



MEMORANDO

PARA: Maria Fernanda Rojas Mantilla
Subdirector(a) del Departamento
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE PROGRAMAS Y PROYECTOS

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Concepto jurídico sobre la participación de comunidades indígenas en mesas de concertación y su impacto en sus derechos fundamentales.

En atención a la solicitud de concepto jurídico trasladada por la Subdirección General de Programas y Proyectos, la cual fue formulada mediante radicado No. E-2024-1000-322291 del 23 de septiembre de 2024, por los Gobernadores del Cabildo Indígena Consacá, Cabildo Indígena Tangua, Resguardo Indígena de Aponte, Comunidad Inga de Pasto, Cabildo Indígena Quillacinga de Mocondino, y Cabildo Indígena Nasa Úh, en aras de que se aclare si *"los derechos indígenas están atados a pertenecer a alguna mesa de concertación"*.

I. Competencia

La Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social de acuerdo con el numeral 8 del artículo 14 del Decreto 2094 de 2016 *"Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - Prosperidad Social"* tiene como función atender y resolver las consultas y peticiones de carácter jurídico elevadas al Departamento y por las diferentes dependencias de la Entidad, por lo que en el marco de dicha función procederá a resolver la solicitud trasladada por la Subdirección General de Programas y Proyectos elevada por los gobernadores del Cabildo Indígena Consacá, Cabildo Indígena Tangua, Resguardo Indígena de Aponte, Comunidad Inga de Pasto, Cabildo Indígena Quillacinga de Mocondino y Cabildo Indígena Nasa Úh.

II. Problema Jurídico

Mediante correo electrónico del 27 de septiembre de 2024 la Subdirección General de Programas y Proyectos trasladó a la OAJ solicitud de concepto sobre el siguiente problema jurídico:

¿Los derechos de las comunidades indígenas están atados a pertenecer a alguna mesa de concertación? ¿Tienen aplicación las decisiones tomadas en las mesas de concertación sobre aquellos que afirman no estar representados por los miembros indígenas de las mesas?





III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA

Con el propósito de dar respuesta al problema jurídico planteado en la consulta la Oficina Asesora Jurídica considera oportuno referirse al caso en concreto en los siguientes términos:

1. COMUNIDADES INDIGENAS EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política de 1991 estableció que Colombia es un Estado Social de Derecho, reconociendo que dentro del territorio nacional existen diversos grupos sociales, que son cultural y tradicionalmente diferentes a la mayoría de la población; diferencia sobre la que ha recaído una especial protección constitucional; por lo que el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural, responde al mandato constitucional de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa.

Igualmente, el artículo 1º de la Constitución Política señala que Colombia es un Estado “pluralista”, desprendiéndose de este término que en nuestro país coexisten diversos sistemas de gobierno y regulación social, a través de diferentes autoridades propias y de resolución de conflictos, como la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena, fundamentados en aspectos culturales, ideológicos, políticos, históricos o por la variada conformación de la estructura social que ocupan los diferentes individuos y poblaciones dentro de una misma sociedad.

Así mismo, el artículo 7º de la Carta Magna determina que el “*Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”, razón por la cual, se convierte en un postulado fundamental para el desarrollo y respeto de todas las culturas presentes en el territorio nacional, entre ellas, las distintas comunidades indígenas.

A su vez, el artículo 330 de la Constitución consagra que “*los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades*”, ejerciendo entre otras, la función de representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.

Por su parte, el artículo 13 superior, consagra el mandato de igualdad y, por lo tanto, rechaza los actos de discriminación fundamentados en razones de sexo, raza, lengua, entre otras. Asimismo, impone el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, de tal manera que para el caso que nos ocupa, la participación y representación de los gobernadores indígenas en pro de sus territorios, debe efectuarse de manera ecuaníme en las distintas instancias (nacionales y locales), sin que medien condiciones especiales para alguno de ellos.

2. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA





Las comunidades indígenas, en el marco de los postulados, principios y derechos fundamentales del sistema jurídico colombiano, son sujetos de especial protección constitucional en su diversidad, especialidad y autonomía. Tienen un lugar diferencial, y, por tanto, están cobijados por una serie de medidas de protección jurídicas, sociales y políticas que se traducen en postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho.

