

## **La Consulta y el Consentimiento Previos, Libres e Informados**

### **Borrador de trabajo por GJS Taller Modular sobre Cn y Cs LPI**

Entregado también en borrador en la reunión del equipo coordinador y del Taller para la elaboración de la cartilla sobre Consulta y Consentimiento previos, libres e informados

hecha en Bogotá

Octubre 13, 15 y 15 de 2010

Es relativamente simple: el derecho a la consulta y al consentimiento previos, libres e informados es crucial en este momento político en Colombia tanto para el Gobierno como para los grupos étnicos y la sociedad en general. Y sobre todo lo es el derecho al **consentimiento libre, previo e informado**.

:-:-:-:-:-:

### **Análisis del Contexto político y el derecho a la consulta y al consentimiento previos, libres e informados.**

El nuevo gobierno pretende cimentar una nueva época liberal, acorde a las dinámicas de punta de la globalización económica; reconstituir la legitimidad hacia adentro y hacia fuera con una cara más democrática, y llegar a un nuevo acuerdo social mediante el avance en reformas sociales, especialmente en cuanto a la estructura de la tenencia de tierras y la reforma rural, que le permitan lo anterior. Quiere tener una nueva cara; productividad, eficiencia, seguridad, crecimiento económico basado en la extracción de los recursos naturales especialmente los minero energéticos y a la vez cimentar un orden social que permita este crecimiento. Quiere crear un nuevo marco social. No habla de ello, pero subyace a estos planteamientos y movimientos dos propósitos seguramente, que sea el Estado el que lleve a cabo las reformas sociales que permitan desactivar los movimientos sociales y la insurgencia y/o la necesidad de establecer en un futuro mediano a lo mejor, negociaciones políticas con la insurgencia y los sectores sociales para buscar soluciones estructurales al conflicto interno. Sin alguna de estas dos direcciones la propuesta de prosperidad, no podrá realizarse con una relativa paz social. Será prosperidad económica para el capital inversionista a costa del marginamiento y la exclusión social aún mayor con su consecuente empobrecimiento y acentuación de todo tipo de discriminaciones y restricción de las libertades.

Para esto adelanta una avalancha de propuestas de proyectos legislativos que tocan estos temas de fondo, temas estructurales como el de tierras y territorios, las reparaciones a las víctimas del conflicto político y armado, la restitución de tierras a los desterrados forzadamente, la ley marco de ordenamiento territorial y otras. En algunas de ellas –como la Ley Marco de Ordenamiento Territorial– está omitiendo los aspectos que afectan directamente a los grupos étnicos para evitar la realización de proceso de consulta y consentimiento previos libres e informados. O está después de habersen presentado ante el legislativo, buscando formulas que subsanen la falta de consulta y consentimiento previo, libre e informado. Ha anunciado hacer una ley de Ordenamiento Territorial posterior, sólo para los grupos étnicos. Al mismo tiempo ha anunciado sus cinco locomotoras dos de las cuales son la explotación de hidrocarburos y la otra la explotación minera.

De acuerdo a los planes de desarrollo y al Plan miunero energético, durante este gobierno se pasará a la fase de explotación intensiva a nivel nacional de los recursos naturales energéticos, mineros, maderables, aguas, etc... para su exportación.

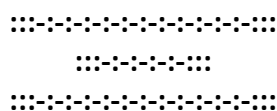
*“En Colombia, los datos oficiales del gobierno afirman que en el año 2000 las exportaciones mineras constituían el 38% del total de las exportaciones del país, que en el año 2009 alcanzaron el 51% y se calcula que en los próximos 10 años ascenderán al 57%. Además, entre los años 2000 y 2009, la participación del sector minero en la Inversión extranjera directa se incrementó en 22 puntos (del 21 al 43%) y se calcula que entre 2008 y 2015 el sector podrá recibir una inversión extranjera de 62.000 millones de dólares.”<sup>1</sup>*

Este modelo de desarrollo sacrificará de manera especial los derechos de los pueblos indígenas, afrodescendientes y campesinos. Y no cualesquiera derechos, los fundamentales: sus territorios, su libre determinación y su derecho a pervivir con identidad y culturas propias. De la minería a gran escala intensiva no quedarán tierras ni territorios para habitar, las formas de vida y economía propias serán eliminadas y negadas, y el modelo de mercado de un capitalismo extractivo salvaje arrasará con las posibilidades de una libre determinación de los grupos étnicos.

