

MODULO DE DERECHOS TERRITORIALES Y GOBIERNO.

**FORTALECIMIENTO DE LOS PROCESOS ORGANIZATIVOS Y DE GOBIERNO
PROPIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS DE LA AMAZONIA COLOMBIANA- OPIAC.**

Pluralismo jurídico y Gobierno Propio.

NOVIEMBRE 2018

TABLA DE CONTENIDO

UNA MIRADA HISTORICA A LOS PROCESOS ORGANIZATIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

Periodo Colonial.
Periodo Republicano.
Periodo 1890-1990.

EL GOBIERNO PROPIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.

Formas de Gobierno.
Autoridades Propias.
El Gobierno Indígena Vs. Estado Colombiano.
Retos y Desafios del Gobierno Indígena.

LA AUTONOMIA INDIGENA Y LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA.

Formas de Autonomía de los Pueblos y Autoridades Indígenas.
Autonomía Política.
Autonomía Jurídica o Normativa.
Autonomía Financiera.
Autonomía Administrativa.
Autonomía Fiscal.
La Jurisdicción Especial Indígena.
Elementos de la Jurisdicción Especial Indígena.
Alcance del Art. 246 C.P.
Límites a la Jurisdicción Especial Indígena.

EL TERRITORIO INDIGENA.

El Territorio en la Cosmovisión Indígena.
El Territorio en el Marco Jurídico Colombiano.
Los Resguardos Indígenas.
Características de los Resguardos Indígenas.
Naturaleza Jurídica de los Resguardos Indígenas.

LA DIVISION POLITICO ADMINISTRATIVA DE LOS RESGUARDOS Y TERRITORTIO TRADICIONAL.

Los resguardos amazónicos

Áreas no municipalizadas

Naturaleza y alcance, territorios en que se aplica esta iniciativa.

LA JURISDICCIÓN INDÍGENA Y EL GOBIERNO PROPIO EN DEFENSA DEL TERRITORIO,

El gobierno propio y autoridad ambiental

Fundamento legal y tradicional

Acciones de protección desde la JEI

Alcances y competencias.

LA CONSULTA PREVIA.

¿Qué es la consulta previa?

Objetivos de la Consulta Previa

Aplicación de la Consulta Previa

Fundamentos constitucionales y legales de la consulta previa

¿Quiénes participan en la consulta previa?

I. UNA MIRADA HISTORICA A LOS PROCESOS ORGANIZATIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

La historia de la relación de los Pueblos Indígenas con occidente ha sido de conquista, exterminio, genocidio y resistencia. Durante la conquista los Españoles, guerreros y sacerdotes, procedían a instar a nuestros pueblos a la rendición y la sumisión al Rey de España y al Papa de Roma, antes de emprender las batallas para aniquilar nuestra gente y apoderarse de nuestras riquezas, como si nuestros territorios estuvieran despoblados, y como si no tuviéramos entendimiento y conocimiento.

Durante la época colonial, nuestros Pueblos y Caciques reclamaron el reconocimiento de derechos y resistieron como fue el caso de Juan Tama y la Cacica Gaitana del Pueblo Nasa. Luchamos por la titulación de los resguardos y adelantamos procesos de defensa legal y armada de nuestros territorios y resguardos. En la amazonia, se tuvo la presencia de la colonia portuguesa, y posteriormente la época de la esclavitud por parte de las explotaciones del caucho, es mundialmente reconocido en ese hecho la casa Arana, desde luego, este no fue el único.

Las luchas de resistencia de los pueblos indígenas colombianos desde la época colonial han estado fundamentadas y respaldadas por reclamos, demandas y procesos administrativos y jurisdiccionales, que antiguamente podían durar décadas y hasta cientos de años. Estos han estado orientados a la búsqueda de protección legal, de acceso a la justicia, de reformas de la legalidad, del reconocimiento a nuestra capacidad jurisdiccional y de nuestra participación en la construcción y ampliación de la democracia.

En el siglo pasado, Manuel Quintín Lame Chantre, terrajero de San Isidro y Cacique de los Pueblos Indígenas del Cauca, Tolima, Huila, Nariño y el norte del Ecuador, lideró la resistencia indígena para defender las tierras de los resguardos, nuestras autoridades y culturas. El camino trazado por Lame fue continuado en los años 70 por nuestros pueblos mediante el proceso organizativo reiniciado en el Cauca (CRIC) y la Sierra Nevada de Santa Marta (CIT), y posteriormente con la consolidación de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC. En este proceso de consolidación de la organización nacional, hizo parte el Consejo Regional Indígena del Vaupés-CRIVA.

Este proceso generó una dinámica renovada que ha nutrido el actual movimiento indígena nacional, frente a un modelo de Estado que nos niega el reconocimiento y tratamiento como sociedad diferente. Dicho Movimiento social de los pueblos indígenas, basado en las luchas de resistencia, se ha dado en torno al ejercicio de la autonomía, de las competencias públicas de nuestras autoridades y gobiernos propios, para administrar justicia en nuestros pueblos. Los amazónicos por nuestro lado, la barrera natural, que es la selva, hizo que nos mantuviéramos de alguna manera distanciados del centro del país, sirvió para conservar nuestras culturas, pero a la vez, eso nos ha traído la exclusión por la dispersión geográfica, poco a poco nos hemos ido vinculando al escenario nacional, con nuestros líderes, procesos organizativos de cada una de las

seis regiones, y al punto de contar con la MRA, OPIAC. Y con ello, hemos hecho reivindicaciones en todos los frentes sectoriales; salud, educación, cultura, gobierno propio, JEI....

En cuanto a esto último, la relación del Estado con nuestros Pueblos, comunidades, Autoridades tradicionales y Cabildos, por medio del Sistema Judicial Nacional, ha sido pendular. Hasta la década de los 70s a todos los indígenas procesados se les imponía las mayores penas posibles y en muchas oportunidades, por falta de defensa, las penas pagadas resultaban inferiores a los años que se imponían como sanción. Posteriormente en la década de los 80, la “inmadurez psicológica por falta de comprensión” fue incluida en el Código Penal, como causal de inimputabilidad. En su aplicación, el comportamiento del Sistema Judicial se centró en devolver a su “medio ambiente natural”, a la gran mayoría de los indígenas procesados, para que las Autoridades tradicionales administraran justicia. Fueron los inicios que mostraron un intento de reconocer y dar vida al pluralismo, entre ellos, el jurídico, los pueblos indígenas de la amazonia tenemos nuestras formas particulares de ejercer control social.

Desde los años 80’s nuestros Pueblos y Autoridades se vieron obligados a fortalecer y profundizar el proceso de recuperación, actualización de la ley de origen, derecho mayor o derecho propio, mediante la retoma de normas internas, la aplicación y puesta en vigencia de usos y costumbres, la conceptualización de Sistemas Normativos Indígenas, la aplicación de instituciones tradicionales como el consejo, las asambleas, las mingas y la proyección y fortalecimiento de las Autoridades e instancias de decisión, la creación de consejos de ancianos, cabildos mayores, cabildos gobernadores y tribunales de gobernadores. En gran parte de la amazonia, dada la influencia de la colonización portuguesa, nuestras autoridades tradicionales, fueron denominados CAPITAN.

El derecho al ejercicio de la autonomía, constituye hoy uno de los principales imperativos políticos, éticos y culturales de los pueblos indígenas contemporáneos, ante lo cual el ejercicio de funciones públicas administrativas, legislativas y jurisdiccionales por parte de nuestras autoridades, es una garantía de protección de los derechos humanos para nuestra supervivencia social, política y cultural. En este sentido, hemos logrado establecer algunas condiciones jurídicas y políticas que han posibilitado y asegurado un mayor umbral para el ejercicio y la progresividad de nuestros derechos, dentro de la institucionalidad estatal colombiana, garantizando un mínimo de representación directa de nuestros pueblos en las instancias de gobierno.

