

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL
- Sala Plena -

SENTENCIA C-175 de 2009

Ref.: Expediente D-7308

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, “*por la cual se dicta al Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones*”.

Actores: Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón y Astrid Orjuela Ruiz.

Magistrado Ponente:
Luis Ernesto Vargas Silva

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón y Astrid Orjuela Ruiz, instauraron demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1152 de 2007, “*por la cual se dicta al Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones*”, en su integridad.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

En razón de su extensión, la norma demandada, publicada en el Diario Oficial 46.700 del 25 de julio de 2007, se transcribe en el Anexo que hace parte de esta sentencia.

III. LA DEMANDA

Los demandantes consideran que la Ley 1152/07, en su integridad, es inexecutable en tanto viola los artículos 2º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, que en criterio de los actores hace parte del bloque de constitucionalidad. Ello debido a que la disposición no fue consultada a las comunidades indígenas y afrodescendientes, antes de la radicación del proyecto de ley correspondiente, ni durante el trámite del mismo en el Congreso.

Para sustentar esta posición, la demanda inicia con una exposición sobre las reglas planteadas por la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a través de una oportunidad real y efectiva de pronunciarse respecto de las iniciativas legislativas y medidas administrativas que pueden afectarlas en cualquier aspecto.

Luego, establece que para el caso particular de la ley acusada, que consagra el Estatuto de Desarrollo Rural (en adelante EDR), su contenido no fue consultado con las comunidades indígenas y afrodescendientes. Señala que si bien es cierto durante el trámite del proyecto de ley se realizaron algunas reuniones donde se informó a ciertos sectores sociales sobre el mismo, este trámite, a la luz de lo expuesto por la Corte en la sentencia SU-039/97, no tienen un alcance tal que permita acreditar el cumplimiento del requisito de consulta.

En relación concreta con cada una de las autoridades públicas involucradas con ese proceso, los demandantes sostienen que ninguna de ellas cumplió con el citado requisito constitucional. Así, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, indicó que la consulta la había adelantado a través de la Alta Consultiva de Negritudes y la Comisión Nacional de Territorios, ente éste último respecto del cual había realizado todos los esfuerzos para obtener consensos, a partir del mantenimiento de los canales para ese propósito. Empero, declaraciones públicas de la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC, entidad que hace parte de dicha Comisión, indican que el proyecto de ley no contó “*con la debida participación de las comunidades*

rurales, directamente afectadas con la decisión". Además, los delegados indígenas ante la Comisión Nacional de Territorios, reunidos en Bogotá los días 30 y 31 de mayo y 1º de junio de 2007, momento en que el Ministerio señala que se realizó la consulta, enviaron una comunicación al Congreso de la República, en el que ponen de presente los peligros que para su subsistencia involucra la ley acusada y sostienen que no se les consultó oportunamente sobre su contenido. Al respecto, ponen de presente en la comunicación que, en criterio de las comunidades, la consulta no tiene el único propósito de ser escuchadas, sino que debe realizarse *"con la finalidad de llegar a un acuerdo"*. Consideraciones similares fueron expuestas por los Mamos de la Sierra Nevada, quienes indicaron que el proyecto de ley afectaba de manera grave sus intereses, por lo que el Gobierno estaba obligado a propiciar espacios efectivos de participación. Con base en estas comprobaciones, los demandantes indican que contrario a lo afirmado por el Ministerio, en lo que tiene que ver con el EDR no se hizo efectivo el derecho fundamental a la consulta previa. Este hecho se comprueba, además, con el hecho que la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, no haya sido convocada, en los términos del Decreto 1397 de 1996, para los fines correspondientes y descritos por la Corte en la sentencia C-030/08.

