podría ser una segunda apreciación, una transformación en la naturaleza y contenido de los conflictos territoriales entre estos pueblos, el Estado y la sociedad mayoritaria. Así, junto a las aún irresueltas exigencias de titulación, ampliación y saneamiento de tierras de resguardo, se abrieron paso nuevas demandas enfocadas en la autonomía y la descentralización, en la participación en las decisiones que afecten sus territorios, así como en la protección del ambiente y los recursos naturales; todas ellas respaldadas en derechos y principios constitucionalmente reconocidos.

²⁸⁷ “En América Latina, donde durante mucho tiempo no se reconoció a los pueblos indígenas como segmentos diferenciados de la población, en los decenios de 1980 y 1990 se produjeron numerosas reformas constitucionales y se dictaron legislaciones especiales en relación con los derechos de los indígenas, en particular en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay y Venezuela” (Stavenhagen, 2007: 22).

Esta transformación en las demandas indígenas territoriales y en los conflictos que suscitan su atención por parte del Estado se refleja también en las nuevas instancias institucionales y orbitas normativas en las que, con posterioridad a 1991, se ha jugado la materialización de tales derechos. Así, el análisis realizado permite ver cómo la satisfacción de los derechos territoriales indígenas se ha visto muchas veces obstaculizada por cuenta, no solo de un inadecuado o inexistente desarrollo legislativo y reglamentario en cada una de las materias que lo componen, sino también, y esto quiere destacarse, a causa de su reiterativo desconocimiento por la acción y omisión de las diferentes autoridades administrativas, cuyo rol, cómo se ha visto, es prevalente en cada una de las cuatro dimensiones de los derecho territoriales indígenas analizadas a lo largo de este trabajo.

De esta manera, de las pugnas por los reconocimientos políticos y constitucionales de los derechos territoriales de los pueblos indígenas se pasó en el año 1991 a otras centradas en dar a estos plena eficacia. Los obstáculos legislativos y administrativos señalados, junto con los derivados de la existencia de un conflicto armado interno, han terminado por contraponer el *deber ser* de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y su efectiva materialización. Se trata de la misma problemática, que en su momento señalamos, advirtiera el historiador del derecho José María Ots Capdequí (1959), a propósito de la situación de las tierras indígenas durante el período colonial, y quien la describiera como una “dramática divergencia” entre la legislación indiana que reconocía derechos territoriales a estos pueblos y la realidad económica y social que entonces se vivía.

Esta contraposición entre normas y hechos, que ha sido denunciada en Colombia por diferentes líderes indígenas en varios momentos posteriores a la aprobación de la Constitución Política de 1991, respecto de las distintas temáticas estudiadas; ha sido puesta de presente y estudiada como un fenómeno característico de la situación que entrado el siglo XXI afrontan los pueblos indígenas en varios Estados en el mundo. Se trata, para Victor Toledo (2005: 73), de la culminación de un período de reconocimientos atribuible entre otras causas, a las “insuficiencias, inadecuaciones, ineficiencias y escasa ejecutividad de los estatutos indígenas”, resultado en gran medida de su forzosa armonización con

normas internacionales sobre libre comercio y medio ambiente; así como de la emergencia y consolidación en el Estado de nuevos discursos “políticamente correctos de multiculturalismo neoliberal”.

Una lectura autorizada sobre esta situación fue expuesta por el ex Relator Especial Sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas Rodolfo Stavenhagen, en el marco su presentación ante el Consejo de Derechos Humanos²⁸⁸ en el año 2006, de un informe dedicado al análisis y conceptualización de lo que allí denomina una *brecha de implementación* de los derechos indígenas²⁸⁹; término cuyo objeto es la descripción sobre la nueva realidad que afrontan estos pueblos en varios Estados en el mundo. Pues bien, con el objeto de articular este concepto al análisis que aquí hemos realizado acerca de las disputas territoriales indígenas expresadas en las funciones legislativa, administrativa y judicial del Estado tras la aprobación de la Constitución Política de 1991, haremos referencia a continuación algunos de los aspectos señalados por el Relator de la ONU.

Dicho informe (E/CN.4/2006/78) está centrado en el análisis de los avances y obstáculos en la implementación de los derechos indígenas reconocidos en la legislación interna de los Estados y la realidad que afrontan estos pueblos. El análisis que contiene abarca la identificación de obstáculos de carácter político, normativo e institucional, cuyo grado de articulación responde a la realidad interna de cada Estado. No siendo el objeto el de una exposición detallada de su contenido, nos limitaremos a mencionar ciertos aspectos allí señalados que permiten caracterizar la configuración de estos obstáculos en Colombia, haciendo para ello un énfasis en los dos últimos tipos de obstáculos.

Un obstáculo político señalado está referido a las condiciones en las que los pueblos indígenas de varios Estados han debido ejercer su derecho a la participación en el marco de

²⁸⁸ Hasta antes de la creación del Consejo de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 60/251 del año 2006, el Relator presentaba informes anuales la entonces Comisión de Derechos Humanos.

²⁸⁹ Estos informes responden al cumplimiento de la función del Relator, consistente en examinar “las formas de superar los obstáculos existentes para la plena y eficaz protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, de conformidad con su mandato, e individualizar, intercambiar y promover prácticas óptimas” (Resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas).

la actividad legislativa. Las dinámicas políticas propias de estos escenarios, regidas normalmente por la negociación y las alianzas temáticas y partidistas, se advierte allí, han terminado en muchos casos por impedir la visibilidad de las agendas indígenas. En Colombia esta situación es descrita por Moreno (2007: 48), como uno de los rasgos característicos de la presencia indígena en el congreso durante gran parte de los años noventa, cuando “factores como el desconocimiento de la mecánica política de los órganos de representación y la debilidad en las estrategias de alianza con otros sectores impidieron que iniciativas importantes para los pueblos indígenas llegaran a buen término”.

Por su parte, en materia normativa el informe pone de presente los obstáculos derivados, por un lado, de la inconsistencia entre disposiciones vigentes que reconocen derechos indígenas y aquellas que regulan materias sectoriales, enunciando como ejemplo para ello los casos de minería y recursos naturales. Esta situación ha sido una constante en materia de derechos territoriales en Colombia, pues como se vio, la Ley 21 de 1991 que incorpora al ordenamiento jurídico las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, ha sido en la práctica desconocida por leyes como el Código Minero que omiten el concepto de territorio, que bien limitan la autonomía administrativa en los resguardos o que simplemente desconocen el derecho a la consulta previa en las decisiones que puedan afectar sus territorios.

De otro lado, se señala el problema de la expedición de normas que limitan derechos ya reconocidos en disposiciones legales o reglamentarias, pues tal como allí se advierte, “en ocasiones, las nuevas leyes sobre temas indígenas tienen el efecto de limitar los reclamos indígenas en vez de promover sus derechos”. Esta, como se vio, ha sido una práctica reiterada en Colombia, evidente, por un lado, en las modificaciones normativas que han sido propuestas o implementadas en materia agraria y ambiental, así como en materia de ordenamiento territorial en donde dichas modificaciones han tenido una marcada tendencia centralista que resta autonomía a los pueblos indígenas en la administración de sus territorios.