A continuación, vamos a realizar un esquema cronológico que muestre la evolución y el avance de los derechos en la historia del Estado Colombiano.

1. Periodo Colonial. Las cédulas reales reconocieron:

- ✓ La ocupación histórica como título originario de propiedad territorial indígena, en América, que no necesitaba validarse con títulos formales.
- ✓ El derecho de los pueblos indígenas a conservar autoridades y gobierno propio.
- ✓ Los Resguardos Indígenas como forma de propiedad territorial.

- ✓ Impusieron instituciones para la explotación del trabajo indígena como fueron: La Encomienda para el trabajo agrícola y la Mita para la explotación minera.

2. Periodo Republicano.

A. El libertador Simón Bolívar expidió el Decreto del 5 de julio de 1820, en reconocimiento a la participación indígena en las luchas por la independencia de España, en el cual se reconocieron principalmente los siguientes derechos:

- ✓ Devolución de las tierras de los resguardos: “Se devolverán a los naturales, como propietarios legítimos, todas las tierras que formaban los resguardos, según sus títulos, cualesquiera que sea el que aleguen para poseerlas los actuales tenedores”...
- ✓ Reconocimiento del derecho de las comunidades indígenas de tener autoridades y gobierno propio.
- ✓ Exoneración del pago de impuestos sobre las tierras de los resguardos.
- ✓ Exoneración de la obligación de prestar servicio militar.
- ✓ Prohibición de imponer trabajo alguno a los indígenas sin pagarles por sus servicios.

B. La primera Ley de Tierras de la República estableció la clasificación de los derechos territoriales en Colombia, haciendo diferencia entre los Baldíos Nacionales, los Ejidos o propiedades comunales en los municipios, la Propiedad privada y las Tierras de Indios, (ocupadas por población indígena, que no tenían el carácter los baldíos nacionales). En la amazonia tenemos vastos territorios tradicionales, bajo en carácter de reserva forestal-ley 59 de **xxxxx 1959?**

C. Ley 89 de 1890:

- ✓ Reconoció el derecho a tener autoridades indígenas, gobierno propio y personería jurídica o representación legal en nombre de las comunidades.
- ✓ Estableció un procedimiento administrativo para la recuperación de los títulos de los resguardos coloniales, perdidos por violencia y despojo ejercido en contra de los indígenas.
- ✓ Reconoció facultades administrativas y judiciales limitadas a las autoridades indígenas.
- ✓ Estableció un procedimiento para la división o disolución de los resguardos y dio un término de para dividir todos los resguardos.
- ✓ Las autoridades tradicionales, las elige la asamblea comunitaria y se posesión ante el mismo, y su registro se hace antes los entes territoriales.

3. Periodo 1890-1990.

Como resultado de la resistencia cultural, política y socio organizativo de los pueblos indígenas, en este periodo fue expedida la Legislación Indígena Nacional, mediante la cual los indígenas lograron el reconocimiento de derechos:

- ✓ Territoriales: Constitución o titulación de nuevos resguardos, su saneamiento y ampliación.

- ✓ Derecho sobre los recursos naturales renovables.
- ✓ Identidad: Cultura y Etno-educación: Formación de maestros indígenas, elaboración de currículos interculturales.
- ✓ Derecho a la salud.
- ✓ Exoneración de la obligación de prestar servicio militar.
- ✓ Exoneración de pago de impuestos, tasas, contribuciones y servicios públicos a cargo del Estado.

Periodo constitucional 1991 a 2018

Para el mundo indígena, fue la primera vez que tres compañeros indígenas lograron integrar el congresito, que fue la instancia que elaboro la constitución de 1991. Ellos fueron, Peña Chepe, Lorenzo Muelas y Rojas Birry. Con la participación de ellos, logramos por primera vez que se constitucionalizó nuestras garantías.

- ✓ Se reconoció la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.
- ✓ Nuestros idiomas son oficiales en nuestro territorio.
- ✓ Se reconoció la autonomía de nuestro gobierno propio art. 246.
- ✓ Se elevó a rango constitucional nuestro derecho colectivo de propiedad del territorio.
- ✓ Los territorios fueron elevados a entidades estatales- de carácter especial.

Actividad No 1. Ejercicio en Grupos de Trabajo: Reconstrucción de la Historia; para las épocas antes indicadas, que sucedía en cada uno de los territorios ancestrales?

Materiales: Para este ejercicio vamos utilizar marcadores, papel periódico.

Procedimiento: El grupo de trabajo se organizará en tres grupos, en el que haya participación de líderes y lideresas. Se escoge un relator y un ponente. Y cada grupo escogerá el periodo que quiera rememorar y hacer relación de los hechos más significativos de cada periodo en el territorio.

Luego socializamos en plenaria.

II. EL GOBIERNO PROPIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.

Cuando los pueblos indígenas hablamos de gobierno propio, nos referimos al ejercicio de autoridad que históricamente hemos desarrollado para mantener y darle sostenibilidad al ordenamiento social de nuestras comunidades, administrar nuestros territorios, recursos y patrimonios colectivos; así como para aplicar justicia desde nuestros sistemas jurídicos y de manera general proteger la integridad de nuestras culturas y la integralidad étnica de nuestros pueblos.

Desde siempre los pueblos indígenas hemos tenido y tenemos personas, espíritus e instituciones que se han encargado del gobierno de nuestras comunidades, labor que han desempeñado desde

las facultades que les han conferido las leyes de origen que dejaron nuestros padres espirituales y que han servido de guías y mandato para conservar, proteger o restaurar la armonía y vivir el equilibrio entre todos los seres de la naturaleza. *“Antes de la llegada de los españoles nosotros ya teníamos nuestros propios gobiernos, a través del conocimiento de la naturaleza ya nos gobernábamos” en la amazonia estas instituciones fueron dadas por nuestros ancestros, esto esta evidenciado en los relatos fundacionales de cada pueblo, y las señas de ello, son los petroglifos que son elementos dialogantes, allí radica el origen y legitimidad de nuestro sistema de gobierno y control social.*

La ley de origen es vida, es la palabra de los antepasados que enseña cómo proteger, ordenar y administrar nuestro territorio, y vivir en armonía con la naturaleza, con el bosque, la selva y los ríos. Sin Ley de origen no hay madre, se enferma y destruye la creación, no hay hijos, no hay futuro. Por eso nuestros gobiernos propios deben estar orientados en primer lugar por nuestras leyes de origen que nos dan identidad, sentido de pertenencia y nos permiten vivir en armonía; porque la ley de origen es la palabra sagrada de gobierno de los pueblos indígenas. *La palabra en la amazonia surge de la casa ancestral, y el depositario de este conocimiento tradicional es el paye, kumu, curaca o sabedor.*

Así mismo, cuando hablamos del gobierno propio, también estamos pensando en el derecho mayor que nos asiste como pueblos originarios de autogovernarnos y ser gobernados por nuestras propias autoridades y de acuerdo con las tradiciones, usos y costumbres de cada pueblo. Este Derecho Mayor como derecho histórico, cultural y colectivo, se constituye en fundamento político de nuestras luchas y resistencia y en instrumento para establecer y consolidar nuestro gobierno propio con autonomía y legitimidad. Si las leyes de origen exigen que nuestros gobiernos propios cuiden y protejan el equilibrio en nuestras comunidades, el derecho mayor busca fortalecer nuestras luchas para darles coherencia política y sentido histórico. Por eso decimos que nuestros gobiernos propios no solamente tienen una función administrativa o jurisdiccional y por el contrario, tienen el deber de garantizarnos con plena autonomía la restitución y el disfrute de nuestros derechos y posicionarnos con otros sectores sociales en la construcción de una nación incluyente, igualitaria y justa donde se respete y realice el estado de derecho.