La consulta y el consentimiento previos libres e informados es el instrumento específico que permite exigir y proteger estos derechos; si se pasa por encima de ellos las afectaciones serán grandes, la mayoría irreparables y a múltiples comunidades étnicas.

Si estas leyes nuevas o leyes que reforman otras leyes pasan sin la realización de las debidas consultas previas, libres e informadas será imposible detener este futuro, pues las leyes aprobadas sin la visión y el respeto a los derechos étnicos empezarán a ser ejecutadas y cuando se traten de detener sus impactos negativos las comunidades estarán ya cada una enfrentada a su propia pelea local. Y ya no será posible armonizar mínimamente en las leyes nacionales el respeto a lo étnico con el modelo de desarrollo nacional. Ya no importará hacer leyes separadas para los indígenas y afros, cuando las otras leyes que los omitieron se están ejecutando.

Ante estas situaciones, es urgente realizar una visibilización internacional y una presión internacional por el cumplimiento con los derechos fundamtales de indígenas y negros. Exigir desde afuera el cumplimiento completo por parte del gobierno con la realización de las consultas con consentimiento previos, libres e informados en todas las leyes que los afecten. Sacar a los grupos étnicos de la cobertura de las leyes para hacer leyes específicas es quizás más grave, pues es relegarlos, diciendo que no se los negará sino se les aplazarán el cumplimiento de sus derechos fundamentales....¿hasta cuando?



---

<sup>1</sup> Boletín Tejido de Comunicación. ACIN. 20 de noviembre de 2010. Internet.

Las negociaciones entre comunidades de pueblos indígenas, del pueblo negro (afrodescendiente) o parte de sus comunidades con representantes de los Gobiernos nacionales de distintas épocas, se han ganado a pulso. Han respondido a condiciones de hecho: una movilización, una protesta, una recuperación territorial, una resistencia social activa, u otra condición de hecho que conlleva una fuerza y una organización que logra imponer el diálogo, la atención estatal y social y una negociación.

A su vez, son estas negociaciones las que han logrado el reconocimiento de los derechos y han impuesto el respeto de ellos. Reconocimiento y respeto que es deber del Estado garantizar y no debería esperar el gobierno a la protesta para cumplir con su obligación. Eso muestra una de las grandes limitaciones y obstáculos que se tienen y que afecta directamente el derecho a la consulta y al consentimiento previos, libres e informados. El estado colombiano aún no es un estado social de derecho si no un estado que protege lo patrimonial. Sin ésta fuerza de la movilización, protesta y organización de una resistencia social detrás de cada mesa de negociación establecida, la actitud de los Gobiernos habría sido y ha sido la de permitir activamente u omisivamente, -aunque se pueden encontrar casos y excepciones- el arrasamiento de los derechos de los grupos étnicos.

El reconocimiento formal en tratados, normas, declaraciones y constituciones de la consulta y el consentimiento previos, libres e informados como instrumento de exigibilidad del derecho a la participación, la autonomía de gobierno y territorial y a la libre determinación, obedece a la necesidad internacional de darle a los pueblos indígenas y tribales mejores herramientas para defender y exigir sus derechos. Y la experiencia de cómo se llega y se desarrollan estas negociaciones de derechos eran el camino experimentado y recorrido por los pueblos, reconocido en muchas dinámicas como exitoso y en otras no. Este paso a nivel internacional, es dado en las Naciones Unidas mediante la aprobación del Convenio 169 de la OIT en 1989, que abre el camino a un movimiento de reconocimientos de éstos mecanismos y derechos en las Constituciones o normas de distintos países. Entre ellos Colombia lo ratifica en 1991 y entra a regir en 1994.

El derecho se ha centrado en los procesos de consulta previa, libre e informada, pero se ha soslayado el alcance final de éste mecanismo, el **consentimiento** libre, previo e informado.