Ahora bien, dos aspectos que quieren ser destacados están referidos a los obstáculos y las oportunidades que derivan de la intervención institucional para la implementación de los

derechos indígenas en sede administrativa y judicial respectivamente. De esta manera, del análisis realizado en el informe se desprenden, por un lado, la identificación de falencias en la intervención de la administración pública, las cuales constituyen a juicio del relator, uno de los obstáculos principales para la efectiva implementación de los derechos indígenas, mientras que de otro lado, se resalta allí el valor que en miras a dicha implementación ha tenido la actividad judicial por parte de tribunales nacionales como la Corte Constitucional colombiana y regionales, como la Corte IDH.

Así, en relación con las falencias de la administración pública, se advierte que éstas se circunscriben, tanto a su funcionamiento estructural como a sus lógicas rígidas de interpretación jurídica. En la administración, señala el informe, “imperan con frecuencia la inercia burocrática, la rigidez de la práctica reglamentaria, la ausencia de flexibilidad y creatividad, el autoritarismo vertical en la toma de decisiones y la falta de participación de la población”. Así mismo, a ello se suma un problema de eficacia de las normas que reconocen derechos indígenas, cuando quiera que éstas no son “suficientemente bien interpretadas por distintas instancias del Estado o cuando los principios constitucionales de protección de los derechos humanos van siendo progresivamente diluidos a través de las normas legales subsidiarias”.

Los obstáculos administrativos a la implementación de los derechos territoriales indígenas son identificados de esta manera por el relator, como un aspecto clave en la configuración de la brecha de implementación. En sus conclusiones señala sobre este punto lo siguiente:

Una de las manifestaciones más claras de la “brecha de la implementación” es la Administración pública. Salvo excepciones, por lo general el aparato burocrático del Estado reacciona lentamente ante la nueva legislación a favor de los derechos indígenas; no está funcionalmente adaptado para asumir los nuevos retos; vive una cultura administrativa que le hace difícil acoger y asumir la multiculturalidad y el derecho a la diferencia; expresa una herencia asimilacionista que rechaza el reconocimiento de los pueblos indígenas; y en su seno se manifiestan frecuentemente actitudes discriminatorias, cuando no racistas, hacia lo indígena.

Esto nos lleva a un segundo aspecto: el papel de los jueces en la implementación de los derechos indígenas. El informe pone de presente los avances producidos en cuanto a la aplicación e interpretación de los mismos por parte de los tribunales de Estados como Venezuela, Canadá y Colombia. Así mismo, este déficit legislativo y administrativo ha derivado en un creciente protagonismo de los órganos de los sistemas de protección internacional, como es el caso de la Corte IDH, a la cual los pueblos indígenas de varios Estados latinoamericanos han acudido en años recientes. Al respecto el informe señala que “el sistema regional interamericano de derechos humanos ha incursionado de manera progresiva en el campo de los derechos indígenas en años recientes y con sus resoluciones y sentencias ha desarrollado una importante jurisprudencia orientada a proteger estos derechos al amparo de la legislación internacional en la materia”.

Esta *judicialización* del reconocimiento y la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas que advierte el informe como una consecuencia de su desconocimiento legislativo y ejecutivo, ha sido en Colombia uno de los rasgos de las disputas en materia de propiedad, participación, autonomía y medio ambiente en el marco de las cuales son vulnerados estos derechos. El análisis de cada una de estas temáticas deja ver cómo tales derechos son en gran medida desconocidos por la acción y omisión de los órganos legislativos y administrativos del Estado, ámbitos en donde la fuerza normativa de estos derechos es débil; situación que ha terminado por desplazar la exigencia y dinamización de los mismos a la jurisprudencia producida por jueces nacionales, regionales e internacionales.

CONCLUSIONES

Puede afirmarse sin vacilar que los pueblos indígenas ostentan en la actualidad a nivel mundial, regional y nacional una gran visibilidad como sujetos políticos. Este posicionamiento se expresa en el caso de los dos primeros ámbitos, entre otros, en la adopción de instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU de 2007, así como en la existencia de un relator temático en el seno de la ONU y la consolidación de una robusta jurisprudencia a instancias de la Corte IDH. En Colombia, por su parte, con la aprobación de la Constitución Política de 1991 se produjo un reconocimiento de la diversidad cultural de la Nación, lo cual, de la mano de otras importantes transformaciones como la descentralización o la adopción de todo un marco constitucional ambiental, harían de ella un acontecimiento político y jurídico, que resultó coyuntural en las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas.

En contraste con la importancia que para el ejercicio de los derechos de estas poblaciones supone tal posicionamiento político y jurídico, los pueblos indígenas en nuestro país se han visto abocados a unas permanentes pugnas en torno al reconocimiento e implementación de sus derechos territoriales por parte del Estado. Si bien es cierto que de manera general el de la tierra ha sido un problema transversal a la historia de los conflictos sociales en el país, en el caso de los pueblos indígenas, es la existencia de todo un marco jurídico internacional y nacional que reconoce sus derechos, lo que invitó a preguntarnos por las dinámicas que subyacen a su desconocimiento en nuestro medio.

En primer lugar, debe señalarse que estas dinámicas tienen unos antecedentes históricos cuya revisión permitió su mayor comprensión, pues tal como se vio, el problema de la tierra ha sido siempre transversal a las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado colombiano. Así, una mirada a lo que fueron esas disputas, primero durante el periodo colonial y luego en el republicano previo a la aprobación de la Constitución Política de 1991, permitió ver cómo las mismas estuvieron centradas, en el primer caso, en la “divergencia” entre los reconocimientos normativos que hizo la Corona española de las tierras comunales de resguardo y una realidad social y económica que los hacía ineficaces.

En adición a ello, fue también ese el período histórico en el cual comienzan a ser sometidos a un complejo de normas, autoridades y mecanismos de control, los conflictos surgidos por la defensa que estos pueblos debieron hacer de sus tierras ante los abusos de distinta índole al que se vieron expuestos.

Por su parte, durante la República fue posible observar cómo las disputas por los derechos territoriales indígenas estuvieron ligadas a la inexistencia de una línea clara y continua en las políticas estatales que orientaron su manejo. En efecto, durante estos años fueron expedidas diversas Leyes y Decretos que, a la luz de una doctrina asimilacionista buscaron unas veces la división de las tierras comunales de resguardo y otras su preservación. Estos años coinciden también, sin embargo, con la irrupción política de los movimientos sociales indígenas al cual devino un cierto posicionamiento normativo e institucional en los planos nacional, regional e internacional que a la larga tendrían un impacto, entre otros aspectos, en los discursos de reivindicación de sus derechos territoriales.