Además, cuando hablamos de gobierno propio estamos pensando en nuestra memoria histórica y cultural, recordando a los padres de nuestra creación, recordando a nuestros caciques, Payes, curacas, mamos, nocos y a los grandes hombres, que han orientado nuestra resistencia; así mismo estamos recordando y pensando a nuestros sabios y concedores que protegen el equilibrio de nuestros mundos.

El gobierno propio de nuestros pueblos se realiza a través de instituciones de poder que tienen un carácter cultural y por medio de nuestras autoridades tradicionales y políticas. Nuestras autoridades indígenas son las encargadas de ejercer el gobierno de nuestros pueblos y comunidades, ya sea que nosotros las elijamos en los escenarios que tienen nuestros pueblos para decidir quién nos representa, dirige y orienta o que, desde la ley de origen, se nos señale

cuales son nuestros hombres sabios y de poder cuya misión es la de gobernarnos y conducirnos en el relacionamiento con otras culturas.

El Gobierno propio constituye para los indígenas una de las manifestaciones culturales propias, a través del cual se implementa y proyecta la visión de vida y autodeterminación de los Pueblos. En ese sentido podríamos ilustrarlo a partir de los siguientes elementos:

Formas de Gobierno propio: Son los esquemas o las estructuras de jerarquía que los Pueblos Indígenas poseen desde su origen o que de acuerdo a la dinámica histórica han creado y apropiado, a partir de la cultura, usos y costumbres, para ejercer autoridad al interior de sus comunidades. En la amazonia, muchos pueblos dentro de su estructura de gobierno tienen la figura de líder vitalicio. Hoy día estos coexisten con las capitanías y gobernadores de cabildo, las asociaciones de cabildo (decreto 1088 de 1993), más recientemente se estableció el consejo de administración de los territorios no municipalizados de Amazonas Guainía y Vaupés.

Autoridades ligenas: se encuentran integradas por un grupo de personas a las cuales se les ha denominado como *Autoridades Tradicionales*, las cuales en las mayorías de los casos han sido preparadas desde el vientre materno para dirigir los destinos del pueblo indígena; de acuerdo al pueblo que pertenezcan las Autoridades Tradicionales son llamados de diferentes maneras, a saber: curacas, para los pueblos indígenas de algunas comunidades de la Amazonía Colombiana, Taitas para los Paeces Guambianos, Mamos para los Pueblos asentados en la Sierra Nevada de Santa Marta, los Payés o Kumú para los Pueblos Indígenas del Vaupés, Noko para los Embera, los Jaibanás para los Embera Chamí.

El Gobierno Indígena y la política Anti indigenista del Estado Colombiano.

Los pueblos indígenas reconocemos que hacemos parte de la nación colombiana, y por lo tanto nuestro gobierno propio también se inspira en los derechos establecidos en la ley 89 de 1890 (Fuero Especial Indígena), la Constitución Política de 1991 y la normatividad interna vigente; además del derecho internacional de los derechos humanos, que cuenta con instrumentos como la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007. Esta fue objetada siendo presidente de Colombia Uribe Vélez, bajo el *argumento* que era inconveniente, allí podemos observar la mala fe con que actúan los gobernantes en contra de los derechos y garantías de nosotros los pueblos indígenas.

La ley de origen, el derecho mayor, las leyes de la república y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, reconocen las competencias de nuestras autoridades para el ejercicio de gobierno propio de nuestros pueblos, comunidades y autoridades. Es muy importante recordar que existe un instrumento de carácter internacional denominado el convenio 169 de la OIT, este le indica al Estado que toda actividad estatal o privada, debe ser objeto del

derecho a la participación de los pueblos indígenas, bajo el procedimiento de la consulta previa con el fin de que las comunidades expresen sus prioridades, según sus *planes de vida*.

El Estado colombiano por medio de la ley 89 de 1890, determinó la manera como deben gobernarse los pueblos indígenas de Colombia, estableciendo para ellos un fuero especial que comienza por legislar sobre la organización de los cabildos indígenas: “*En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres...*” Artículo 3°. En lo concerniente al gobierno económico de las parcialidades el Artículo 4° de esta Ley, le reconoce a los pequeños cabildos todas las facultades que les hayan transmitido sus usos y costumbres particulares, con tal que no se opongan a lo que previenen las leyes, ni violen las garantías de que disfrutaban los miembros de las parcialidades en su calidad de ciudadanos. Además de las facultades anteriores esta Ley otorga a los cabildos de indígenas competencias para sancionar y castigar, estableciendo para ellos funciones administrativas, jurídicas, económicas y políticas, entre otras.

Gracias a su participación en el proceso constituyente que promulgó la Constitución Política de 1991, los pueblos indígenas pudieron incorporar y desarrollar en la naciente Carta, el reconocimiento a sus derechos colectivos, territoriales y culturales. Sus Artículo 7° y 8° consagran la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana; además califican como un deber del Estado y las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. El Artículo 246 de nuestra Constitución Política determina: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos...” Algo muy común en los operadores jurídicos, jueces y fiscales, para no reconocer la autonomía de los pueblos, expresan que los pueblos amazónicos no tienen JEI, que porque no tienen *estatutos*, es conocido por todos, que las culturas amazónicas, son de tradición oral, lo cual no significa que se carece de sistemas propios de control social. Es una discriminación, no necesariamente los códigos deben reposar por escrito, menos en la amazonia donde prima la oraliteratura, es decir las autoridades tradicionales se basan en la memoria oral para dirimir los conflictos.

En consonancia con lo expuesto, los pueblos indígenas en el disfrute de su autonomía política, administrativa y jurídica, también se gobiernan así mismos y en primer lugar por sus Leyes de Origen, Derecho Propio y Derecho Mayor. Esto lo entendieron muy bien los líderes y las autoridades indígenas que desde principios del siglo pasado retomaron la ley y propiciaron desarrollos legislativos para exigir y proteger los derechos colectivos de sus pueblos y la integridad de sus culturas. En el marco de las luchas indígenas por la autonomía administrativa y la protección de sus territorios, surgen las organizaciones indígenas que hoy nos representan, muchas de las cuales se constituyeron en asociaciones de autoridades indígenas de derecho público y de carácter especial. En la amazonia es muy común observar la presencia y constitución de las autoridades tradicionales en ATTIs. Es un camino intermedio que en el futuro, nos conducirá hacia las Entidades Territoriales Indígenas- ETIs. Que serán de mucha importancia para el desarrollo de

las comunidades amazónicas que ocupan vastos territorios, y esto se deberá dar, con un enfoque desde lo propio.

De lo anteriormente expuesto se desprende que los pueblos indígenas hemos ejercido históricamente nuestro gobierno en derecho propio y por las facultades legales que nos ha otorgado el Estado colombiano. El gobierno propio de los pueblos indígenas no es un invento de ahora, es una realidad histórica que nos ha permitido resistir al colonialismo y luchar por nuestros derechos. Lo que resta por reflexionar es que tanto ese gobierno propio que ejercemos es autónomo y que garantías de pervivencia, sostenibilidad y de futuro nos ofrece. También debemos preguntarnos si nuestros planes de vida expresan y se constituyen en los instrumentos de gobierno propio de nuestras autoridades. A pesar de los avances en la garantía de los derechos para los pueblos indígenas, aún persisten cuello de botella institucionales que no permiten la plena autonomía del gobierno propio, y es la tutela en la administración de los recursos de SGP. Considera el estado que los pueblos no tienen la madurez para percibir y administrar de forma directa los recursos públicos. Hoy día se tiene la intermediación de las alcaldías y las gobernaciones.