En Colombia llevamos entonces 17 años de vigencia del C 169, 17 años de diversos procesos y experiencias, en la mayoría de los casos negativos. El debate entre la Soberanía Nacional (Estados Nacionales) y la autodeterminación de las naciones indígenas o pueblos indígenas y afros, colonizados anteriormente, esclavizados y sometidos a servidumbre y ahora reconocidos como iguales en derechos, no es fácil. No sólo es legal, es también cultural y dirimir el derecho del estado a la propiedad de los recursos del subsuelo con los alcances de la autodeterminación de estos pueblos, tampoco es fácil, ni es un tópico sólo legal, ni sólo político, y además conlleva el peso de lo cultural.

Este salto de la informalidad a la formalidad toma por sorpresa a las organizaciones de los pueblos indígenas y negros, y no es reconocida de inmediato como un instrumento que los fortalece en capacidad de exigibilidad de derechos y tampoco reconocen en esta formalización la historia propia y el camino recorrido desde los procesos propios de resistencia y recuperación de derechos. Durante mucho tiempo se duda, se sospecha del instrumento. Los grupos étnicos lo empiezan a usar pero sin reconocer

sus características y alcances en beneficio de la realización de sus derechos y sobre todo sin poder hacer que en éste instrumento y procesos haya equidad en las negociaciones, igualdad y equidad de poder y no asimetrías históricas.

La formalización del instrumento y del derecho no implica la formalización de las formas de resistencia étnica, la movilización, la organización propia. Estas no pueden ser formalizadas ni normativizadas. Continúan siendo autonomía de las comunidades y de los pueblos y por experiencia continúan siendo la fuerza que permite que una negociación, o una consulta previa, libre e informada llegue al consentimiento previo, libre e informado y/o a concertaciones en condiciones de igualdad de poder. Al poder arbitrario o no de los Gobiernos le pone límites la fuerza de las comunidades exigiendo el cumplimiento de sus derechos. La protesta, la resistencia, la movilización pacífica es un derecho también, un derecho que hace parte de la participación no formal, no convencional. Un derecho que se desprende del derecho a la pervivencia y a la libre determinación.

El estado y los gobiernos también son sorprendidos por esta “nueva obligación” y las empresas privadas con intereses en territorios étnicos, de inmediato identifican este derecho como un obstáculo que necesitan tratar de solventar, disminuirlo u omitirlo. La presión de las políticas empresariales de explotación de recursos sobre el estado, da lugar a una confusión de las políticas del estado y se debate entre proteger los intereses de desarrollo empresarial privado o la protección de los derechos étnicos.

Conviven dentro del estado las dos posiciones en confrontación, lo que genera la actual fragmentación en el estado en cómo se asume y se aplica el derecho a la consulta previa, libre e informada y al consentimiento libre, previo e informado. estas normas o cómo se burla. Conflicto aún o resuelto.

### **Marco normativo nacional**

El artículo 330 de la Constitución Política de Colombia, el Convenio 169 de la OIT aprobado por ley 21 de 1991 y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas contemplan el derecho fundamental de los Pueblos Indígenas y del Pueblo Negro (comunidades afrodescendientes) a la Consulta Previa, libre e informada y al Consentimiento previo, libre e informado cuando se adopten medidas administrativas o se vayan a adelantar proyectos en territorios étnicos que puedan afectar su pervivencia, sus recursos naturales, su integridad étnica o cultural, su derecho al desarrollo según sus tradiciones, costumbres y escogencias propias, sean planes de vida de pueblos indígenas o planes de buen vivir de las comunidades negras.

Colombia se ha declarado una nación multiétnica y pluricultural (art. 2 y 7 de la CP), con una democracia participativa, que aún no ha terminado de apropiarse del significado de este carácter y con gobiernos que ven los espacios de participación con decisión como un obstáculo a sus políticas públicas y a sus decisiones. Se continúan preferiblemente formas de democracia representativa muchas veces deformadas por el clientelismo o corruptas y niegan, estimatizan y criminalizan las formas de participación no formal, la protesta, la movilización, la resistencia sociales y políticas. Los derechos que han sido reconocidos en leyes, normas, códigos son amplios, pero su cumplimiento está lejos incluso de los mínimos (estándares) que la Constitución Política y los tratados internacionales. El nuevo estándar sobre el tema lo ha fijado La Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde

consigna con claridad el derecho al consentimiento libre, previo e informado.