De otro lado, señalan los demandantes que lo afirmado por el Ministerio, en el sentido que el proceso de consulta propició la modificación de algunos artículos del proyecto de ley, resulta desvirtuado por las manifestaciones efectuadas ante la Plenaria del Senado por parte del senador indígena Ramiro Estacio. En criterio de este congresista, el proyecto estaba viciado de inconstitucionalidad, pues se había omitido el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas. Así, conforme lo señala la demanda, la omisión del requisito constitucional de la consulta previa fue pretermitido, debido a que *"i) No fueron citadas las instancias correspondientes para la consulta del proyecto, y aquellas con quienes se afirma se surtió la consulta en diferentes pronunciamientos han reclamado al Gobierno Nacional, especialmente al Ministerio de Agricultura y al Congreso de la República, la falta de consulta previa; ii) El senador Indígena Ramiro Estacio convocó un Foro Indígena a partir del cual se hicieron algunos aportes al proyecto de ley, como lo reconoce el Ministro de Agricultura. Sin embargo, esos acercamientos promovidos por el H. Senador Estacio no constituyen consulta previa, por no cumplir los requisitos establecidos por la Corte Constitucional al respecto, como lo advirtió el mismo Senador y como lo manifestaron en su momento las comunidades afectadas."*

Agregan los actores que el Foro en el que, a juicio del Ministerio, se acreditó el requisito de la consulta previa, no reunió los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para ese proceso. En tal sentido, si bien la reunión desarrolla el derecho a la participación, lo hace de forma genérica, lo que no incorpora debidamente los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes. A este respecto, la demanda resalta que según las reglas

fijadas por la Corte en la sentencia C-030/08, la participación general, que se concreta en la elección de los congresistas por parte de los miembros de las comunidades, es distinta al derecho fundamental de la consulta previa en los casos de proyectos de ley que susceptibles de afectarlas directamente. *“Así, los foros convocados por el H. Senador Indígena Ramiro Estacio constituyen el desarrollo del derecho a la participación en sentido general, esto es, el derecho del Senador de conocer las opiniones de diferentes sectores sociales durante el trámite de un proyecto de ley, mas no el desarrollo del derecho fundamental a la consulta previa, obligatorio durante el trámite del Estatuto de Desarrollo Rural por afectar directamente a las comunidades indígenas y tribales.”* De otro lado, también debe resaltarse que al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en su condición de autor del proyecto de ley, le correspondía un deber especial de garantía de ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa, conforme lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional respecto de las iniciativas gubernamentales que afectan los intereses de las comunidades tradicionales. Sin embargo, los demandantes insisten en que ese procedimiento no fue llevado a cabo.

En relación con el trámite surtido ante el Senado de la República, la demanda pone de presente que luego de solicitada la información pertinente, se pudo comprobar que en las distintas Gacetas del Congreso que dan cuenta del procedimiento legislativo, no existe ninguna alusión al derecho de consulta de las comunidades indígenas y afrodescendientes, salvo alusiones en el informe de ponencia para primer debate, que incluye dos artículos en el pliego de modificaciones, que contemplan la obligación de realizar la consulta previa *“i) en casos de adecuación de tierras de comunidades indígenas o minorías étnicas y ii) cuando se trate de la formulación, implementación y ejecución de programas y proyectos en territorios de las comunidades indígenas.”* De otro lado, la exposición de motivos de la ponencia favorable para segundo debate en Senado pone de presente que la consulta previa, establecida por el Convenio 169 de la OIT, tendría que realizarse antes de la sanción de la ley contentiva del EDR. Finalmente, existen pronunciamientos efectuados en la Plenaria por los senadores Ramiro Estacio y Alexander López Maya, que sostienen la falta de cumplimiento del requisito mencionado.

En lo que tiene que ver con el mismo trámite, esta vez ante la Cámara de Representantes, la demanda indica que el proceso de consulta previa tampoco fue realizado, como lo indicó la Representante por las comunidades negras María Isabel Urrutia ante la Plenaria de esa corporación. Advierten, de manera similar que ante la solicitud efectuada ante la Cámara, la Secretaría de la Comisión Quinta señaló a los demandantes que se habían realizado una serie de audiencias públicas, con el fin de recabar el punto de vista de los sectores sociales interesados en la materia del proyecto de ley. Esta actuación, a juicio de los libelistas, no cumple con las condiciones fijadas por la jurisprudencia constitucional para cumplir con el requisito de la consulta previa.