Ahora bien, como ya se mencionó, un hecho coyuntural en las relaciones entre el Estado y las poblaciones étnicamente diferenciadas en Colombia fue la aprobación de un nuevo texto constitucional en el año 1991. Si bien la revisión histórica realizada llama a no reducir a este acontecimiento político y normativo todo un proceso histórico de disputas por el reconocimiento de los derechos indígenas sobre sus tierras, lo cierto es que en este contexto se abrieron paso en el país nuevos discursos y escenarios que complejizaron la reivindicación de los mismos. Así, fue en estos años que tales disputas, hasta entonces centradas principalmente en el acceso a la propiedad de las tierras colectivas de resguardo, sufrieron una suerte de diversificación, tanto respecto de los ámbitos como de las instancias en donde en adelante se desarrollarían.

Así, aprobada la Carta Política de 1991, las expectativas de los pueblos indígenas se volcaron tanto a los desarrollos legales y reglamentarios de sus derechos, como a la actividad de los escenarios administrativos del Estado en donde los mismos habrían de aplicarse. Al respecto se pudo establecer cómo la existencia en Colombia de unos avances

normativos de carácter constitucional, legal y reglamentario producidos en relación con cuatro aspectos que se presentaron como integrales al estudio de los derechos territoriales indígenas: la propiedad sobre la tierra y sus recursos, la autonomía en el ordenamiento territorial del Estado, la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afecten y el establecimiento de un marco normativo ambiental; contrastan con la de unas limitaciones para el ejercicio de estos derechos, manifestadas tanto en el plano normativo como administrativo de cada uno de estos cuatro aspectos, y que se expresan, bien a través de la expedición de normas regresivas, bien a través de la omisión del Estado en expedir las necesarias para el ejercicio de estos derechos o implementar administrativamente las existentes.

La mirada a estos cuatro aspectos permitió de esta manera evidenciar cómo, a partir de 1991, las disputas por el reconocimiento y la eficacia de los derechos territoriales indígenas, si bien siguieron incluyendo las propias de la legalización de sus tierras en el marco de los procedimientos administrativos de titulación, ampliación y saneamiento, también pasaron a desarrollarse en otros escenarios igualmente administrativos y como expresión del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se tomen decisiones que afecten sus territorios, así como de su derecho a la autonomía en el marco de su inserción como actores diferenciados en las pugnas normativas y políticas en torno al ordenamiento territorial del Estado o la extracción de los recursos naturales.

Ahora, articuladas a las disputas por el reconocimiento y la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el plano normativo, las políticas públicas se constituyen en un escenario imprescindible para comprender los fundamentos a partir de los cuales los gobiernos conciben los mecanismos para la satisfacción de estos derechos y la proyección de un modelo de desarrollo y del Estado. De esta manera, el análisis de la naturaleza de estas disputas en el marco de las políticas públicas, requirió partir por reconocer dos aspectos: 1. entender que la incursión de estos instrumentos de acción estatal en nuestro medio se produjo de manera contemporánea a una serie de reformas económicas, cuya finalidad ha sido la de promover y facilitar la inserción del país en un determinado modelo de desarrollo, por un lado, y 2. la necesidad de articular el estudio de las políticas

estatales sobre derechos territoriales indígenas, con el de aquellas económicas, territoriales y administrativas que por su naturaleza tienen incidencia sobre los territorios de estos pueblos.

Partiendo de allí, tras el estudio realizado se pudieron establecer dos aspectos que caracterizan las tensiones existentes en el marco de la implementación de los derechos territoriales indígenas, como objeto de las políticas, planes, programas y proyectos formulados en los PND y los documentos Conpes a partir del año 1991. Por un lado, la consolidación a través de varios de estos documentos de política de un modelo de desarrollo en virtud del cual el territorio nacional es revalorizado en cuanto dispuesto a la extracción de recursos naturales, su transporte y comercialización. Así mismo, el otro aspecto es el de la funcionalidad que a esta *revalorización del territorio* ofrece una administración y un derecho administrativo que informado por principios como la descentralización, la participación, la diversidad cultural, pero también la celeridad y la eficacia, han incorporado las disputas territoriales con los pueblos indígenas al marco de una concreta y particular forma de *administración del territorio*.

En suma, esta mirada a las políticas públicas permite concluir que la superación de un déficit de implementación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas no puede entenderse exclusivamente circunscrita a la formulación de políticas diferenciales y concertadas o consultadas, ni al establecimiento de partidas presupuestales fijas que se esfuerzan en incorporar los territorios indígenas a la estructura administrativa del Estado. Contrario a ello, un presupuesto necesario para hacer de estos instrumentos de planificación, herramientas idóneas al reconocimiento y pleno ejercicio de los derechos territoriales indígenas, supone atribuir al principio de la diversidad étnica y cultural un carácter transversal en el marco de la concepción de los PND y los Documentos Conpes, pues lo contrario se ha demostrado, termina por reducir los avances jurídicos a meras conquistas simbólicas y discursivas.

Ahora bien, como expresión de las disputas por la eficacia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, la exigibilidad de los mismos ha sufrido un acelerado proceso de

judicialización. Tal como se pudo establecer, en Colombia ello se ha producido en el marco del protagonismo que tras la aprobación de la Constitución Política de 1991 adquirió el poder judicial en cuanto dinamizador de los derechos humanos. Puede afirmarse que desde entonces, los jueces han desempeñado un papel clave en la definición de los contenidos y alcances de los derechos étnico-territoriales, hasta el punto que muchos de los avances relativos al reconocimiento y la implementación de los derechos de propiedad, autonomía y participación, se han producido gracias a su justiciabilidad. Adicional a ello, varias de estas “conquistas” judiciales han respondido a estrategias de litigio adelantadas por las organizaciones indígenas y que combinan el ejercicio de acciones constitucionales con movilizaciones públicas, cabildeo y la conformación de redes junto a diferentes actores políticos, académicos y no gubernamentales.

La mirada de algunos de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional relativos a los cuatro aspectos que señalamos fueron adoptados en este trabajo como integrales al estudio de los derechos territoriales indígenas, permitió advertir de qué manera los jueces han terminado unas veces por suplir, otras por adecuar y otras simplemente por enriquecer en sus lenguajes a las funciones legislativa y administrativa del Estado. Ello demuestra de paso las deficiencias en la satisfacción de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios en el marco de estos dos escenarios de actividad estatal, escenarios que por su naturaleza han de ser canalizadores de su garantía en la práctica.

Pues bien, este estudio acerca las disputas por el reconocimiento y la eficacia de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios en el marco de las funciones legislativa, administrativa y judicial, contribuye a la caracterización de lo que ha sido la versión en Colombia de un problema identificado desde la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como la *brecha de implementación*; concepto que busca retratar un déficit de eficacia de estos derechos en varios Estados en el mundo. De esta manera, los avances y límites que describen las disputas normativas tras la aprobación de la Carta Política de 1991, las tensiones que subyacen a la implementación de estos derechos en el marco de los PND y los documentos Conpes, así como el proceso de judicialización

de su ejercicio; son manifestación de aquellos obstáculos políticos, normativos e institucionales que señaló la mencionada Relatoría, caracterizan una *brecha de implementación*.