### **Algunas notas sobre la experiencia de 17 años de aplicación de los derechos a la Consulta previa, libre e Informada en Colombia y el Consentimiento libre, previo e informado**

1. No se aplicado para la elaboración de leyes y normas ni antes de la expedición de leyes, decretos, reglamentaciones. Tampoco en la formulación de políticas públicas y planes de desarrollo, ni en otras decisiones administrativas del Gobierno que pueden afectar los territorios y-o la integridad étnica y cultural de estos Pueblos o su pervivencia. Como son la aprobación de proyectos mineros la adjudicación de títulos y concesiones mineras, energéticas, viales, proyectos energéticos o extractivos de otros recursos naturales que se vayan a desarrollar en los territorios étnicos. Su aplicación se ha reducido al momento de ejecución de proyectos de desarrollo y a veces al momento de la expedición de permisos y licencias ambientales. Para adelantar explotaciones de recursos naturales.
2. La consulta previa, libre e informada que busca proteger la integridad cultural de las comunidades negras e indígenas se ha buscando restringirla así a un trámite administrativo para la expedición de permisos y licencias ambientales. E incluso se viene aplicando o intentando aplicarla de manera recortada en el caso de los proyectos que requieren licencia ambiental, y sujetarla al protocolo que trae el decreto (el D.1320 de 1998) que fue expedido sin consulta previa, a espaldas de las organizaciones étnicas representativas y para solventar el trámite de expedición de la licencia ambiental de la Occidental de Colombia en el caso U'wa del Bloque Samoré y el caso de la represa de Urrá. La aplicación de este derecho en los proyectos mineros el Gobierno ha pretendido que sea recortado exclusivamente a la fase de inicio de la explotación de los recursos, y se ha negado para los momentos de elaboración del proyecto, de exploración y de expedición de títulos y concesiones. (Ver carta conceptos del Ministerio de Minas al director del Programa Presidencial de DDHH de la Presidencia de la República) negando entonces de hecho el derecho y colocándo a las comunidades y pueblos étnicos en una arrasadora desventaja de condiciones para la toma de decisiones en ese supuesto trámite de consulta. Y aún más le es negado hasta ahora a las comunidades y pueblos étnicos el derecho fundamental al consentimiento previo, libre e informado. Ha sido negado en razón de que los Gobiernos y las empresas alegan la prioridad del interés nacional y del modelo de desarrollo nacional extractivista y la propiedad de los recursos de la nación sobre los recursos del subsuelo y sobre los intereses de las comunidades o pueblos afectados. La Corte Constitucional de Colombia pidió su inaplicabilidad en cuanto el decreto 1320 de 1998 viola el contenido del derecho.
3. En la mayoría de los casos de realización de procedimientos de consulta previa, libre e informada realizados en Colombia, y es posible que haya cerca de 500 o más procesos abiertos o realizados, la aplicación de la misma es deficiente, los acuerdos establecidos con las comunidades, cuando se han hecho, se cumplen deficientemente o no se cumplen simplemente y nadie hace seguimiento y control a lo establecido al final de los procesos realizados. Hemos visto el caso del Puerto carbonífero de Brisa en La Guajira que a pesar de haberse realizado años antes una consulta que negó la construcción de ese Puerto en el territorio donde se construyó, realizó una segunda consulta realizada de mala fé y sin los requisitos de ley ignorando la decision anterior. Muchos procesos de consulta previa, libre e informada pueden ser caracterizados como hechos mal, de mala fé, con trampas, con información deficiente. Algunos proyectos que se han dado con estas circunstancias han sido detenidos a través del ejercicio de

la tutela.