Por lo tanto, conforme a la información recabada ante el Ministerio de Agricultura y el Congreso de la República, los demandantes concluyen que “i) No existió consulta alguna a las comunidades indígenas y tribales con antelación a la presentación del proyecto de ley en el Congreso; ii) los mecanismos utilizados por el Ministerio de Agricultura para dar lugar a la consulta previa no estuvieron fundados en relaciones de comunicación y entendimiento ni se caracterizaron por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y el Gobierno, al punto que las instancias en las que el Gobierno señala haber consultado el Proyecto manifestaron constantemente sus múltiples reparos al mismo, entre ellos la falta de consulta previa; iii) las comunidades indígenas y afrodescendientes no contaron en ningún estadio del trámite legislativo con pleno conocimiento de las disposiciones que el proyecto implementa; iv) el proyecto de ley no se consultó con las autoridades representativas de las minorías étnicas habitantes de Colombia, al punto que la Comisión Nacional de Territorios protestó por la falta de consulta del mismo; v) el trámite que según el Ministerio de Agricultura se surtió no garantizó la participación efectiva de todas las comunidades, de conformidad con sus usos, costumbres, tradiciones y métodos de toma de decisión; vi) nunca se surtió consulta alguna sobre el trámite de consulta mismo; y finalmente, vii) no hubo consentimiento libre, previo e informado de las comunidades susceptibles de ser afectadas por el Estatuto de Desarrollo Rural”

El contenido del EDR, en criterio de la demanda, debe consultarse. En efecto, si el objetivo del mismo es establecer un marco regulatorio dirigido a lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural, es evidente que afecta a las comunidades indígenas y afrodescendientes, puesto que sus miembros conforman principalmente ese sector. Además, el texto del EDR prevé normas que afectan directamente los intereses de dichas comunidades. Sobre el particular, si se parte de advertir el especial significado de la tierra dentro de la cosmovisión de las comunidades tradicionales, reivindicada por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional y de tribunales internacionales, toda norma que establezca un régimen que incorpore reglas relacionadas con el derecho de esas comunidades a gozar de la propiedad colectiva sobre sus territorios y ecosistemas, tiene efectos concretos respecto del derecho a la diversidad cultural.

Al respecto, la demanda insiste en que el Convenio 169 de la OIT establece la obligación de los gobiernos de respetar la importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas y tribales reviste su relación con la tierra y los territorios y regula a través de diferentes artículos el derecho a la tierra: (i) el artículo 14 dispone que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho a la propiedad y de posesión sobre las tierras que generalmente ocupan, y señala además que se deben tomar las medidas necesarias para salvaguardar el derecho de estos pueblos a utilizar las tierras

que no hayan sido ocupadas exclusivamente por ellas, pero a las que han tenido tradicionalmente acceso, por sus actividades tradicionales; (ii) el artículo 15 señala que los derechos de los pueblos indígenas y tribales a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente y que este derecho incluye la facultad de estos pueblos de participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; (iii) el artículo 16 establece que, sin perjuicio del artículo 15, los pueblos no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan; y (iv) el artículo 17 preceptúa que deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra de dichas comunidades.

De manera similar, advierte cómo diversas instancias del derecho internacional de los derechos humanos, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que la protección del derecho a la propiedad involucra la garantía de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.¹ Igualmente, resalta que ese tribunal ha reconocido que dicha garantía comprende la particular relación que tienen las comunidades tradicionales con la tierra y los recursos naturales, que lleva a una relación de su dependencia entre éstos y su identidad colectiva.²

Por último, en lo que tiene que ver con la afectación concreta a la población indígena y afrodescendiente por parte del EDR, los demandantes indican que diferentes artículos del mismo *“hacen especial referencia a las comunidades indígenas y tribales. Así, el Capítulo I sobre “resguardos indígenas y minorías étnicas” del Título VI sobre “programas especiales” se dedica exclusivamente a esta población; en estos artículos se abordan temas relacionados con los derechos a la tierra y al territorio, en especial en lo relacionado con la constitución, saneamiento, reestructuración y ampliación de resguardos y dotación de tierras y se hace referencia a la función social y ecológica que deben cumplir estos territorios, entre otros asuntos. Estas disposiciones son un claro ejemplo de que el Estatuto de Desarrollo Rural debía ser consultado, por afectar de forma directa los derechos de las comunidades indígenas, en especial en lo relacionado con su derecho a la tierra”*. De forma similar, los numerales segundo y cuarto del artículo 4° del EDR, que establece las reglas sobre el acceso a la propiedad de la tierra, indican que dentro de los objetivos de la acción estatal dirigida al acceso de la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, se encuentra la concesión de beneficios a las comunidades conformadas por minorías étnicas, al igual que la formulación y ejecución de proyectos productivos, consonantes con los planes de vida de los territorios indígenas.