Nuestro aporte a la caracterización de la brecha entre el reconocimiento y la implementación de los derechos territoriales indígenas en Colombia consiste en proponer el entendimiento de este fenómeno a partir de miradas integrales. Este trabajo muestra cómo no es posible reducir a un único escenario decisorio del Estado el análisis de esta implementación, razón por la cual, comprender y evaluar la prevalente función administrativa en el marco de este objeto, exige su análisis en el marco de la producción normativa y la formulación de políticas que la enmarcan, así como del control judicial que la condiciona. Lo anterior abre la posibilidad a nuevas perspectivas de análisis de los problemas de eficacia de estos derechos, pues con ello se invita a reflexionar acerca de los límites que a ello imponen las miradas aisladas y reducidas a determinados procedimientos decisorios o mecanismos participativos.

REFERENCIAS

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados – ACNUR (2012). *Situación Colombia. Pueblos indígenas*. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2012/Situacion_Colombia_-_Pueblos_indigenas_2012
- Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta.
- Arango, R. & Sánchez, E. (2004). *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Población, cultura y territorio: bases para el fortalecimiento social y económico de los pueblos indígenas*. Departamento Nacional de Planeación – DNP. (2004). Recuperado de <http://www.dnp.gov.co/Programas/DesarrolloTerritorial/OrdenamientoyDesarrolloTerritorial/Grupos%C3%89tnicos.aspx>
- Arias J. (2002). Desde el corazón del mundo. Una visión propia sobre el poder, la autoridad, la espiritualidad y el desarrollo. En Restrepo R. (Comp.) *Sabiduría, poder y comprensión. América se repiensa desde sus orígenes*, (pp. 12-24). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Ariza R. (2013). *Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad del Rosario y Fundación Konrad Adenauer.
- Avirama, (2011, 24 de marzo). El Quintín Lame y la Asamblea Nacional Constituyente. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-quintin-lame-asamblea-nacional-constituyente/237309-3>
- Arango, R. & Sánchez, E. (1998). *Los pueblos indígenas de Colombia 1997. Desarrollo y territorio*. Colombia: TM editores en coedición con el Departamento Nacional de Planeación.

- Bastidas E. (2006). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En Juan H. y William V. (Eds.), *Etnias y Política* (pp.158-161). Bogotá: CECOIN.
- Bastidas E. (2007). *Conformación y delimitación de territorios indígenas como entidades territoriales: La historia de nunca acabar*. Bogotá: Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos.
- Bengoa, J. (2000). *La Emergencia Indígena en América Latina*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Berraondo, M. (2013). *Territorios indígenas: entre los reconocimientos de un papel y la garantía de un derecho*. IPES, CEJIS & ALMACIJA.
- Burgos, F. (2009). *Diagnóstico del impacto del conflicto armado sobre el territorio de los grupos étnicos*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Bushnell, D. (2007). *Colombia una Nación a pesar de sí misma. Nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy*. Bogotá: Planeta.
- Cabrera, G. (1944). *El problema indígena del Cauca, un problema nacional*. Bogotá: Ediciones de divulgación indigenista.
- Casilda, R. (2004, abril-mayo). *América Latina y el consenso de Washington* (Boletín económico de ICE No. 2803). Disponible en http://biblioteca.hegoa.ehu.es/system/ebooks/14120/original/America_Latina_y_el_consenso_de_Washington.pdf
- Centro de Estudios Jurídicos y Ambientales – CEJA (2004). “El principio de precaución en el derecho internacional ambiental” *Derecho Ambiental y Ecología*, México, año 1,

núm. 2, agosto-septiembre de 2004. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2641/7.pdf>

CELS (2008). *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI editores Argentina S.A.

Chaparro, A. (2009). El discurso sobre el conflicto armado. En Chaparro, A. & Galindo, C. (Eds.) *Génesis y transformaciones del Estado Nación en Colombia. Una mirada topológica a los estudios sociales desde la filosofía política*, (pp.117-137). Bogotá: Universidad del Rosario.

Chaves Mendoza, A., Morales Gómez, J. & Calle Restrepo, H. *Los indios de Colombia*. Cayambe: MAPFRE S.A.

Clavero, B. (2011). Derechos de los Pueblos Indígenas: Ejercicio y aplicación, avances y retrocesos (especialmente sobre los del derecho de consulta y consentimiento. En *IV encuentro latinoamericano de gobiernos locales para vivir bien en territorios indígenas, campesinos y comunidades interculturales*. La paz. Recuperado de <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/08/cCONSULTYA-Y-CONSENTIMIENTO-AVANCES-YRETROCESOS.pdf>

Clavijo, S.; Vera, A. & Vera N. (2013). *La inversión en infraestructura en Colombia 2012-2020. Efectos fiscales y requerimientos financieros*. Disponible en <http://anif.co/sites/default/files/uploads/Inversion%20en%20infraestructura.pdf>

Coral A., Londoño B., & Muñoz L. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, núm. 121, julio-diciembre, 2010 (pp. 49-75). Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82518988003>

Comisión Colombiana de Juristas (2010). *Directiva Presidencial del Gobierno Nacional pretende regular el ejercicio del derecho fundamental a la Consulta Previa violando*

las obligaciones derivadas del Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia.
Disponible en
http://www.coljuristas.org/documentos/boletines/bol_n4_consulta_previa.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos.* Doc. 56/09.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2012). *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: superar la Exclusión Social de la Población Desplazada II.* Bogotá: Corcas Editores.

Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular (2014). *Ponencia de la cumbre agraria al Foro Nacional de Víctimas*, Cali 3, 4 y 5 de agosto. Disponible en
http://www.comosoc.org/IMG/pdf/ponencia_cumbre_agraria_al_foro_de_victimas.pdf

Cxhab Wala Kiwe – ACIN y el CRIC (2012, 14 de julio). Colombia: Documento a Santos y ministros. Disponible en <http://www.nasaacin.org/documentos-nasaacin-82/4326-colombia-documento-a-santos-y-ministros>

De las Casas, B. (1986). *Historia de las Indias*. (vol.3). Caracas: Edición André Saint-Lu.

De Solano, F. (1990). *Ciudades hispanoamericanas y pueblos de indios*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Departamento Nacional de Planeación – DNP. (2010). *Aspectos básicos. Grupo étnico indígenas.* Recuperado de
<https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=CpCS1dVTQf4%3D&tabid=273>

Departamento Nacional de Planeación – DNP. (2012). *Guía para la incorporación de la variable étnica y el enfoque diferencial en la formulación e implementación de*

planes y políticas a nivel nacional y territorial. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=d69DIYUqNhw%3D&tabid=273>

Díaz, C. (1992). La formación y el concepto del derecho indiano. En MAPFRE (Ed.), *Historia del derecho indiano* (pp. 36-87). Madrid: MAPFRE.