4. Hay consultas en las que la participación de las comunidades ha sido presionada por circunstancias políticas, de orden público o de actores armados, lo que hace que la consulta no pueda hacerse en condiciones de libre decisión por parte de los grupos étnicos, ni con libertad de información, y reflexión. Por lo tanto no han sido **libres**. Las consultas son presionadas a concluir hacia una dirección determinada por actores armados que actúan en los territorios de interés de proyectos extractivos. Es decir el conflicto armado interno no permite que una consulta y un consentimiento previo, libre e informado pueda hacerse, están de por medio presiones, amenazas a la vida de los líderes o lideresas, a las organizaciones y miembros de éstas, a la libre circulación dentro del territorio entre otras condiciones de violencia social y política. Los grupos paramilitares continúan existiendo, las Aguilas Negras de nueva Generación, Rastrojos, etc... u otros nombres. Los grupos paramilitares le disputan el control de los territorios a las comunidades y a veces con la insurgencia, en los sitios donde hay proyectos grandes de desarrollo. Se encuentran vinculados de diferentes maneras ilegales a la extracción de recursos mineros para beneficio directo propio o indirecto. Y actúan en esos territorios a nombre de defender éste desarrollo extractivo, intensivo, inequitativo sin importarles la pobreza, miseria, despojo y desplazamiento que sufren a partir de ellos las comunidades. Los casos así son innumerables. Las amenazas que realizan no se quedan en el papel o los teléfonos, las hacen realidad, y así continúan siendo asesinados dirigentes campesinos, indígenas, afros o son obligados al destierro y el exilio.
5. Tampoco se cumple el requisito de que las consultas y el consentimiento sean **previos**. Se convocan sobre el momento de iniciar la ejecución de los proyectos y a veces después.
6. Tampoco se ha cumplido con la característica de que ellas sean informadas, pues al llegarse con años de atraso por parte de las comunidades a la discusión de un proyecto ya estudiado, con inmensas inversiones realizadas para su elaboración, aprobado en las empresas nacionales o multinacionales y en distintas instancias del estado, pasan varias cosas: 1) no se puede acompañar y conocer toda la información que ha dado lugar a la elaboración de un proyecto. 2) se manipula la presentación de la información para que se favorezca la aprobación del proyecto. 3) se entrega la información en un lenguaje técnico que le impide a quienes no tienen los conocimientos especializados en el tema apropiarse de su significado, de sus consecuencias y de los impactos. 4) se omite históricamente por parte de las empresas y de los gobiernos, estudiar y evaluar objetiva y participativamente los impactos ambientales, territoriales, culturales y sobre los derechos humanos del proyecto, por lo que estos estudios se hacen por los mismos interesados en la aprobación del proyecto y sin la participación adecuada, sin tener en cuenta la cosmovisión particular de los impactos. 5) se esconde información sustantiva y/o se deforma. 6) no se forma a los representantes del estado y de las empresas en los derechos que tienen que respetar y a los representantes de los pueblos étnicos en la información técnica que van a recibir. 7) no hay transparencia en la información sobre las mismas compañías, quiénes son, que historia tienen, qué objetivos tienen, de dónde provienen y adónde van los recursos y beneficios obtenidos. 8) las empresas con el conocimiento de sectores del estado, realizan con anterioridad –años por lo general- prácticas de programas asistencialistas e inversiones, repartición de prebendas y beneficios, inversiones dirigidos a comprometer y a comprar la conciencia de las gentes. Estas prácticas las están llamando aplicación de los Códigos de Responsabilidad Social Empresarial. Esta práctica la

realizan antes de que las organizaciones sociales representativas sean llamadas a iniciar procesos de consulta y consentimiento previos, libres e informados. Mediante estas prácticas cooptan a miembros o dirigentes de las comunidades, recogen información sin permiso, dividen y debilitan a las organizaciones sociales legítimas y representativas para poder imponerse más fácilmente y hacer incluso suplantación de los representantes legítimos.