¹ La demanda refiere a la decisión en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79, párr. 148.

² Además de la decisión anterior, la demanda cita apartes de lo decidido por la Corte IDH en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

A este respecto, señalan los actores que *“si bien solamente dos de los numerales contenidos en el presente artículo hacen referencia expresa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la totalidad del mismo sirve para evidenciar la necesidad de que se surtiese el trámite de consulta previa, porque en la ley se hace referencia directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes a lo largo de todo el articulado y no solamente en el capítulo sobre resguardos indígenas y minorías étnicas. Así, sin contar los artículos contenidos en el citado capítulo (artículos del 116 al 125), los artículos 4, 5, 14, 16, 17, 22, 28, 34, 44, 53, 71, 72, 79, 95, 128, 144, 155, 158, 171 y 175 incluyen disposiciones relacionadas expresamente con las comunidades indígenas y afrodescendientes. || Se podría argumentar inicialmente que la falta de consulta vicia los artículos o los apartes relacionados específicamente con los derechos de las comunidades indígenas y tribales. Sin embargo, al demandar la inconstitucionalidad de dichos artículos o apartes que deberían ser retirados del ordenamiento jurídico, el Estatuto de Desarrollo Rural se convertiría en una ley discriminatoria en contra de los derechos e intereses de las poblaciones indígenas, al no incluirlas dentro del ámbito de aplicación de la misma. Es decir, de solicitar la inconstitucionalidad solamente de los apartes que hacen alusión expresa a las comunidades indígenas, el Estatuto de Desarrollo Rural dejaría por fuera a un sector amplio e importante de la ruralidad colombiana: los indígenas y afrodescendientes, en desmedro de sus derechos y se convertiría por tanto en una ley discriminatoria. Por esta razón, al ser esta ley “un conjunto sistemático e integrado de principios, objetivos, normas, lineamientos de política, mecanismos y procedimientos”, la inconstitucionalidad por desconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa se predica de todo el Estatuto.”*

Por último, la demanda anexa varios escritos de coadyuvancia de la demanda, suscritos por representantes de la Corporación Grupo Semillas, el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, la Fundación Centro de Investigación y Educación Popular – CINEP, la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos de Colombia – ANUC y de la ciudadana Edilia Mendoza Roa. Mediante estos documentos, de idéntica redacción, se solicita a la Corte que declare la inconstitucionalidad de la Ley 1152/07, en razón a que pretermitió la eficacia del derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante escrito presentado por el Jefe de la Oficina Jurídica, intervino en el presente proceso con el fin de

oponerse a las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad y defender la exequibilidad de la Ley acusada.

El interviniente parte de transcribir la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la disposición demandada. De la misma, resalta que la iniciativa tiene como objetivos la de (i) compilar las distintas normas en materia de desarrollo rural, a fin de reducir a la alta dispersión normativa existente, a través de un estatuto único; (ii) la modernización de la política pública de reforma agraria, mediante la reformulación de los procesos de adquisición y entrega de predios rurales; (iii) la modernización de la política pública de riesgo agropecuario; (iv) la modernización de la institucionalidad rural y las mejoras en la gestión institucional, a través de la reestructuración de los procedimientos para la adquisición y distribución de tierras por parte del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder; (v) la modernización de la legislación agraria vigente, adecuándola a las realidades del país, lo que implicó la reforma de las reglas aplicables a la prescripción agraria, en especial para evitar su utilización irregular en contra de los intereses de la población en situación de desplazamiento forzado; y (vi) la dotación de más y mejores protecciones a la población desplazada por la violencia, a través de la entrega de subsidios de adquisición de tierra del 100%, acompañados de la financiación del proyecto productivo, junto con la posibilidad de revisión de las sentencias que declaran la prescripción agraria en los casos en que se afecten los derechos de dicha población.