Dicha narrativa de derechos, propia del ser humano, no sólo es predicable de los sujetos en su dimensión individual. En su colectivo, las comunidades indígenas, también son susceptibles de la protección y garantía de sus derechos de naturaleza constitucional, convencional, legal y reglamentaria. Sobre la esfera colectiva en mención, la Corte Constitucional, en sentencia de tutela 380 del 13 de septiembre de 1993, aseguró que:

(...) La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser 'sujeto' de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a 'la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (...)

La justicia constitucional, en un desarrollo de amplia trayectoria, ha reconocido, reivindicado y resaltado un catálogo de derechos, del individuo y de la comunidad, que se pueden sintetizar de la siguiente manera: 1. el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida y de la prohibición de toda forma de desaparición forzada 2. el derecho a la identidad cultural y a la integridad étnica, cultural y social que se desprende de la protección a la diversidad y el carácter pluralista de la nación. 3. el derecho a la propiedad colectiva. 4. el derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlos. 5. el derecho a auto determinarse o a autogobernarse de conformidad con sus tradiciones y valores culturales propios, lo que implica el derecho a determinar sus propias instituciones jurídicas ¹ y a administrar justicia en su territorio de acuerdo con sus propias normas y procedimientos. 6. el derecho al debido proceso administrativo. 7. el derecho al retorno y reubicación como población desplazada. 8. el derecho a acudir a la justicia como comunidad. Es así como estos derechos, entre otros, buscan el fin esencial de maximizar la autonomía, preservar su cultura y servir como parámetro para la garantía del respeto a las diferencias culturales^[1].

El camino recorrido, en materia de progresión, reconocimiento, reivindicación y garantía de derechos de los pueblos indígenas, ha sido una manifestación de protección de las instituciones estatales y de la jurisdicción constitucional respecto a las comunidades más vulnerables del país, y dicho proceso continúa vigente, para que así, cada vez más, aumente el amparo en la autonomía, libre determinación e identidad cultural de estos colectivos, ya que en últimas, aquello se traduce en el control sobre sus estructuras sociales, formas de organización, creencias, usos y costumbres, y,





finalmente, en su inclusión en la sociedad desde un enfoque diferencial por la diversidad que los caracteriza.

3. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Consecuente a los razonamientos previos, las comunidades étnicas diferenciadas^[2], entre las cuales se encuentran los pueblos indígenas, tienen el derecho fundamental a la participación. Esta garantía fundamenta su existencia en el carácter democrático y pluralista de Colombia, así como en el reconocimiento de todas las personas a participar en las decisiones que les afectan. Al respecto, a través del Convenio 169^[3], sobre pueblos indígenas y tribales, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su artículo 6º, se establece el deber de los estados de:

(...) 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 (...)

establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden 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 (...)

Las normas transcritas evidencian el deber estatal de garantizar el derecho de participación que tienen los pueblos indígenas. En resumen, la progresión del imperativo de este postulado, desde una óptica jurisprudencial y normativa, se ha reseñado constantemente. Para dilucidar con claridad lo dicho, la Corte Constitucional, en sentencia de unificación 121 del 30 de marzo de 2022 (SU-121/22) acerca de las obligaciones del Estado para que la participación sea un derecho efectivo, dijo que se debe:

(...) (i) establecer los medios de participación, (ii) garantizar que el ejercicio de ese derecho se dé "libremente; (iii) consultar las medidas que sean susceptibles de afectarlos directamente; (iv) procurar la participación por lo menos en condiciones de igualdad respecto de otros sectores de la población; y, (v) en relación con la prospección o explotación de recursos, el estado debe establecer si estos pueden perjudicarlos y, de ser así, en qué medida (...)