Dougnac, A. (1994). *Manual de historia del derecho indiano*. México: Universidad Autónoma de México.

Espinosa, M. (1996). *Surgimiento y andar territorial del Quintín Lame*. Quito: Abya-Yala.

Espinosa, M. (2007). Manuel Quintín Lame (1883-1967). En Castro, G., Flores, M., Hoyos, V. & Millan de V. (Eds.), *Pensamiento colombiano del siglo XX* (vol. 1) (pp. 405-434). Bogotá: Instituto Pensar y Pontificia Universidad Javeriana.

Esteban, R. (2008, junio). Los territorios indígenas traslapados con áreas del sistema de parques nacionales naturales en la Amazonía colombiana: situación actual y perspectivas. *Etnias & Política* (No.7) (pp.138-151). Recuperado de <http://www.observatorioetnicocecoin.org.co/descarga/etnias3.pdf>

Estrada, A.J. (2003). *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la constitución colombiana de 1991*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fajardo, L., Gamboa, J. & Villanueva, O. (1999). *Manuel Quintín Lame y los guerreros de Juan Tama (Multiculturalismo, magia y resistencia)*. Bogotá: Ediciones Colectivo Alas de Xue (Colombia) El Lokal Autogestionari de Quart de Poblet Nossa y Jara Editores.

Fedesarrollo (2012). *Impacto socioeconómico de la minería en Colombia. Informe para el sector de minería a gran escala*. Recuperado de <http://www.fedesarrollo.org.co/wp->

content/uploads/2011/08/Impacto-socioecon%C3%B3mico-de-la-miner%C3%ADa-en-Colombia-Informe_Impacto_de_la_miner%C3%ADa_Final-26-abril.pdf

Fontaine, G. (2007). *El Precio del Petroleo. Conflictos Socio-Ambientales y Gobernabilidad en la Región Amazónica*. Ecuador: FLACSO, IFEA, ABYA YALA.

Forero, F. (2008, 21 de noviembre). Fiesta en llegada de minga a la Nacional. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3199441>

Friede, J. (1972). *El indio en lucha por la tierra. Historia de los resguardos del Macizo central colombiano*. Bogotá: Editorial La Chispa.

García, A. (1952). *Legislación Indigenista de Colombia*. México D.F.: Instituto Indigenista Interamericano.

Gómez, A. (1973). Introducción. En *Relecciones del estado, de los indios y del derecho de la guerra* de Francisco de Vitoria (pp. IX-XC). San Ángel: Editorial Porrúa, S.A.

González, J. A. (2000). *El Reconocimiento del Derecho Indígena en el Convenio 169 de la OIT*. (pp.81-97). Recuperado de http://www.ops.org.bo/multimedia/cd/2010/sri-2010-4/files/docs/7_otros/101.%20El%20reconocimiento%20al%20derecho%20ind%C3%ACgena%20en%20el%20169.pdf

González, J. E. (2006). *Derecho Ambiental Colombiano*. (Tomo I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

González, M. (1992). *El resguardo en el Nuevo Reino de Granada*. Bogotá: El Áncora editores.

González, M. (2000). Las políticas públicas. Carácter y condiciones vinculantes. En *Polis. Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*. (Nº 20001) Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/polis/cont/20001/pr/pr3.Pdf>

Grupo Semillas (2009). Estatuto Rural, inconstitucional. Cayó la Ley de contra-reforma agraria. La consulta previa a pueblos indígenas y afrocolombianos, punto de caída de las normas inconstitucionales. *Semillas*. Recuperado de <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=e1b-20156532-20156532&x=20156574>

Gudynas E. (2011). Buen vivir: Germinando alternativas al desarrollo. *América latina en movimiento*. Núm. 462, (pp. 1-19). Recuperado de <http://www.ambiental.net/publicaciones/GudynasBuenVivirGerminandoALAI11.pdf>

Guerrero, O. (1995). El análisis de implementación de políticas públicas. En Salazar Vargas (Ed.) *Las Políticas Públicas*. (pp.460-474). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Hernández, R. (1992). Francisco de Vitoria. En Robles, L. (Ed.), *Filosofía iberoamericana en la época del Encuentro* (pp. 223-241). Madrid: Trotta.

Hernández A. (2000). Fundamentos constitucionales del ordenamiento territorial colombiano. Reflexiones sobre el proceso de descentralización. En *Régimen de las Entidades Territoriales* (Tomo I) (pp. 15-84). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Houghton, J. (2007). Estado del derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas en Colombia. En Rey, E. (Ed.), *Indígenas sin derechos. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas* (pp. 171-233). Bogotá: CECOIN y OIA.

- Houghton, J. (2008). Desterritorialización y pueblos indígenas. En Houghton, J. (Ed), *La tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia* (pp. 15-55). Bogotá: CECOIN.
- Ibáñez, J. (2004). ¿Se debe estatizar el Estado? En Molina C. (Ed.) *El Estado: Reflexiones acerca de sus retos en el siglo XXI*, (pp. 24-46). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ibarra, f. (2005). *Minorías etnoculturales y estado nacional*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kempf, I. (2009). Cuando la fuerza irresistible mueve al objeto inamovible: aspectos controvertidos en la negociación de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. En Álvarez N.; Oliva, J. D & García-Falces N. (Eds.), *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. (pp. 51-64). Madrid: Catarata.
- Konetzke, R. (1974). *Historia universal siglo XXI. América latina. II La época colonial*. Madrid: Siglo XXI.
- Leary, V. A. (1999). *La utilización del Convenio 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas. Colección Pueblos Indígenas y Derechos Humanos 1*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Londoño, B. (2002, febrero). La Constitución de 1991 y los indígenas. Nuevos espacios de participación política. *Credencial Historia*. Recuperado de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/febrero2002/laconstitucion>
- Londoño, B. (2004). Derechos colectivos. Una lectura desde nuestro patrimonio cultural intangible. En Molina, C. *El Estado: Reflexiones acerca de sus retos en el siglo XXI* (pp. 230-264). Bogotá: Universidad del Rosario.

- López, D. (1999). El valor del precedente constitucional. En Universidad de los Andes (Ed.) *Derecho Constitucional, perspectivas críticas* (pp. 123-146). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Lucena, M. (1982). *Historia general de España y América: hasta fines del siglo XVI. El descubrimiento y la fundación de los reinos ultramarinos*. Madrid: RIALP S.A.
- Machado, A. (2009). *Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia. De la colonia a la creación del frente nacional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Malagón J. & Ots Capdequí. J. M. (1965). *Solorzano y la política indiana*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Malagón, M. (2007). *Vivir en policía: Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado.
- Martini, M. & Mayorga, F. (2004). Los Derechos de los Pueblos Originarios sobre sus Tierras de Comunidad. Del Nuevo Reino de Granada a La República de Colombia. En Losano, M. (ed.) *UN GIUDICE E DUE LEGGI. Pluralismo Normativo e Conflitti Agrari in Sud America*. (pp.35-73). Giuffrè editore.
- Mayorga F. (2003). *Estudios de derecho indiano*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Méndez, M. & Martín D. (marzo-julio, 2006). Introducción al proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En *Revista de Antropología Iberoamericana*, 1 (002) (pp. 331-361).