A partir de los contenidos del proyecto de ley, el Ministerio advierte que el mismo *“no contenía modificaciones de política relacionadas con la normatividad relacionada (sic) con minorías étnicas, (...) los móviles para la radicación del proyecto de ley eran sustancialmente de política pública relacionada con el riego y reforma agraria sin modificar el modo de adquisición de las tierras por parte de las minorías étnicas bajo las normas que rigen tales materias.”*

Así, sostiene que el texto de la norma acusada no contrae una afectación específica a los intereses de las comunidades indígenas, más allá del efecto general y abstracto que se predica de las leyes. Por esta razón, no estaría acreditado uno de los requisitos que ha identificado la jurisprudencia constitucional para la exigibilidad del requisito de consulta previa. A este respecto, el interviniente advierte que la Ley 1152/07 no modificó los mecanismos de acceso a la propiedad de la tierra por parte de las minorías étnicas. Ello en la medida que el modelo de “reforma agraria por demanda” que prevé el EDR no es aplicable a las comunidades indígenas y afrodescendientes, como se corrobora por norma expresa. De tal manera, no resulta válido argumentar que la norma acusada les imponga a las comunidades tradicionales un modo particular de uso de la tierra, ya que el EDR permite que el Estado adquiera tierras en las condiciones que hoy lo hace, sin atar esa actividad a la ejecución de proyectos productivos. Lo

anterior se desprende de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1152/07, disposición que establece que el EDR *“no modifica, sustituye ni deroga las Leyes 21 de 1991 ni 70 de 1993 ni su reglamentación”*, esto es, las normas que, respectivamente, incorporan al ordenamiento jurídico colombiano el Convenio 169 de la OIT y reconocen los derechos ancestrales de las comunidades afrodescendientes, en desarrollo de lo ordenado en el artículo 55 transitorio C.P. A su vez, similares reglas de exclusión en la aplicación del EDR a las comunidades tradicionales son evidentes en los artículos 34, 116 y 132 del Estatuto.

El Ministerio sostiene, igualmente, que para el caso particular del EDR, el proceso de formación de la ley, contrario a como lo sostienen los demandantes, sí cumplió con el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, señala que de acuerdo con las reglas previstas en el Convenio 169 de la OIT, el Gobierno Nacional emprendió los esfuerzos necesarios para concertar con los órganos representativos de dichas comunidades.

Para el caso particular de las comunidades negras, el Ministerio indica que adelantó la consulta con los organismos representativos, definidos en la Ley 70/93 y, en especial, en el Decreto 2248 de 1995. De este modo, *“el Gobierno Nacional adelantó cuatro mesas de concertación con la Subcomisión de Territorio de la Consultiva de Alto Nivel para comunidades negras, producto de las cuales, el Gobierno Nacional concertó numerosas modificaciones al articulado.”* Para sustentar este aserto, el Ministerio puso a consideración de la Corte copia del acta de la *“reunión de concertación de la subcomisión de territorios, medio ambiente y recursos naturales”*, en la que participaron funcionarios de esa Cartera y miembros de la Comisión Consultiva de Alto Nivel para comunidades negras. En esta reunión, se acordaron modificaciones al articulado, relacionadas con la preservación en el EDR de la vigencia de lo dispuesto en la Ley 70/93; facultar al Incoder para adquirir predios rurales a favor de las comunidades negras que no posean predios o cuando la superficie de los mismos sea insuficiente; y la exclusión de la aplicación de los criterios de *“predio improductivo”* a los resguardos indígenas y a los predios integrados dentro de los títulos de propiedad colectiva de comunidades negras. El interviniente indica que estas propuestas fueron efectivamente incorporadas en el texto del proyecto de ley, a través de proposición suscrita por el Ministro de Agricultura y resultaron aprobadas por el Congreso.