Desafíos del Gobierno Indígena.

A pesar de lo dicho hasta ahora nuestra realidad es otra. Con todo y nuestras leyes de origen, el derecho mayor y las herramientas normativas propias y constitucionales, las autoridades indígenas en muchos casos, no han sido muy eficientes en el desarrollo de nuestro ejercicio de gobernabilidad y en la apropiación de competencias para establecer con autonomía el ejercicio de nuestros gobiernos, dadas las amenazas del conflicto interno y la crisis humanitaria y social que atraviesa la Nación; así como el establecimiento en nuestros territorios de actores que desequilibran económica, cultural y militarmente nuestros universos; todo esto sin ignorar los procesos de colonización, aculturación, deslegitimación y genocidio que nos ha correspondido afrontar. En la actualidad, podemos ver hacia el pasado, la forma como el conflicto armado, afecto los territorios amazónicos, fue el teatro de operaciones de la otrora FARC, hoy no se tiene la presencia de estos, dado el acuerdo de la Habana en el periodo del Gobierno Santos. En esa época, hubo un retroceso muy fuerte de la fortaleza de nuestros gobiernos tradicionales, ante las amenazas, homicidios, nuestras autoridades cedieron terreno, que bien vale la pena retomar y ejercer control sobre nuestras comunidades y territorios, hoy día, tenemos otros flagelos como la deforestación, minería ilegal, y la presencia de entidades que buscan engañar a las comunidades en temas como la lucha contra el cambio climático, y los servicios ecosistémicos. Desde luego, que se espera la tan prometida paz territorial, que no es otra cosa que el reconocimiento de la autoridad tradicional de los pueblos amazónicos.

Nuestras autoridades indígenas han tenido que asumir; además de sus roles tradicionales y culturales, nuevos retos para el gobierno de nuestros pueblos y comunidades en el marco de una política de estado que en aras de la globalización económica desconoce y desmonta garantías jurídicas y obliga a la población indígena al desplazamiento de sus territorios, ante el avance de la

violencia y la vulneración y desconocimiento de nuestros derechos. Asuntos estos que exigen la adquisición o el fortalecimiento de capacidades de nuestros gobernantes indígenas.

En atención a lo expuesto, es tarea del movimiento indígena, reflexionar sobre la calidad de gobierno propio que realizan nuestras autoridades y las condiciones y acciones que se requieren para que este pueda tener una dimensión autonómica; es decir, debemos preguntarnos que se requiere para fortalecer y consolidar nuestro gobierno propio.

Necesitamos determinar la calidad de gobierno propio que ejercemos y lo podemos hacer desde la caracterización de las amenazas, riesgos y dificultades que enfrentamos para poder actuar con plena autonomía. Esta caracterización nos puede servir de base para formular una política propia que a través de un plan de acción nos permita avanzar en la consolidación de nuestro gobierno autonómico. En la amazonia el gobierno propio en materia ambiental, es desplazado por las corporaciones autónomas y el sistema de áreas protegidas, no se le permite ejercer como autoridad tradicional en materia ambiental, siendo que es de suma importancia aunado al conocimiento tradicional.

Debemos recordar que el gobierno propio indígena se caracteriza y legitima con la participación de todos los estamentos de nuestros pueblos y comunidades en las decisiones y asuntos que nos puedan afectar o interesar. Por lo mismo nuestro gobierno propio, se caracteriza porque compromete orgánicamente a nuestras autoridades representativas con sus comunidades.

Una reflexión en este sentido debe comenzar por poner de manifiesto que están haciendo nuestros gobiernos indígenas por defender, exigir y realizar los derechos territoriales de sus comunidades. Así mismo como están asumiendo nuestras autoridades indígenas su función de aplicar justicia en sus territorios. Por otra parte, recordemos que los gobiernos indígenas se deben a los principios de unidad, tierra, cultura y autonomía que han orientado el movimiento indígena colombiano y al respecto es necesario evaluar cómo hemos contribuido regionalmente a su fortalecimiento y desarrollo. Se presentan nuevos escenarios de trabajo, actualmente la ley de tierras no fue objeto de consulta previa, se está buscando reglamentar la consulta previa, la consulta del nuevo plan de desarrollo del actual gobierno, los frentes de colonización para la amazonia son evidentes, sumado a altas tasas de deforestación, minería ilegal, tala ilegal entre otras iniciativas extractivista, y es importante ubicarse como amazónicos en la agenda global de lucha contra el cambio climático. Entre otras acciones se debe tener presente la acción de tutela interpuesta por las 5 organizaciones nacionales contra el gobierno nacional por no haber surtido la consulta previa a la ley de tierras.

III. LA AUTONOMIA INDIGENA Y LA JUERISDICCION ESPECIAL INDIGENA.

La Autonomía implica la libertad de los pueblos indígenas de auto gestionarse, de gobernarse a sí mismos para determinar y ejercer sus derechos ancestrales sobre la tierra que nos dio a nacer

y sobre los recursos que nos brinda la naturaleza para el disfrute y conservación para las futuras generaciones.

La autonomía no es más que el ejercicio del autogobierno, o sea, la autodeterminación individual y colectiva. En este sentido, necesitamos la autonomía para superar la opresión y la explotación, construyendo nuevos poderes descentralizados, de abajo hacia arriba. Pero estos poderes, estas prácticas de autonomía, necesitan encarnarse en un territorio. Sin territorio propio, autocontrolado, no existe la menor posibilidad de construcción autonómica. Claro está, que las autonomías territoriales no pueden quedar encorsetadas en territorios-islas separadas del resto, ya que no producirán ningún cambio real en la sociedad.

Formas de Autonomía de los Pueblos y Autoridades Indígenas.

Autonomía Política: Es el derecho de los pueblos indígenas de tener autoridades y gobierno propio, solamente los indígenas que hagan parte de una comunidad, resguardo o territorio pueden hacer parte de la correspondiente autoridad. Recordemos que, en la amazonia, esto va relacionado con las formas tradicionales de convivencia, los parentescos.

Autonomía Jurídica o Normativa: Es el derecho de identificar, recuperar y elaborar normas, procedimientos, instituciones e instancias del derecho propio de la tradición cultural de cada pueblo indígena. En la amazonia se basa en los preceptos que se tienen en los relatos fundacionales de los primeros ancestros.

Autonomía Financiera: Es la facultad de obtener préstamos o créditos. Hoy día no se tiene la posibilidad de acceder a créditos por la naturaleza de la propiedad del territorio.

Autonomía Administrativa: Es la facultad de las autoridades indígenas de administrar sus territorios y recursos naturales, así como los recursos económicos provenientes de programas y proyectos públicos o privados nacionales o de la cooperación internacional que se desarrollen en beneficio de su población. En la amazonia un avance para la administración directa es la experiencia que se iniciara con las áreas no municipalizadas que percibirán los recursos de forma directa a través de una cuenta maestra que se radicara en el Ministerio de Hacienda.

Autonomía Fiscal: Es la facultad de las comunidades y autoridades indígenas de determinar las obligaciones y contribuciones de los miembros de una comunidad o resguardo, los cuales pueden ser en trabajo comunitario, en prestación de servicios, en dinero o en especie. Cuando se reglamenten los territorios indígenas como ETIS, debe definirse en el ámbito de esta autonomía el pago a las ETIS de los servicios ambientales producidos por los territorios indígenas: Oxígeno, agua, conservación de la biodiversidad entre otros. La OPIAC, en diciembre de 2017, radico ante el ministerio de medio ambiente el decreto que reglamenta el capítulo étnico de Pago por Servicios Ambientales-PSA. A la fecha no se tiene noticia de ello.

¿Qué es la Jurisdicción Especial Indígena?