- Mendoza, D. (1898). Ensayo sobre la evolución de la propiedad en Colombia. En Cataño, G. (Ed.), *Evolución de la sociedad colombiana. Ensayos escogidos* (pp 83-147). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ministerio del Interior y de Justicia (2011). *Ley orgánica de ordenamiento territorial. Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.
- Mondragón H. (2006, octubre). El Incoder: reforma agraria a la inversa. *Etnias & Política* (No. 3) pp. 50-59. Disponible en <http://www.observatorioetnicocecoin.org.co/descarga/etnias3.pdf>
- Muñoz Cabrera, R. (2001). La función social y ecológica de la propiedad. En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. (pp. 75-127). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno, M. (2007). La participación política de los pueblos indígenas en Colombia. En *Estudios sobre participación política indígena. Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Panamá, Perú*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Observatorio de Discriminación Racial – ODR, Comisión Colombiana de Juristas - CCJ & Organización Nacional Indígena – ONIC (2009). Bogotá: Universidad de los Andes. Recuperado de http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/ngos/observatorio_report_Colombia_CERD75.pdf
- Observatorio Indígena de Seguimiento a Políticas Públicas y Derechos Étnicos. (2008). La nueva conquista: minería en territorios indígenas. En Houghton, J. (2008) (Ed) *La tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: CECOIN.

Organización Internacional del Trabajo OIT (2009). *Informe de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y recomendaciones (CEACR)*, Doc.GB.282/14/3.

Organización de las Naciones Unidas – ONU (2006). *Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*, Doc. E/CN.4/2006/78 (16 de febrero de 2006).

Organización de las Naciones Unidas – ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, Doc. A/HRC/12/34.

Organización de las Naciones Unidas – ONU (2009). *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (PFII/2009/EGM1/4) (14-16 de Enero de 2009).

Organización de las Naciones Unidas – ONU (1985). *Resolución 1985/22: Grupo de trabajo sobre las poblaciones indígenas*. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1985/22 (29 de agosto de 1985).

Organización de las Naciones Unidas – ONU (1988). *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4

Organización de las Naciones Unidas – ONU (2006). *Resolución 1/2 del Consejo de Derechos Humanos*. (29 de junio de 2006).

Organización de las Naciones Unidas – ONU (2007). *Los derechos humanos de los pueblos indígenas: Mandato del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos*

y las libertades fundamentales de los indígenas. Resolución 6/12 (28 de septiembre de 2007).

Organización de las Naciones Unidas – ONU (2007). *Resolución 61/295 Aprobada por la Asamblea General*. Doc. A/RES/61/295 (10 de diciembre de 2007).

Organización de las Naciones Unidas – ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Sr. James Amaya. Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo*. Doc. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Recuperado de http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf

Organización Nacional Indígena – ONIC (2005, 29 de septiembre). *Agenda oculta y consejo comunal para pueblos indígenas*. Recuperado de http://www.movimientos.org/es/enlacei/show_text.php3%3Fkey%3D5439

Organización Nacional Indígena – ONIC (2009). *Estado de los derechos humanos y colectivos de los pueblos indígenas de Colombia: Etnocido, limpieza étnica y destierro. Informe al Relator Especial de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado de http://www.humanitarios.org/reh/IMG/pdf_Informe_de_DDHH_Indigenas__ONIC_al_Relator_UNU.pdf

Organización Nacional Indígena – ONIC (2013, julio 10). *Ultimátum de los indígenas al Ministerio del Interior*. Recuperado de <http://cms.onic.org.co/2013/07/ultimatum-de-los-indigenas-al-ministro-del-interior/>

Organización Nacional Indígena – ONIC (2013). *Mandato Político General del VIII Congreso de los Pueblos Indígenas de la ONIC 2012-2016*. Bogotá: ONIC.

Recuperado de <http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/2014/06/Mandato-Pol%C3%ADtico-General-Pueblos-Ind%C3%ADgenas.pdf>

Organización Nacional Indígena – ONIC (2012). Recuperado de http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/2012/03/ONIC-30-A%C3%B1os-Historia-Escenarios-deConcertacion-y-Resistencia_Informe-Especial.pdf

Organización Nacional Indígena – ONIC (2014). *Balance de implementación Decreto Ley 4633 de 2011*. Recuperado de <http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/2014/04/Balance-Decreto-Ley-de-V%C3%ADctimas-a-2014-Decreto-Ley-4633-de-2011.pdf>

Ots Capdequí, J.M. (1958). *Las instituciones del nuevo reino de granada al tiempo de la independencia*. Madrid: Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo e Instituto Colombiano de Cultura Hispánica.

Ots Capdequí, J.M. (1959). *España en América. El régimen de tierras en la época colonial*. México: Fondo de Cultura Económica.

Palacios, M. & Safford, F (2002). *Colombia país fragmentado sociedad dividida. Su historia*. Bogotá: Norma.

Peña A., Cabedo V. & López F (2002). *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina. Análisis constitucional justicia y derecho oaxaqueño (México), justicia y derecho Aymara (Perú)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Peña, O. (2007, marzo). Parques Nacionales y territorios indígenas. Un reto para la autonomía indígena. *Etnias & Política* (No.5) (pp.42-49). Disponible en <http://www.observatorioetnicocecoin.org.co/descarga/etnias5.pdf>

- Pineda, R. (1995). Pueblos indígenas de Colombia: Una aproximación a su historia, economía y sociedad. En Disloque (Eds.), *Tierra profanada. Grandes proyectos en territorios indígenas de Colombia* (pp. 154-175). Bogotá: ONIC, CECOIN y GhK.
- Pretelt, J. I. (2013). Autonomía Territorial. En Mendoza G., Cepeda J. & Estupiñan, L. (Eds.), *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*.(pp.179-251). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD. (2011). *Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011. Colombia Rural. Razones para la Esperanza*. Recuperado de <http://pnudcolombia.org/indh2011/index.php/el-informe/informe-completo/30>
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD. (2012). *Pueblos indígenas y los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Documento de trabajo y análisis*. Bogotá: PNUD.
- Puentes. G. (2009). *La carrera administrativa en el marco de la función pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Quinche, M. (2010). *Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas* (4a Ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Ramírez J. (2000). El ordenamiento territorial y los grupos étnicos en Colombia. En Mesa C., Rojas H. & Rojas M. (Eds). *Herramientas para la participación en gestión ambiental* (pp123-152). Bogotá: Friedrich Ebert de Colombia –Fescol-.
- Ramos, M., (2001). Reforma Agraria: un repaso a la historia. En Uribe A., Ramírez G. & Giraldo E. (Eds.). *Colombia tierra y paz. Experiencias y caminos para la reforma agraria. Alternativas para el siglo XXI 1961-2001*. Colombia: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA.