Simultáneamente, es indispensable que, a partir de la afectación que pueda sufrir un colectivo definido, la participación sea activa y efectiva, es decir, en letras de la justicia constitucional que los pueblos indígenas:

(...) (i) sean informadas de manera oportuna y completa sobre los proyectos, obras y actividades (POA) que se desarrollan en sus territorios y que podrían llegar a afectarlos, indicándoles cómo la ejecución de los mismos podrían impactarlos; (ii) se propicien espacios de diálogo y concertación a los cuales sean convocados; (iii) tengan la posibilidad de pronunciarse de manera libre y sin





interferencias sobre las ventajas y desventajas, presentar sus dudas e inquietudes; y (iv) tener incidencia respecto de las decisiones adoptadas. (...)^[4]

Pues bien, el derecho a la participación garantiza íntegramente que, por intermedio de él, puedan “*expresar sus valores e intereses culturales en procura de que estos sean tenidos en cuenta*”^[5], y es así que, para materializar los fines esenciales de la sociedad, este postulado “*viabiliza la legitimidad de las medidas a desarrollar; permite corregir y compensar factores de discriminación; y facilita la implementación de herramientas con la fuerza jurídica suficiente*”. Lo antecedido, con el objetivo de que los pueblos indígenas asuman el control de su modelo de desarrollo económico, de sus instituciones y de sus formas de vida. En ese sentido, es razonable afirmar que del goce efectivo del derecho a la participación depende la autodeterminación de estas comunidades, la preservación de su cosmovisión y la protección de la diversidad étnica, filosófica y cultural.

En conclusión, es necesario un dialogo intercultural para adoptar las decisiones estatales que puedan impactar en los derechos de los pueblos indígenas, y dicha comunicación se materializa con la creación de espacios en los que se respeten, garanticen y amplíen los principios constitucionales de pluralismo, diversidad e igualdad que aseguran, al final, una sociedad que, de forma interconectada, existe con la libre autodeterminación de todos los pueblos.

En este punto, se debe resaltar que constitucionalmente se ha desarrollado el tipo de participación de los pueblos indígenas en distintos grados, valorándose a partir del nivel de afectación que puedan sufrir derivado de una decisión que impacte su cultura, su territorio, su ecosistema o su visión identitaria. Para una mayor precisión de lo reseñado, se debe mencionar que la Corte Constitucional, en sentencia de unificación 123 del 15 de noviembre de 2018 (SU-123/18), acerca de la división del derecho a la participación en tres caminos, explicó:

(...) (i) **participación de la colectividad en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos**, (ii) *consulta previa* y (iii) *consentimiento libre e informado* (...) Esta diversificación por escalas es el resultado de una comprensión de los derechos de las comunidades indígenas en clave del principio de proporcionalidad. Se trata entonces de establecer **límites en la aplicación de los derechos fundamentales**, entre ellos los de los grupos étnicos diversos en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos naturales y participación, a partir del balance adecuado entre los principios (...) **Cuando la medida no afecte directamente al pueblo étnico, la participación corresponderá al estándar de intervención básico** que se relaciona con la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que les interese. (Negrillas fuera de texto).

Con sustento a la narración que precede, en síntesis, se debe resaltar que el derecho a la participación de las comunidades étnicamente diferenciadas, entre las cuales se encuentran los pueblos indígenas, se debe graduar a partir de la afectación en sus derechos, en su cultura y en su cosmovisión del mundo. Por consiguiente, (i) ante una afectación directa intensa se requiere el consentimiento previo, libre e informado; (ii) si hay una afectación directa debe llevarse a cabo un





proceso de consulta previa; y, (iii) ante afectaciones leves la participación se debe dar en igualdad de condiciones.

En definitiva, es dable afirmar que el derecho de participación de los pueblos indígenas está sujeto al grado de afectación que se identifica en cada caso particular. Por tal motivo, el nivel de vinculatoriedad dependerá, en su medida, del impacto en la comunidad en sí, para luego proceder a determinar si se requiere elaborar un proceso de consentimiento libre e informado, la realización de una consulta previa o incluirlos en condiciones de igualdad respecto al resto de la ciudadanía.

4. MESAS DE CONCERTACIÓN EN LAS QUE SON PARTE LOS PUEBLOS PASTOS Y QUILLACINGAS

Por lo que se refiere al asunto, en su contenido más preciso, relacionado con la expedición del Decreto No. 2194 del 7 de octubre de 2013 *"por el cual se crea la Mesa Regional Permanente de concertación para el Desarrollo Integral de los Pueblos Pastos y Quillacingas y se dictan otras disposiciones"*, debe decirse que esta norma estableció un espacio de concertación entre las Autoridades Indígenas, el Gobierno Nacional y Departamental, conformado entre otros miembros, por los Gobernadores de los Cabildos Indígenas Pastos y Quillacingas, o su delegado.