La Jurisdicción Especial Indígena es el ejercicio de la autonomía de los pueblos indígenas. Autonomía que es integral, es decir, que se aplica tanto al control del territorio de cada pueblo como al desarrollo y mantenimiento de su cultura y por la cual se establecen y crean instituciones propias, con sus normas y procedimientos tendientes a mantener la dignidad, los derechos y la identidad de cada pueblo.

Los Pueblos Indígenas hemos reivindicado el derecho a que nuestros sistemas normativos no sean considerados simplemente como usos y costumbres sino como verdaderos sistemas de derecho, diferentes a la legislación General de la República, pero que forman parte de ella. Estas reivindicaciones están reconocidas constitucionalmente, lo que implica una responsabilidad Estatal de protección a los derechos mismos. Actualmente se tiene un avance en este sentido es el deber de apoyo que se dispone en el decreto 1953 de 2014 en el artículo 96 para que la autoridad tradicional cumpla sus funciones de jurisdicción indígena. Todo el estamento estatal debe apoyar a las autoridades tradicionales para fortalecer la autonomía.

Elementos de la Jurisdicción Especial Indígena.

1. Reconocimiento de las autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas;
2. La competencia de tales pueblos para establecer normas y procedimientos propios;
3. La sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y a la ley; y
4. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el Sistema Judicial Nacional.

Mientras que los dos primeros elementos constituyen el núcleo de la autonomía otorgado a las comunidades, la cual no sólo es jurisdiccional sino, también, normativa, el tercer y cuarto elementos señalan los mecanismos de coordinación entre los ordenamientos jurídicos indígenas y el ordenamiento nacional, con el fin de hacer efectivo el principio de la diversidad dentro de la unidad¹.

Alcance del Art. 246 C.P.

Ahora vamos analizar el alcance del artículo 246 de la Constitución, con base en conceptos propios y jurisprudenciales de la Corte Constitucional, así:

- ✓ **Las Autoridades de los Pueblos Indígenas.**

¹ Corte Constitucional, (SC-139/96; ST-349/96).

Lo primero que reconoce la Constitución es que los Pueblos Indígenas poseen unas autoridades; ¿pero vale preguntarnos a qué tipo de autoridad se refiere la Corte?; a las autoridades políticas o espirituales? Al respecto la Corte ha señalado:

“Las comunidades indígenas son **sujetos de derechos y obligaciones**, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su **propia modalidad de gobierno** y de ejercer control social”².

“Para esta Corporación, tanto el juez de la República, como la autoridad indígena, adquieren por igual la responsabilidad de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de las personas que intervienen en el proceso, sin importar el sexo, la raza, el origen, la lengua o la religión”³.

Ha dicho la Corte que “ninguna entidad pública o privada, puede decidir cuáles son las autoridades de ese pueblo. La Alcaldía y el Ministerio del Interior, sólo están habilitados por la ley para llevar el registro de las decisiones que esas comunidades adopten, y para certificar lo que ellas quieran que figure en sus archivos”. (S-652/98).

✓ **Podrán.**

La autonomía de la jurisdicción indígena está en desarrollo, y, como tal, no cuenta con todos los instrumentos físicos, educativos, divulgativos, instalaciones carcelarias, etc. Para completar su realización. Por ello, es obligación del Estado, a través de las autoridades (Ministerio del Interior, de Justicia, INPEC) y de la jurisdicción ordinaria, convertir en realidad tal autonomía, a través de la colaboración permanente, con el fin de que la jurisdicción indígena, incipiente en ciertos aspectos, pueda avanzar en su consolidación. (T- 239/02)

✓ **Ejercer Funciones Jurisdiccionales.**

Para ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, la Corte ha fijado las siguientes reglas:

- A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
- Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. (T-254/94; SU 510/98)

² Corte Constitucional, (T-380/93; T-254/94).

³ Corte Constitucional, (Sentencia T- 254/94).

La Corte ha dicho que el juez constitucional y los jueces ordinarios, en cada caso concreto, con el fin de preservar los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas y de los terceros vinculados a las mismas, pueden intervenir en asuntos relacionados con dichas comunidades, pero sopesando los límites de su intervención, de manera que se logre restablecer el orden jurídico quebrantado sin resquebrajar el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía e independencia. Lo anterior porque de una intervención de las autoridades ordinarias, sopesada, medida y específica, en los asuntos relativos a los pueblos indígenas y a sus integrantes, depende en gran medida que la protección a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, reconocida en el artículo 7° de la Constitución Política, sea una realidad. (T-048/02).

✓ **Dentro de su Ámbito Territorial.**

La Corte al referirse a la función jurisdiccional por parte de las autoridades de los territorios indígenas, reitera que dicha función se ejerce únicamente dentro del ámbito de su territorio⁴.

Fuero Indígena.

Sobre el fuero indígena, ha interpretado la Corte que de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso⁵.

Elementos del Fuero Indígena.

- a. **Uno de Carácter Personal:** con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad.
- b. **Uno de Carácter Geográfico:** que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos⁶.

Dos elementos son relevantes para determinar la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Esta distinción es importante porque, como lo señaló esta Corporación en una decisión reciente “la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena de manera individual incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las

⁴ Corte Constitucional, (Sentencia C-037/96).

⁵ Corte Constitucional, (T-496/96).

⁶ Corte Constitucional, (T-349/96; T-496 de 1996; T-344/98).

autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad...". (T-523/97, T-640/97, T-556/98)

No cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre el fuero indígena, solo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste⁷.

No sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, entre otras⁸.

Alcance del Fuero Indígena.

Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero cuando se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero.

Las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable. O enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional.

En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional⁹.

En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.

⁷ Corte Constitucional, (ST-428/92; SC-139/96; ST-254/94; ST-349/96).

⁸ Corte Constitucional, (T-496/96).

⁹ Corte Constitucional, (T-496/96).

✓ **De Conformidad con sus propias Normas y Procedimientos.**

Normas: Son las reglas propias de la tradición cultural de cada pueblo indígena sobre los diversos aspectos de la vida cultural, económica, social, familiar. Por ejemplo, cómo se educa a las niñas y a los niños, cómo se reparten las herencias qué sitios se pueden pisar y cuáles no, en dónde se puede cazar y donde no, entre otras muchas reglas. En la amazonia es mayor medida no se tiene estatutos, ya que la tradición es oral.

Procedimientos: Son los pasos o el camino a seguir para solucionar el problema entre indígenas o con personas ajenas a la comunidad.

Métodos de Control Social: Son formas mediante las cuales las sociedades regulan la conducta de sus miembros, para que cumplan con las reglas y respeten los límites.

✓ **Siempre que no sean Contrarias a la Constitución y la Ley.**

La Corte ha declarado en diferentes fallos que los límites a la jurisdicción especial indígena, deben ser, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.

Límites a la Jurisdicción Especial Indígena.