7. Las calidades de un proceso verdadero de Consulta y Consentimiento, esto es previa, libre e informada, no se cumplen a cabalidad por otras diferentes razones que también concurren como: el desconocimiento de hecho al ejercicio de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas y Negro; la discriminación y el racismo que reproducen relaciones de subordinación; la exclusión y marginación histórica de los Pueblos Indígenas y Negros de los ámbitos de la democracia participativa y de los beneficios del desarrollo social y económico.
8. El derecho al consentimiento previo, libre e informado a pesar de que ya ha sido reconocido en sentencias de la Corte Constitucional colombiana y en dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que se han delimitado los criterios en los cuáles es obligatorio cumplir con las garantías plenas al ejercicio del consentimiento por los grupos étnicos, sigue siendo cuestionado por las empresas y por el gobierno. El Ministerio del Interior coayuvó la demanda de la Muriel Co contra la Sentencia de la Corte Constitucional que anuló el proceso de consulta por no haber sido ni previo, ni libre ni informado en el caso de Mandé Norte o Cerro Careperro, por incompleto y encontrarse irregularidades diversas, y no haber respetado el derecho al consentimiento previo, libre e informado.<sup>2</sup>
9. El Estado y el Gobierno no han velado porque no se conflictúen y polaricen los procesos de Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado en la medida que no ha garantizado en la política pública la protección a la integridad étnica y cultural de los pueblos indígenas y negro parcializando su actuación a favor del desarrollo extractivo de los recursos del país en los territorios colectivos de indígenas y afros.
10. Las reglamentaciones que se han realizado por parte del gobierno son inadecuadas e inconsultas y han buscado restringir los derechos fundamentales a la participación y a la autodeterminación de gobierno y de desarrollo propio de afros e indígenas. Los ejemplos son el decreto 1320 de 1998, la Directiva presidencial 01 de 2010, el concepto de la Dirección de Minas del Ministerio de Minas dado en carta al Programa Presidencial de DDHH.
11. La mayoría de las leyes que se han expedido en los últimos años que afectan a los pueblos étnicos, como es el caso de las leyes de Desarrollo Rural, la Ley Forestal, la reforma al Código de Minas del 2010 y sus decretos reglamentarios, el Plan nacional de Desarrollo del último gobierno de AUV, no han sido consultadas. La Corte Constitucional declaró estas leyes inexecutable total o parcialmente o están demandadas. El Nuevo Gobierno 2010-2014 radicó varios proyectos de ley que afectan de manera determinante a los pueblos indígenas y a los pueblos negros, entre otras comunidades también afectadas como las campesinas. En la introducción se habló de ellas.
12. La realización de la consulta previa, libre e informada bajo la forma acostumbrada de mesas de trabajo,

---

<sup>2</sup> Ver al final los apartes de las Sentencias de la CIDH.

de concertación u otras para diferentes leyes en el país tiene varios antecedentes. Dos casos fueron: El primer **Código de Minas**, el cual contenía un amplio capítulo de protección de la minería tradicional, ancestral y artesanal y a la minería indígena. Este capítulo fue redactado palabra a palabra en una mesa de concertación entre representantes del gobierno Nacional (Minas, Gobierno y otros) y representantes de las organizaciones indígenas nacionales y regionales donde había minería indígena. La ley 160 de Tierras y el decreto reglamentario de Tierras indígenas, fue así mismo concertado numeral a numeral en los acápites que afectaba a los indígenas entre representantes del gobierno (Incora, Presidencia, Min Interior y otros) y representantes de la ONIC y otras organizaciones locales. Luego la consulta previa a leyes que afectan a los pueblos étnicos ha tenido una historia y es una costumbre por parte de Gobiernos anteriores. Y no se alegaba que primara el interés nacional sobre los intereses étnicos, si no que en esas concertaciones se debatía el lugar del interés nacional y de los derechos étnicos y si no había acuerdo se discutía hasta tratar de llegar a una concertación, al que casi siempre se llegaba.

13. ¿Cómo se pondera y se estima el interés nacional y que éste prima sobre los derechos de los grupos étnicos? Esta reflexión hay que hacerla. Porque hasta ahora se han aplicado criterios unilaterales, de los beneficios monetarios para “bien de toda la nación” ingresados en un gran fondo que se llaman las regalías. El criterio de interés nacional respecto a la minería del oro es el de que en un determinado territorio haya más de 1.000 gramos de oro por tonelada posibles de extraer. Entonces se declara el proyecto de “interés nacional” y se le entrega a una empresa para una explotación a gran escala. Este criterio es cuestionable. Habrá que construir criterios sólidos y respetables.
14. La Corte Constitucional en la Sentencia C 710 del 2010 y define el alcance de la expresión medidas legislativas del Convenio 169 de la OIT así:

### **“3. Fundamentos de la decisión**

*La Corte comenzó por recordar que la consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades étnicas derivado de su derecho a la participación, a la libre determinación, a la autonomía y a la integridad cultural, reconocido expresamente en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, instrumento que de conformidad con el artículo 93 superior hace parte del bloque de constitucionalidad. De igual modo, la consulta previa es un requisito que debe surtirse antes del trámite de cualquier medida legislativa y no se subsana con la existencia de espacios generales de participación dentro o fuera del trámite legislativo.*