- Restrepo M. (2007). La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho En Restrepo, M. (Ed. académico) *El Derecho Administrativo en los Albores del Siglo XXI*. (pp. 37-55) Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Restrepo M. (2009). Derecho administrativo contemporáneo ¿Derecho administrativo neopolicial? En Restrepo, M. (Ed. académico) *Retos y Perspectivas del Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Rodríguez, C., Morris, M., Orduz, N. & Buriticá, P. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rodríguez, C. Orduz N., Rubiano S., Boada S. & Arias F. (2010). *Pueblos indígenas y desplazamiento forzado. Evaluación del cumplimiento del gobierno colombiano del Auto 004 de la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rodríguez, A., Pulido C., Prada E. & Rojas, A. (2005, mayo). Resistir para vivir. Una mirada histórica al movimiento indígena del Cauca 1970-2000. *Polémica*, (No. 4). Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública – ESAB.
- Rodríguez, G. A. (2008). La autonomía y los conflictos ambientales en territorios indígenas. En Houghton, J. (Ed), *La tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia* (pp. 57-78). Bogotá: CECOIN.
- Rodríguez, G. A. (2009). El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos en Colombia. En *El otro derecho*, (40), (pp. 55-74). Bogotá: ILSA.
- Rodríguez, G. A. (2011). *Las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia*. Bogotá: Foro Nacional Ambiental.

Rodríguez, G. A. (2012). Presentación. En Rodríguez G.A. & Páez I. (Eds.) *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Rodríguez, G. A. (2013, 20 de abril). La consulta previa en licencias ambientales: ¿Un derecho o un obstáculo? *Razón pública.com*. Recuperado de http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/7073-la-consulta-previa-en-proyectos-ambientales-iun-derecho-o-un-obstaculo.html#_ednref1

Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Cooperación alemana, GIZ & Universidad del Rosario.

Rodríguez, Becerra M. (2013, 05 de enero). Una política ambiental gris. *El Tiempo*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/manuelrodriguezbecerra/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12493910.html

Rodríguez, Becerra M. (2013, 20 de abril). Desconfianza y licencias ambientales. *El Tiempo*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/manuelrodriguezbecerra/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12753003.html

Roldán R., Sánchez E. (2013). La problemática de tierras y territorios indígenas en el desarrollo rural. En *Reflexiones sobre la ruralidad y el territorio en Colombia. Problemáticas y retos actuales*. (pp. 189-273). Bogotá: OXFAM

Roth, A. (2002). *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora

Salazar (2009). *Políticas públicas & think thanks*. Colombia: Fundación Konrad Adenauer.

- Sánchez, I. (1992). Las fuentes del derecho indiano. En MAPFRE (Ed.), *Historia del derecho indiano* (pp. 90-106). Madrid: MAPFRE.
- Sánchez, E. (2010). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Sánchez, F., Díaz A.M. & Formisano M. (2003, 20 de marzo). Conflicto, violencia y actividad criminal en Colombia: Un análisis espacial. *Archivos de Economía*, (Doc. 219). Disponible en https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/DEE/Archivos_Economia/219.PDF
- Sandino, M., C. (2009). *Metodología de la investigación científica: Articulación de los elementos básicos del proceso de investigación*. Medellín: Comlibros.
- Santamaría, A. (2008). *Redes transnacionales y emergencia de la diplomacia indígena: un estudio del caso colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Santos, Boaventura de Sousa (2004). Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas. En Santos, Boaventura & García V. (2004). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (Tomo I). Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes.
- Santos, Boaventura de Sousa (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes & Siglo Veintiuno Editores.
- Sen, A. (2011). *Desarrollo y libertad*. Bogotá: Planeta

Sepúlveda, J. G. (1996). *Tratado de las Justas causas de la guerra contra los indios*. México: Fondo de Cultura Económica.

Suescún, A. (2001). *Derecho y sociedad en la historia de Colombia, Tomo II*. El derecho español colonial siglo XVI – siglo XIX-. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Stavenhagen R. (1988). *Derechos indígenas y derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_docpublicaciones/indice%20derecho%20indigena.htm

Stavenhagen R. (2007). *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: Unesco.

Tirado, A. (1988). *Introducción a la historia económica de Colombia*. Bogotá: Áncora Editores.

Thoenig J. C. (1997). Política pública y acción pública. *Gestión y Política Pública* (Vol. VI) (pp. 19-37).

Toledo, V. (2005). Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina: 1990-2004. En *Pueblos indígenas, Estados y Democracia*. CLACSO. Recuperado de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/davalos/CapToledo.pdf>

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRT (2013). *La política pública para la protección y restitución de los derechos territoriales de los grupos étnicos: antecedentes, acciones y perspectivas en el escenario de los Decretos con fuerza de Ley para grupos étnicos (4633 y 4635 de 2011)*. Recuperado de http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/publicaciones_etnicos/documento_etnicos_URT_marzo_2013.pdf

Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales – UAESPIN (2001). *Política de Participación Social en la Conservación*. Disponible en <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/pdf/politicadeparticipacionsocial2.pdf>

Unidad de Planeación Minero Energética - UPME (2002). *Plan Nacional de Desarrollo Minero*. Bogotá: Ministerio de Minas y Energía.

Uprimny, R. (2001). El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ed.). *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional* (vol.1) (pp. 97 - 154). Bogotá.

Uprimny R., Villegas Mauricio (s.f.). *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*. Disponible en <http://www.scribd.com/doc/86660796/VillegasUprimny2-Version-completa-espanol-1-2>

Valencia E., (1996). Etnodesarrollo y perspectivas étnicas. *Cuadernos*, (pp. 11-22) Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/235/3.pdf>

Valero, D. (2012, 26 de febrero). Consulta previa enreda proyectos de desarrollo. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5227116>

Wolkmer, C., A. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA.

Yrigoyen, R. (2009). De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. El derecho a la Consulta Previa en América Latina: del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los

pueblos indígenas. En L. G. Uscátegui G. (Ed.) *El otro derecho*, (40), (pp. 11-53). Bogotá: ILSA.

Yrigoyen, R. (2013). Presentación. En De Aguirre P. & PNUD (Eds.) *Seminario internacional ciudadanía indígena: Retos y nuevos desafíos para la institucionalidad pública*, (pp. 150-153). Santiago de Chile: Ford Foundation.

Zapata, C. (2007). Las políticas públicas vistas desde la organización social: el caso indígena en Colombia. En Rey E. (Ed.) *Indígenas sin derechos. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Bogotá: CECOIN.