La diversidad étnica y cultural sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio implique el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales. Sin embargo, no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional. (SU 510/98)

Para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta. SU 510/98

La Corte ha declarado en diferentes fallos que los límites a la Jurisdicción Especial Indígena, deben ser, los mínimos aceptables, por lo que sólo puede estar referido a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre. Este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas. (T-349/96; SU 510/98)

Un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, lo constituye la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. (SU 510/98)

Sanciones y Penas de la Jurisdicción Especial Indígena

No son aceptables desde la perspectiva constitucional aquellas sanciones que impliquen un "castigo desproporcionado e inútil" o impliquen graves daños físicos o mentales. Lo anterior se funda, entre otras cosas, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, según la cual no todo castigo físico constituye tortura o trato cruel inhumano o degradante, sino sólo aquellos cuya entidad implique sufrimientos particularmente "graves y crueles". (ST-349/96; SU 510/98)

La determinación de la intensidad de una determinada sanción, a fin de establecer si se trata o no de tortura o de un trato cruel inhumano o degradante, sólo puede hacerse a la luz de las circunstancias del caso concreto (duración de la pena, efectos en la integridad física o mental del condenado, el sexo, la edad, las condiciones de salud, el contexto socio-político, etc.). (ST-523/97; SU 510/98)

- a. **Expulsión de la Comunidad.** En relación con la sanción de expulsión de la comunidad, La Corte estimó que no se inscribía dentro de la prohibición constitucional del destierro (C.P., artículo 34), la cual sólo hacía referencia a la expulsión del territorio del Estado mas no del territorio de las comunidades indígenas. , todo lo cual le otorgaba validez a la luz de lo dispuesto por la Carta Política. (ST-254/94; ST-523/97; SU 510/98)
 - b. **Despojo de parcelas.** El despojo de parcelas de cultivo como sanción a quien cometa una infracción se encuentra prohibido, como quiera que vulnera la prohibición de la confiscación (C.P., artículo 34). En efecto, la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ostentan sobre sus territorios no constituye argumento suficiente para privar a un individuo y a su familia de su única fuente de sustento, exponiéndolos a la indigencia. (ST-254/94; SU 510/98)
 - c. **El Cepo.** El cepo ha sido avalada por la Corte, la que ha señalado que esta sanción no constituye un trato cruel e inhumano (C.P., artículo 12). Según la Corte, esta pena, pese a los rigores físicos que implica, hacía parte de la tradición de la comunidad que la aplicaba (Emberá-Chamí), gozaba de aceptación dentro de ésta en razón de su alto grado intimidatorio y su corta duración y no causaba ningún daño grave a la integridad física o mental del condenado. (ST-349/96; SU 510/98; SU 510/98).
 - d. **El Fuede.** La Corte ha convalidado la adecuación del fuede a las normas de la Carta Política. En su concepto, según la cosmovisión de la comunidad indígena que la imponía (Páez), esta sanción no pretendía causar un sufrimiento excesivo sino, más bien, constituía un ritual de purificación (como que el fuede era equiparado al rayo) cuya función era restablecer la armonía rota por las acciones del condenado. Así mismo, la anotada sanción no producía daños físicos o mentales de una entidad tal que pudieran asimilarla a una forma de tortura ni implicaba humillación o exposición del individuo al escarnio público. (ST-523/97; SU 510/98)
- ✓ **La Ley Establecerá las Formas de Coordinación de esta Jurisdicción Especial con el Sistema Nacional.**

En el artículo 246 de la Constitución, en el cual se estableció la jurisdicción especial indígena, se le otorgó competencia al legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción

indígena con el sistema judicial nacional, sin embargo, a la fecha no se ha reglamentado dicha norma. En diferentes fallos la Corte ha sido muy clara en decir que la Constitución tiene efectos normativos directos y el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo¹⁰.

IV. EL TERRITORIO INDIGENA.

El Territorio en la Concepción Indígena.

En la cosmovisión indígena el territorio representa el universo, esto es, lo que está encima del suelo, sobre el suelo y debajo del suelo. Incluye los recursos naturales renovables (madereros, flora y fauna) como los no renovables (fuentes de agua, minas y petróleo). El territorio está ligado a lo sagrado, al espacio de reproducción social, de supervivencia física, de trabajo, solidaridad, y en general al ejercicio de su autonomía. Para los pueblos amazónicos, cada territorio está definido desde el poblamiento ancestral como la forma inicial de ordenamiento territorial tradicional. Es decir, cada pueblo desde la antropogénesis les fue dado un territorio.

El territorio es la unidad sociocultural sobre el que los indígenas realizan todas las prácticas, usos y costumbres culturales y mantienen vivo su idioma. El territorio es más que el espacio físico donde se consigue el sustento para supervivir, en él se encierra y se reproducen todas las relaciones cada punto del territorio amazónico tiene su descripción e importancia tanto en la vida cultural y de relación con los ríos y selvas.

Los territorios indígenas trascienden el concepto de tierra como propiedad y conjugan aspectos de la vida cultural, social, económica y espiritual de los pueblos. Alrededor de los territorios indígenas los pueblos indígenas construyen historias que transmiten los conceptos básicos sobre el origen y lo primigenio, y las que recuerdan a los personajes fundadores del lugar donde se vive. Estas historias constituyen la relación que las gentes establecen con el territorio en el conviven tanto con los hombres, los animales, las plantas y los minerales. En este lugar de vida cada uno de nosotros cumplimos una función determinada, es decir que, a través del lenguaje, los rituales, las costumbres, el arte, etc., recorremos y cumplimos el ciclo de vida para proteger y conservar nuestro territorio y desarrollar el conocimiento en beneficio de las futuras generaciones. *Es la reconocida relación hombre-naturaleza.*

El significado que tiene el territorio para los pueblos indígenas no ha variado a pesar de las vicisitudes del mundo contemporáneo. Es un lugar donde cada uno de nosotros convivimos con el otro ya sea este un ser humano, animal, vegetal o mineral. Es el espacio donde todos los seres cumplimos una determinada función o tarea, con la perspectiva de construir una convivencia armónica.

El valor del territorio en los pueblos indígenas se percibe sobre todo en su importancia espiritual y en el trabajo colectivo, en las chagras, mingas etc., allí, se practica la interacción, la solidaridad y reciprocidad con el otro con quien compartimos un mismo territorio. El trabajo en el territorio socializa

¹⁰ Corte Constitucional, (T-254/94; C-139/96).

la solidaridad entre quienes participan de diversas formas. Lo real, lo imaginario, lo espiritual, lo político, lo económico, lo ambiental y todo lo que implica estar en un determinado lugar de vida y pensamiento, permite desarrollar el arte, el pensamiento, la espiritualidad y la pervivencia de la vida como pueblos.

Todo lo que conservamos en nuestros territorios, la forma de vida armónica con la naturaleza y demás formas de organización propias son productos de grandes procesos de resistencia frente a gigantescos y dramáticos procesos de exterminio contra nuestros pueblos.

El Territorio en la normatividad Colombiana.

La Ley 21 de 1991 mediante el cual se ratificó el Convenio 169 de la OIT dispuso que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos *indígenas* reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”; así mismo, “el concepto de territorio cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos *indígenas* ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

El mencionado instrumento internacional establece que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”. Así mismo, los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos *indígenas* ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

Por su parte el Decreto 2164 de 1995 (art. 2) incorpora una definición de territorio de carácter legal: los territorios indígenas “*Son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales*”.

Los Resguardos Indígenas.

El resguardo es una institución cuya finalidad original era confinar a las poblaciones de indígenas que había sobre vivido a los procesos de exterminio adelantados por los invasores europeos en los tiempos de la colonia. Al ser apropiados los resguardos por indígenas como una herramienta para conservar los territorios, debieron afrontar otros procesos de expropiación de sus tierras en el periodo republicano. Muchos resguardos fueron declarados extintos o vacantes y por lo tanto sus tierras pasaron a manos de los hacendados. Hoy en día aun los pueblos siguen invocando la validez de los resguardos de origen colonial y republicano, los cuales son los territorios ancestrales que se han ido despojando por la invasión de colonos o la urbanización de los predios en el marco de la planificación

urbana de los municipios.

Características de los Resguardos Indígenas.

De acuerdo a lo establecido por la Constitución Política los resguardos poseen las siguientes características, art. 63 de la C.P.:

- ✓ **Inalienables:** No pueden ser ocupados por personas distintas a los indígenas.
- ✓ **Imprescriptibles:** No se acaban, siempre serán resguardos, como territorio colectivo, permanecen y el Estado tiene el deber de protegerlo (Fenómeno de desterritorialización por el desplazamiento forzado). Lo que significa que no se ganan ni se pierden por el transcurso del tiempo.
- ✓ **Inembargables:** Nadie se lo puede quitar, no es comercializable (no se puede comprar ni vender), ni embargable (por deudas).