En lo que tiene que ver con la consulta previa a las comunidades indígenas, el Ministerio parte de resaltar que, como lo ha identificado la jurisprudencia constitucional, no existe un procedimiento específico, legalmente definido, para efectuar la consulta previa. Antes bien, los instrumentos internacionales otorgan carácter potestativo a cada Estado para su definición. De allí que el

interviniente sostenga que el análisis que se realice a ese proceso debe tener carácter flexible.

Señala el interviniente que, bajo este marco legal, *“esta Cartera agotó todas las vías de acercamiento con las autoridades indígenas, y, en particular, con la Mesa Nacional de Concertación de Territorios Indígenas a través de su órgano pertinente “Comisión Nacional de Territorios Indígenas”.* En cumplimiento de este trámite, el Ministerio señala que llevó a cabo todas las actividades administrativas, físicas, económicas y logísticas necesarias para llevar a cabo una reunión con dicha Comisión. *“No obstante lo anterior y tras varios intentos de concreción de una fecha que permitiera la asistencia de los miembros de la Comisión, tal reunión no pudo tener lugar dado que siempre se adujeron diferentes motivos por los Comisionados para evitar tal citación.”*

Para lograr esta reunión, el Ministerio realizó la contratación pública destinada a asegurar el traslado de los Comisionados y su hospedaje en Bogotá, a fin que se efectuara el encuentro con los funcionarios del Gobierno Nacional. Sin embargo, habida cuenta de las *“dilaciones y evasivas”* de los Comisionados, el Incoder debió suscribir con la empresa contratista un contrato de *“cesión de la posición contractual”*, con el fin que la responsabilidad en el arreglo de dicho traslado y permanencia quedara a cargo de la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC. Esto, dado que *“el Gobierno, esperanzado en las calidades propias de la Organización Indígena y a sugerencia de ésta, encaminó los esfuerzos a disponer todos los mecanismos necesarios para la asistencia de la Comisión Nacional de Territorios con la coadyuvancia de la ONIC a fin que la cooperación de las Organizaciones “fluyera” sin mayores tropiezos”.*

Fruto de esta actividad, logró concertarse la reunión para el periodo del 30 de mayo al 1° de junio de 2007. No obstante, las comunidades indígenas consideraron necesario debatir internamente si decidían incluir dentro de la convocatoria la discusión acerca del contenido del proyecto de ley del EDR, sin resultados positivos. Ante ello, la directora de Desarrollo Rural del Ministerio insistió en la inclusión de la materia en el orden del día, *“toda vez que las comunidades no propiciaron el espacio durante los dos días anteriores”.* Como respuesta a esta solicitud, las organizaciones indígenas dieron lectura a un comunicado, en el que rechazaron el contenido del proyecto de ley, para luego retirarse del recinto.

A partir de lo expuesto, el Ministerio alega que *“en el caso concreto, el Gobierno Nacional actuó de buena fe, abriendo todos los espacios de concertación necesarios, buscando interlocución con las comunidades, disponiendo de los recursos públicos para concretar escenarios de concertación, buscando en multiplicidad de ocasiones la retroalimentación de las comunidades”.* Agrega que el derecho a la consulta no tiene carácter

absoluto, ni menos puede constituirse en un poder de veto que vacíe la actividad legislativa, mucho más cuando, como sucede en el presente caso, la imposibilidad de la consulta previa se derivó de una decisión autónoma de las comunidades indígenas de participar en las instancias propuestas por el Ministerio para el efecto. En tal sentido, trae a colación las consideraciones efectuadas por la Corte en las sentencias C-891/02 y C-620/03, al igual que lo señalado por la OIT en la *Guía para la Aplicación del Convenio 169*.