Zapata, J. (2010). *Espacio y territorio sagrado. Lógica del ordenamiento territorial indígena*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional, República de Colombia [1992] Sentencia T-428 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, República de Colombia [1992] Sentencia T-566 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, República de Colombia [1993] Sentencia T-188 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, República de Colombia [1993] Sentencia T-380 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, República de Colombia [1993] Sentencia T-405 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, República de Colombia [1994] Sentencia C-089 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, República de Colombia [1994] Sentencia T-254 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, República de Colombia [1995] Sentencia C-151 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, República de Colombia [1996] Sentencia C-139 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, República de Colombia [1996] Sentencia T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, República de Colombia [1996] Sentencia T-496 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, República de Colombia [1997] Sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, República de Colombia [1998] Sentencia C-510 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, República de Colombia [1998] Sentencia T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, República de Colombia [1999] Sentencia T-634 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, República de Colombia [2000] Sentencia C-795 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, República de Colombia [2001] Sentencia C-1258 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, República de Colombia [2003] Sentencia SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, República de Colombia [2003] Sentencia T-955 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, República de Colombia [2004] Sentencia T-025 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, República de Colombia [2005] Sentencia T-737 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, República de Colombia [2006] Sentencia T-704 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, República de Colombia [2007] Sentencia C-921 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, República de Colombia [2008] Sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, República de Colombia [2008] Sentencia C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, República de Colombia [2009] Sentencia T-769 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, República de Colombia [2010] Sentencia T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, República de Colombia [2010] Sentencia T-617 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, República de Colombia [2010] Sentencia C-703 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, República de Colombia [2011] Sentencia T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, República de Colombia [2011] Sentencia T-282 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, República de Colombia [2011] Sentencia C-366 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, República de Colombia [2011] Sentencia T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, República de Colombia [2013] Sentencia T-009 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Normatividad:

Organización Internacional del Trabajo – OIT (1957) Convenio 107 “*Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes*”.

Organización Internacional del Trabajo – OIT (1957) Recomendación 104 “*Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes*”.

Organización Internacional del Trabajo – OIT (1989) Convenio 169 “*Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”.

Organización de las Naciones Unidas – ONU (1992). *Convenio sobre la Diversidad Biológica*.

Organización de las Naciones Unidas – ONU (1992). *Declaración sobre los Bosques y Masas Forestales*.

Organización de las Naciones Unidas – ONU (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*.

Organización de las Naciones Unidas – ONU (1992). *Programa 21*.

Organización de las Naciones Unidas – ONU (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

Agencia Nacional de Minería (2012) Resolución 0045 de 2012 “*Por la cual se declaran y delimitan unas Áreas Estratégicas Mineras y se adoptan otras determinaciones*” Colombia.

Ministerio de Minas y Energía (2012) Resolución 180241 de 2012 “*Por la cual se declaran y delimitan unas Áreas Estratégicas Mineras y se adoptan otras determinaciones*” Colombia.

Presidencia de la República (2010) Directiva No 01 de 2010 “*Asunto: garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales*” Colombia.

Presidencia de la República (2010) Decreto 4679 de 2010 “*Por el cual se crean unos programas presidenciales en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República*” Colombia.

República de Colombia (1890) Ley 89 de 1890 “*Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*” Colombia.

República de Colombia (1958) Ley 81 de 1958 “*Sobre fomento agropecuario de las parcialidades indígenas*” Colombia.

República de Colombia (1959) Ley 2a de 1959 “*Por la cual se dictan normas sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables*” Colombia.

República de Colombia (1961) Ley 135 de 1961 “*Sobre reforma social y agraria*” Colombia.

República de Colombia (1967) Ley 31 de 1967 “*Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes, adoptado por la cuadragésima reunión de la Conferencia Internacional de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra 1957)*” Colombia.

República de Colombia (1969) Decreto 2117 de 1969 “*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 135 de 1961 para la dotación de tierras, división y distribución de los resguardos e integración de las parcialidades indígenas a los beneficios de la reforma Social y Agraria*” Colombia.

República de Colombia (1974) Decreto Ley 2811 de 1974 “*Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*” Colombia.

República de Colombia (1977) Decreto 622 de 1977 “*Por el cual se reglamentan parcialmente el capítulo V, título II, parte XIII, libro II del Decreto- Ley número 2811 de 1974 sobre «sistema de parques nacionales»; la Ley 23 de 1973 y la Ley 2a de 1959.*” Colombia.

República de Colombia (1988) Decreto 2001 de 1988 “*Por el cual se reglamenta el inciso final del Artículo 29, el inciso 3o. y el párrafo 1o. del Artículo 94 de la Ley 135 de 1961 en lo relativo a la constitución de Resguardos Indígenas en el territorio nacional.*” Colombia.

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

República de Colombia (1993) Ley 99 de 1993 “*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental –SINA y se dictan otras disposiciones*” Colombia.

República de Colombia (1994) Ley 115 de 1994 “*Por la cual se expide la Ley General de Educación*” Colombia.

República de Colombia (1994) Ley 160 de 1994 *“Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”* Colombia.

República de Colombia (1994) Ley 165 de 1994 *“Por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre la Diversidad Biológica””* Colombia.

República de Colombia (1995) Decreto 2164 de 1995 *“Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.”* Colombia.

República de Colombia (1996) Decreto 1397 de 1996 *“Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones”* Colombia.

República de Colombia (1997) Ley 397 de 1997 *“Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”* Colombia.

República de Colombia (1998) Decreto 1320 de 1998 *“Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.”* Colombia.

República de Colombia (2001) Ley 685 de 2001 *“Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”* Colombia.

República de Colombia (2002) Ley 756 de 2002 *“Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”* Colombia.

República de Colombia (2007) Ley 1152 de 2007 *“Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”* Colombia.

República de Colombia (2010) Decreto 2372 de 2010 *“Por el cual se reglamenta el Decreto-ley 2811 de 1974, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y el Decreto-ley 216 de 2003, en relación con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y se dictan otras disposiciones.”* Colombia.

República de Colombia (2011) Decreto 4633 de 2011 *“Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”* Colombia.

República de Colombia (2011) Ley 1448 de 2011 *“Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”* Colombia.

República de Colombia (2011) Ley 1450 de 2011 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”* Colombia.

República de Colombia (2011) Ley 1454 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”* Colombia.

República de Colombia (2012) Ley 1530 de 2012 *“Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”* Colombia.

Páginas web

<http://www.iirsa.org/>

<http://cms.onic.org.co/>

<http://odracial.org/>

<http://observatorioetnicocecoin.org.co/>

<http://www.minminas.gov.co/>

<http://www.anla.gov.co/>

<https://www.dnp.gov.co/>

<http://www.parquesnacionales.gov.co/>

<http://www.ilo.org/>

<http://www.oas.org/es/cidh/>

<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous>

<http://www.eltiempo.com/>

<http://www.elspectador.com/>

<http://www1.upme.gov.co/>

<http://www.codhes.org/index.php/comision-de-seguimiento>