Así mismo, la carta política subraya que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

Naturaleza Jurídica de los Resguardos Indígenas.

El Decreto 2164 de 1995 en su artículo 21 expresa 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.

"Los integrantes de la comunidad indígena de resguardo no podrán enajenar a cualquier título, arrendar por cuenta propia o hipotecar los terrenos que constituyen el resguardo".

El manejo y administración de los resguardos estará a cargo de los cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades, de acuerdo con sus usos y costumbres, la legislación especial referida a la materia y a las normas que sobre este particular se adopten.

Actividad No 2. "recorriendo el Territorio".

Metodología: Se conformarán 3 grupos de trabajo. A cada grupo deberá identificar los siguientes aspectos:

- ✓ Las comunidades del resguardo.
- ✓ Las cuencas, ríos.
- ✓ Los cerros más importantes.
- ✓ Los sitios sagrados más importantes y su significado.
- ✓ Las principales amenazas al territorio.

✓ Las zonas impuestas sobre el territorio.

Materiales: Croquis en Papel Periódico, Marcadores, Colores y Lápices No. 2.

Tiempo: 90 Minutos.

Observaciones: Cada grupo nombrará un relator y ponente que socializará en plenaria el trabajo del grupo.

La idea es hacer un mapa mental y viajar para recordar la importancia del territorio y todo cuanto existe allí.

V. LA CONSULTA PREVIA.

Uno de los temas más complejos que denota la existencia de múltiples intereses, que además ha generado debates no solo políticos sino jurídicos, y que ha ocasionado en los últimos tiempos mayor divergencia entre los grupos étnicos de Colombia y el Gobierno Nacional, es el de la *consulta previa*. A ello debemos los múltiples pronunciamientos de las altas Cortes sobre el particular, resaltando su importancia en la protección de la integridad étnica y cultural de la nación colombiana, como un instrumento garantizador del derecho fundamental a la participación en las decisiones que afecten a los pueblos indígenas y tribales.

¿Qué es la consulta previa?

La consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, de poder incidir sobre medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

Se fundamenta la consulta previa en el derecho que tienen los pueblos 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, en el derecho de dichos pueblos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (Artículo 7 Convenio 169 de la OIT).

La Sentencia SU-039/97¹¹ señaló los parámetros para la realización de las consultas previas con los grupos étnicos del país y en ella encontramos importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades. La Corte Constitucional dejó claro en esta jurisprudencia, que la consulta previa se constituye en un derecho fundamental cuando manifestó que “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura *un derecho fundamental* para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación”.

Y continúa la Corte Constitucional: “De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que *también tiene el carácter de fundamental*, como es el derecho de participación de la comunidad en la

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97 Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonel

adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, *adquiere la connotación de derecho fundamental*, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.

Sobre esta base es necesario considerar que:

- La consulta previa es un derecho de carácter colectivo que debe responder al principio de buena fe y debe ser realizada antes de la toma de la decisión
- Se realiza a través de un proceso de carácter público, especial y obligatorio en el cual se garantiza el debido proceso (principio de oportunidad, comunicación intercultural y bilingüismo).
- Se hace de manera previa a la adopción de medidas administrativas, legislativas o a la decisión sobre proyectos que puedan afectarles.
- Durante todo el proceso se garantiza el acceso a la información, la cual debe ser dada de manera clara, veraz y, sobre todo, oportuna

Objetivos de la Consulta Previa

La consulta previa permite que los grupos étnicos incidan en las decisiones administrativas, legislativas y de otro orden, que puedan afectarles. A través del ejercicio transparente de este mecanismo de participación, se están protegiendo los derechos que tienen las comunidades sobre sus saberes y sus riquezas.

1. En las medidas legislativas:

En la reciente sentencia de la Corte Constitucional sobre la inexecutable de la Ley General Forestal, el alto tribunal expresó que es necesario avanzar en la precisión en torno al alcance y al contenido del deber de consultar particularmente en cuanto tiene que ver con las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, aun cuando no estén circunscritas a la explotación los recursos naturales en sus territorios o a la delimitación de esos mismos territorios. Determina la Corte que tratándose de medidas legislativas, debe consultarse a las comunidades cuando estas las afecten directamente y aclara que “puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”(…) “Cabría, entonces, señalar que procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que deber ser, precisamente, objeto de la consulta previa(Sentencia C-030 de 2008).

De acuerdo con los señalamientos de la Corte, para que se cumpla con el requisito de la consulta previa en medidas legislativas es necesario:

- a) Poner en conocimiento de las comunidades la norma propuesta por intermedio de instancias suficientemente representativas

- b) Ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronuncien

2. *En las medidas administrativas:*

Por ejemplo en el caso de explotación de recursos naturales, la Corte Constitucional también se ha pronunciado en relación con los objetivos que tiene la realización de la consulta previa, referidos a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas. Al respecto señala que con la consulta previa se debe buscar:

- a) “Que la comunidad tenga un *conocimiento pleno* sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una *afectación o menoscabo* a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c) Que se le dé la oportunidad para que *libremente y sin interferencias* extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, *valorar conscientemente* las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, *pronunciarse* sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una *participación activa y efectiva* en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”¹².

En cuanto a los procesos de *licencias ambientales*, el artículo 1º del Decreto 1320/98 señala que, para la explotación de recursos naturales, la consulta previa tiene por objeto *analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio y las medidas propuestas para proteger su integridad*. Por esta razón, los estudios de impacto ambiental deben contemplar entre otros, los aspectos sociales, culturales y ambientales como instrumento para la toma de decisiones, para la planificación ambiental y para definir las correspondientes medidas de prevención, corrección, compensación y mitigación de impactos y efectos negativos de un proyecto, obra o actividad.

Finalmente, en el caso de adopción de niño, niña o adolescente indígena, cuando los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad, deberá realizarse la consulta previa y se debe contar con el concepto favorable de las autoridades de la comunidad de origen (Ley 1098 de 2006).

APLICACION DE LA CONSULTA PREVIA

De acuerdo con la normatividad, la consulta previa debe realizarse cuando:

¹² Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonel.

- Se desee expedir una medida del orden nacional, departamental o local susceptible de afectar estas comunidades
- Se vayan a erradicar cultivos de uso ilícito en sus territorios
- Se pretenda realizar procesos de investigación científica o arqueológica
- Las Fuerzas Armadas, el INPEC u organismos de seguridad del Estado pretendan desarrollar actividades en sus territorios
- Se desee realizar la adopción de menores de edad pertenecientes a estos grupos étnicos
- Se proyecte otorgar autorizaciones para realizar proyectos o utilizar recursos naturales renovables en sus territorios
- Se vayan a ejecutar proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios
- Se tramiten procesos administrativos ambientales que puedan afectarles, como por ejemplo licencias ambientales para la realización de proyectos, obras o actividades u otorgar permisos ambientales para la utilización de recursos naturales
- Se pretendan adoptar los regímenes especiales de manejo en el caso de traslape de parques con territorios indígenas
- En los casos de traslado de las comunidades de sus tierras tradicionales a otro lugar
- Se realice el diseño e implementación del Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas y de establezcan los planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado, para cada uno de los pueblos indígenas señalados por la Corte Constitucional en el Auto 004 de 2009¹³
- Se realice el diseño y la puesta en marcha de los planes específicos de protección y atención para cada una de las comunidades afrocolombianas en situación de desplazamiento y confinamiento y el plan de caracterización de los territorios colectivos y ancestrales habitados mayoritariamente por la población afrocolombiana, según lo señalados por la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009¹⁴.