Definiéndose con lo anterior, que la participación en las mesas de concertación corresponde a todos los gobernadores de los Cabildos Indígenas Pastos y Quillacingas, sin excluir a ninguna autoridad indígena que habite en dichos territorios; permitiéndoles igualmente que concreten con las distintas entidades del nivel nacional, departamental y municipal, la formulación, promulgación y ejecución de los planes, programas y proyectos relacionados con el buen vivir de los Pueblos Pastos y Quillacingas.

Adicionalmente, el referido decreto contempla, en el párrafo de su artículo 5, que dicha mesa sesionará en el territorio de los Pastos y Quillacingas del departamento de Nariño, garantizándose con ello la masiva participación de los gobernadores de estos cabildos indígenas, comoquiera que, se desarrollan dentro del mismo territorio al que pertenecen.

A reglón seguido, es preciso señalar que estas mesas, además de ser un espacio de concertación, también posibilitan que los acuerdos y compromisos adquiridos con las distintas instancias del nivel nacional, departamental y municipal se hagan extensivos a todos los integrantes de los Pueblos Pastos y Quillacingas del departamento de Nariño así no participen activamente en la mesa. Lo anterior, sin condiciones adicionales, dado que esta reglamentación expresamente señala que la finalidad es el desarrollo integral de estas comunidades, de modo que todos los beneficios, medidas y políticas públicas deben cobijar en general a toda la población que resida en ese territorio.

Desde tal óptica, y para el asunto de análisis, bastaría con demostrar ser integrante de un cabildo, resguardo o comunidad ubicada en el territorio de los Pastos y Quillacingas del departamento de





Nariño para ser beneficiario de los planes, programas y proyectos relacionados con el buen vivir que dispone el Decreto No. 2194 del 7 de octubre de 2013.

En atención a lo descrito hasta este punto se puede concluir que los derechos de los pueblos indígenas no están atados a pertenecer a alguna mesa o espacio de concertación del Gobierno Nacional, departamental y municipal, toda vez que es suficiente con acreditar ser integrante de algún cabildo, resguardo y/o comunidad de determinado territorio, para ser beneficiario de los programas sociales y de la atención estatal que se defina para cada población, sin que sea requisito tener una participación activa, pues los beneficios se hacen extensivos a todos los que integran la colectividad, en aplicación del derecho a la igualdad.

Así mismo, la disminución en la participación, máxime, si es una afectación leve, no implica que los derechos de los pueblos indígena sean desconocidos, ya que estos existen de manera autónoma e independiente entre sí. En consecuencia, todos los postulados, principios y garantías fundamentales, de los que son titulares, no están atados a pertenecer a alguna mesa o espacio de concertación del nivel nacional, departamental o municipal.

5. SOBRE LOS CONFLICTOS INTERNOS EN LA REPRESENTACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En la Sentencia SU-419 de 2024 la Corte Constitucional resolvió un caso donde, miembros de la comunidad indígena Arhuaca, no reconocían la representación de la autoridad indígena inscrita como cabildo gobernador del Resguardo de la Sierra Nevada en la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, ni tampoco reconocían la validez de la certificación otorgada por esta dirección sobre la calidad de autoridad del cabildo gobernador referido.

En dicha Sentencia, la Corte Constitucional resaltó que el registro en la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, y la certificación por parte de este órgano, constituyen

"mecanismos para facilitar la interlocución de las autoridades públicas con los pueblos indígenas y permitir que dichas comunidades y sus miembros puedan ejercer sus derechos fundamentales al autogobierno y a la administración del territorio y de los recursos, así como gozar de sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales".

Ahora bien, al encontrar que había grandes conflictos en el proceso de elección de las autoridades indígenas de la Sierra Nevada que se inscribieron y certificaron, sumado a que estos conflictos eran conocidos por el Ministerio del Interior, la Corte concluyó que se había vulnerado los derechos a la autonomía, al autogobierno y a la identidad e integridad étnica y cultural del pueblo Arhuaco.