*A juicio de la Corte, el concepto de medida legislativa cubre los actos legislativos pues, en primer lugar, la finalidad que animó la expedición del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación eficaz. Así las cosas, la expresión “medidas legislativas” utilizada por el artículo 6° del Convenio 169, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cubra todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. En segundo lugar, de acuerdo con una interpretación pro homine, la exégesis de la expresión “medidas legislativas” que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho fundamental de las comunidades étnicas. Por último, en el derecho constitucional colombiano, la palabra ley no tiene un sentido unívoco y, por lo tanto, el adjetivo legislativo tampoco lo tiene. La expresión “medidas legislativas” no puede entenderse que concierne exclusivamente a las leyes en sentido formal; a la hora de hacer la exégesis de dicha expresión para determinar el alcance del derecho de consulta previa, es menester escoger la interpretación que permita hacer realidad el deber estatal de reconocimiento, garantía y promoción de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como lograr la efectividad del derecho a la consulta.*



**Como lo ha señalado la jurisprudencia, la omisión de consulta previa es un vicio de forma que se proyecta sobre el contenido de la medida legislativa respectiva y que, por tanto, puede viciar la constitucionalidad de un acto legislativo. En efecto, aunque la consulta es un procedimiento dirigido a garantizar derechos fundamentales, no por ello abandona su naturaleza procedimental.**

*En el caso concreto, la Sala Plena no observó evidencia de la realización de una consulta a las comunidades étnicas concernidas directamente, antes o durante el trámite del inciso 8 del artículo 2° del Acto Legislativo 01 de 2009. Además, la Corte solicitó al Presidente del Congreso información al respecto, y éste tampoco aportó prueba de la realización de la consulta previa. Por tanto, el inciso acusado resulta inconstitucional.*<sup>3</sup>

Esta definición de la Corte Constitucional permite inferir entonces que medidas legislativas incluye además de las leyes en estricto sentido, cualquier normatividad que afecte el reconocimiento, garantía y protección de la diversidad cultural, y que además de ser un derecho derivado de los derechos fundamentales que garantizan la pervivencia étnica y cultural es una obligación procedimental para los requisitos de constitucionalidad de una norma o ley.

15. Para dar seguridad jurídica a los inversionistas privados, en mayo de 2010 expidió la Presidencia de la República una Directiva presidencial la Número 01, que si bien adopta algunos de los criterios y expresiones del Convenio 169 y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no lo hace de manera completa. Esta Directiva fue consultada y representa un intento de reglamentar por vía gubernativa la Consulta Previa, Libre e Informada y el Consentimiento libre, previo e informado, imponiendo un marco de aplicación que en diversos aspectos es lesivo empezando por el no haber sido consultado previamente.

:::::~::~:  
:::::~::~:

**Párrafos sentencia Corte IDH, Pueblo Saramaca, 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172 (negrita y rojos son resaltados en éste texto) MCG**

133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (*supra* párr. 129). Este deber requiere que el Estado **1) acepte y brinde información**, e implica una **2) comunicación constante** entre las partes. **3)** Las consultas deben realizarse de **buena fe**, **4)** a través de **procedimientos culturalmente adecuados** y **5)** deben **tener como fin llegar a un acuerdo**. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, **6) de conformidad con sus propias tradiciones**, **7) en las primeras etapas del plan**

---

<sup>3</sup> Comunicado de Prensa, No. 45 del 6 de septiembre de 2010. CC de Colombia. ST C 710 del mismo año.

**de desarrollo o inversión** y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka **8) tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad**, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, **9)** la consulta debería tener en cuenta los **métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones**<sup>4</sup>.

134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis.

135. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden **1) la pérdida de territorios y tierra tradicional, 2) el desalojo, 3) la migración y 4) el posible reasentamiento, 5) agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, 6) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, 7) la desorganización social y comunitaria, 8) los**

---

<sup>130</sup> Asimismo, en *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice*, la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de "consentimiento pleno e informado" requiere "como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva". *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo, supra* nota 84, párr. 142. *Cfr.* también, los Principio del Ecuador, Principio 5.

**negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, 9) abuso y violencia.**<sup>5</sup>

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”<sup>6</sup>.

---

<sup>131</sup> ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, supra nota 97, p. 2.

<sup>132</sup> ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, supra nota 97, párr. 66.