Fundamentos constitucionales y legales de la consulta previa

La figura de la consulta previa aparece legalmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, ratificado en Colombia por la Ley 21 de 1991, el cual tiene como finalidad asegurar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a su territorio y la protección de sus valores culturales, sociales y económicos. Este convenio integra el bloque constitucional

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Auto No. 004 de 2009. Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado en riesgo de desplazamiento forzado. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Auto No. 005 de 2009. Protección de los derechos fundamentales de las personas y la población afrodescendiente desplazados por el conflicto armado en riesgo de desplazamiento forzado. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

de los derechos humanos de los pueblos indígenas como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Constitucional.

Este Convenio 169 en su artículo 6° dispone que 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 susceptibles de afectarles directamente. Además, deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos pueden participar libremente, que las consultas 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 igual forma, la Consulta previa tiene que ver con las garantías territoriales de los pueblos étnicos, ya lo establecía el Convenio 169 de la OIT en su artículo 7° al señalar que "los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultura".

A nivel del ordenamiento jurídico interno y como complemento al Convenio 169, encontramos las normas Constitucionales colombianas que protegen a las comunidades y sus derechos, entre las cuales está el de participar en la toma de decisiones que puedan afectarles. La Carta Magna considera que entre los fines del Estado, está el de facilitar la participación de todos, en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

La Constitución consagra el deber del Estado de realizar la Consulta Previa cuando señala que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y que en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330 parágrafo).

Por su parte, el Artículo 76 de la Ley 99 de 1993 mediante la cual se crea el hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se organiza el Sistema Nacional Ambiental, 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".

De otro lado, encontramos el Decreto 1320 de 1998 que reglamenta el procedimiento de la Consulta Previa a comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. El gobierno colombiano en su momento consideró que se "hace necesario reglamentar de manera especial la consulta previa a las comunidades indígenas y negras tradicionales mediante un procedimiento específico que permita a las autoridades ambientales ejercer su competencia en esa materia y cumplir el mandato contenido en el artículo 76 de la Ley

99 de 1993". Con anterioridad a esta disposición se realizaron consultas sin que necesariamente fuera una dificultad la falta de reglamentación del procedimiento. Esta norma ha sido muy controvertida por aspectos que tienen que ver especialmente con su legitimidad, legalidad, ámbito de aplicación y con el procedimiento allí establecido. Adicionalmente, la Corte Constitucional para algunos casos, ha ordenado su inaplicación por considerarla inconstitucional y contraria al Convenio 169 de la OIT.

En otro ámbito, es importante resaltar que en el desarrollo de la Consulta previa se debe tener en cuenta el DERECHO PROPIO, es decir, las normas y procedimientos propios que los pueblos indígenas desarrollan, principios que orientan la vida comunitaria y que reflejan no solo aspectos sociales sino, su relación con la naturaleza que les ha posibilitado el que hoy, en nuestro país, las zonas de mejor conservación y donde se cuenta con la mayor cantidad de recursos naturales, sean sus territorios¹⁵

¿Quiénes participan en la consulta previa?

La Consulta Previa aplica no solo para los pueblos indígenas sino también para las comunidades negras o afrocolombianas, raizales y los ROM o gitanos. Participan en ella además, las Instituciones del Estado y los responsables del proyecto, obra o actividad, el Ministerio del Interior y de Justicia a través del Grupo de Consulta Previa lidera el proceso de consulta y durante todo el proceso se debe contar con el acompañamiento del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y/o Personeros Municipales). También debe participar INCODER cuando se encuentran involucrados temas de tierras.

En el caso de exploración o explotación de recursos naturales, también se cuenta con la participación de la Autoridad competente que conoce de las autorizaciones ambientales (el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y/o las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible).

En relación con las comunidades, la Consulta debe realizarse teniendo en cuenta la representación y la autoridad propia, la interculturalidad y la lengua de las comunidades consultadas. La Consulta a los pueblos debe realizarse con las instituciones tradicionales y a través de sus autoridades o las organizaciones que las representen, que son las indicadas para manifestar los impactos sociales y culturales que un proyecto pueda generar.

Adicionalmente, el Estado cuenta con la Mesa Permanente de Concertación de Pueblos Indígenas debe acordar las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, además de evaluar la ejecución de la política indígena del Estado y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos. Le corresponde a esta mesa concertar el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con los pueblos o comunidades

¹⁵ Para mayor ilustración ver: ONIC, Derecho de los pueblos indígenas y sistemas de jurisdicción propia. ONIC. 2007, P. 38

indígenas (Decreto 1397 de 1996). Otro espacio importante de concertación es la Comisión Consultiva de Alto Nivel, una instancia de concertación específico de las comunidades afrocolombianas y las demás instancias representativas de los afrodescendientes.

Para concluir esta parte debemos señalar en primer lugar que la consulta previa es un importante instrumento para hacer realidad el deber del Estado de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, el cual se garantiza a través del ejercicio del derecho a la participación de los pueblos y comunidades en la adopción de las decisiones que se efectivizan a través del mecanismo de la consulta.

La Constitución de 1991 reconoce de manera preferente la diversidad natural y cultural del país y le impone el deber de proteger esa riqueza, tanto a los particulares como al Estado. El fortalecimiento de la participación de los pueblos indígenas y de los más grupos étnicos, la implementación y educación en el ejercicio de los diferentes derechos y mecanismos como la consulta, deben constituirse en asuntos prioritarios para el Estado.

Los derechos garantizan la pervivencia de los grupos étnicos con su cosmovisión y sus formas de organización, que en la norma existan estos derechos, no es suficiente, es necesario que también se establezcan mecanismos para garantizar el goce de los mismos y éstos pueden ser considerados como programas hacia el futuro, sino que deben garantizarse inmediatamente.

Se puede lograr proteger la integridad cultural, social y económica de estas comunidades a través de una gestión participativa, que permita buscar soluciones a los diferentes conflictos, el mejoramiento de la calidad de vida y la armonización de los procesos que generan las etnias colombianas.

Por las razones anotadas, consideramos que es deber del Estado dar cumplimiento al Convenio 169 de la OIT, a la Constitución y a las demás normas sobre la Consulta Previa e implementar su aplicación real y efectiva. El reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos tradicionales es una de las bases para la construcción de un país donde se fortalezcan los mecanismos de solución pacífica y concertada de los conflictos y se garanticen a través del ejercicio del derecho a la participación de la comunidad en la adopción de las decisiones, del reconocimiento de sus territorios y del respeto a su autonomía.

La consulta previa es un instrumento para: la pervivencia de los grupos étnicos como tales, para la preservación de la diversidad cultural; para garantizar la reproducción del grupo como entidad diferenciada caracterizada por la vida grupal y una organización social y para la conservación de los recursos naturales. Su valor radica además en el hecho de tener que ver con el uso del lenguaje, con las instituciones de poder y religiosas dentro de las comunidades, con el autogobierno y con la autonomía política de los pueblos y comunidades étnicas.

La consulta previa además de ser un instrumento de participación, es un instrumento de ejercicio real de la autonomía de los grupos étnicos. Un ejercicio de autogobierno y de articulación con los proyectos de desarrollo nacional y con sus planes propios de vida y sus modelos económicos que no están basados en la economía de mercado. Tiene esa doble connotación y por eso la

interculturalidad debe ser también un criterio fundamental de fondo en los procedimientos de la consulta.

En la amazonia contamos con varios escenarios de participación contamos con la MESA REGIONAL AMAZÓNICA, y las MESAS DEPARTAMENTALES DE CONSULTA PREVIA CON LOS PUEBLOS INDIGENAS, escenarios en el que se concreta el derecho a la participación en la toma de decisiones.