Adicionalmente, se ordenó al Ministerio del Interior crear un "protocolo para proceder frente a posibles conflictos intraétnicos" y exhortó a las autoridades indígenas de la Sierra Nevada "a que se reúnan con el fin de resolver el desencuentro o y de establecer una fórmula temporal o definitiva respecto a quién o quiénes deben ser registrados como cabildo(s) gobernador(es)".

Sumado a lo anterior, la Corte esbozó que el Estado tiene el deber de promover:

(i) la autonomía indígena y el autogobierno, en función de los cuales le corresponde a cada pueblo indígena determinar quiénes son sus autoridades tradicionales y sus representantes legales de forma autónoma, sin interferencias externas y (ii) el principio de acción sin daño, según el cual las autoridades del Estado están obligadas a no causar daños en el modo de vida, en los derechos o en los procesos propios de los pueblos étnicos.

De lo anterior se puede colegir que, el principio general es que la representación de las comunidades indígenas en mesas de concertación u otras instancias de relacionamiento con el Estado se sustentan en el reconocimiento de sus propias formas de gobernanza y autodeterminación. En tal sentido, si no existe conflicto al interior de la comunidad sobre el proceso de representación, las decisiones de la autoridad que asuma la representación sí tienen efectos sobre los miembros de la comunidad. Por el contrario, si existe conflicto interno en las comunidades étnicas sobre la legitimidad y el proceso de la representación, las decisiones de dichas autoridades podrían estar viciadas, de forma tal que no tendrían efectos sobre los miembros de la comunidad.

Cabe recordar que, cada caso en concreto es el que determina si se viola la autonomía indígena y el autogobierno. En el caso expuesto se tomó en consideración que el Ministerio del Interior conocía del conflicto interno para concluir que se vulneraban dichos derechos, pero en otros casos puede haber hechos distintos que conduzcan a la misma u otra conclusión.

A este respecto, se sugiere elevar la solicitud de concepto al Ministerio del Interior, que por virtud del decreto 2194 de 2013 es el encargado de coordinar la mesa, para presentar el caso concreto y recibir una orientación más precisa.

Este concepto se rinde según el alcance del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley 1755 de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Para implementar políticas que fomenten el aprendizaje organizativo y la gestión del conocimiento, la Oficina Asesora Jurídica podrá publicar los conceptos jurídicos expedidos en desarrollo de su función consultiva, en la página intranet de la entidad.





Atentamente,

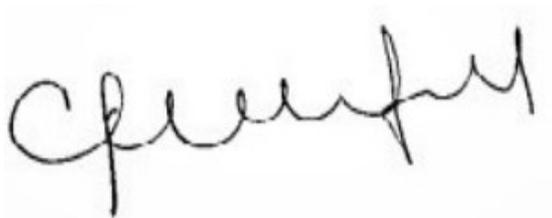
[1] Para mayor información véase, en detalle, las siguientes sentencias que contienen un número significativo de derechos de las comunidades indígenas: SU 510 de 1998. C-401 de 2005. C-180 de 2005. C-620 de 2003. SU-383 de 2003. T-776 de 2005. T-776 de 2005 SU-510 de 1998. SU-217 de 2017.

[2] La jurisprudencia constitucional ha reconocido como comunidades étnicamente diferenciadas a los pueblos indígenas, las comunidades negras, afrodescendientes, raizales palenqueras y al pueblo Rom. Al respecto, por ejemplo, ver los fundamentos 119 y 120 de la sentencia C-348 de 2021.

[3] Incorporado al sistema jurídico a través de la 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”.

[4] Sentencia de unificación 121 del 30 de marzo de 2022 (SU-121/22). Corte Constitucional.

[5] Sentencia de tutela 063 del 15 de febrero de 2019. (T-063/19). Corte Constitucional.



Claudia Liliana Quijano

Jefe de Oficina

Copia: Jair Samir Moreno Quiroz - GIT PRODUCCIÓN NORMATIVA Y CONCEPTOS

Copia: Nohora Sofia Urrea Heredia - GIT PRODUCCIÓN NORMATIVA Y CONCEPTOS

Copia: Luis Eduardo Ruiz Peña - GIT ENFOQUE DIFERENCIAL

Elaboró: Jair Samir Moreno Quiroz





No. de radicación: **M-2024-1400-055533**

Fecha radicación: 2024-10-22 02:43:08 PM

Revisó: Antonio Daniel Gil Lozano