Conforme lo expuesto, el Ministerio se opone a las consideraciones de los demandantes, en el sentido que esa cartera no llevó a cabo acciones tendientes a asegurar el ejercicio del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Adicionalmente, indica que el Gobierno Nacional no sólo adelantó los esfuerzos transcritos, sino que también llevó a cabo otros eventos, como foros y talleres, que conforme lo señalado por la Corte en la sentencia C-891/02, constituyen instrumentos apropiados para el fin perseguido. Así, destaca el interviniente que el 28 de septiembre de 2006 se realizó un Foro Indígena, a instancias del Gobierno Nacional y con la cooperación del Senador indígena Ramiro Estacio. En este evento, que se desarrolló en la plenaria del Senado de la República, contó con la participación del Ministro de Agricultura, veinte organizaciones étnicas y tres congresistas indígenas. De igual modo, el 20 de marzo de 2007 se realizó una “audiencia indígena” ante la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes, con el fin de discutir el proyecto de EDR. En esa sesión participaron representantes de varias organizaciones de las comunidades indígenas y afrodescendientes, igual que servidores públicos de las instituciones estatales relacionadas con el tema agrario, junto con representantes gremiales. A este respecto, el interviniente indica que si *“bien es cierto que los foros y talleres en mención no suplen la metodología y el trámite en si mismo de las consultas previas, no es menos cierto que tras los vanos esfuerzos del gobierno por lograr esos espacios de concertación, se buscó la difusión del proyecto a través de sus comunidades mediante foros televisados en el seno del Congreso de la República a fin de que la información proveniente de todos los sectores sociales fuera ampliamente discutida y difundida por los medios de comunicación de amplia difusión.”* En tal sentido, para el Ministerio los canales de participación dispuestos se erigieron de buena fe por parte del Gobierno y se mostraron suficientes e idóneos. Empero, la discusión no se surtió en debida forma, debido a la postura adoptada por las comunidades indígenas, quienes decidieron negarse a discutir los temas propios del EDR, privilegiándose otras materias generales. *“Sumado a lo anterior, luego de esclarecerse el fracaso de las reuniones y la imposibilidad de llegar a un acuerdo sustancial sobre el proyecto de ley, el Gobierno justificó su expedición dado que buena parte de las modificaciones legislativas no aplican a este tipo de población y así se lo hizo saber a las organizaciones indígenas mediante varias oportunidades y al Congreso de la República en la exposición de motivos del referido proyecto”*.

Finalmente, el Ministerio interviniente presenta ante la Corte una serie de argumentos sobre los efectos de la declaratoria de inexecutable de la Ley 1152/07, en términos de la afectación de la institucionalidad del sector agrícola y la eliminación de formas más transparentes de reforma agraria y riego, con un mayor impacto y menos proclives a prácticas de clientelismo y corrupción en la compra y distribución de tierras.

2. Universidad del Rosario

Por encargo del decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, la profesora Gloria Amparo Rodríguez, directora de la Especialización y de la línea en investigación en Derecho Ambiental, presentó las razones que en su criterio justifican la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1152/07.

A partir de la jurisprudencia constitucional que define el contenido y alcance del derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa, la académica interviniente sostiene que para el caso particular de la norma acusada, no se cumplieron las condiciones para la garantía de ese derecho, fijadas por la Constitución y por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, a pesar que el EDR tiene precisas connotaciones al territorio como parte integrante de la identidad cultural diferenciada de las comunidades tradicionales, la consulta no se llevó a cabo. Ello debido a que, en consonancia con las consideraciones efectuadas por el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático de la OIT, este requisito se cumple sólo a condición que se otorgue a los consultados la oportunidad de manifestar sus puntos de vista e influir en la toma de decisiones. Además, tampoco fueron acreditadas las condiciones fijadas por la Corte sobre este particular en la sentencia C-030/08, de acuerdo con las cuales la consulta previa de medidas legislativas que afecten los intereses de las comunidades tradicionales, debe (i) poner en conocimiento de las mismas la norma propuesta por intermedio de instancias suficientemente representativas; y (ii) ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronuncien.

Antes bien, está demostrado que durante el trámite legislativo que dio lugar a la norma acusada, concurrieron diversos pronunciamientos por parte de representantes de los grupos indígenas y afrodescendientes, que demandaban la realización de la consulta y que señalaban las implicaciones de la omisión de ese procedimiento. Agrega que, conforme al precedente constitucional mencionado, no toda reunión o audiencia cumple con el requisito de la consulta previa. Para el caso particular del EDR, la consulta *“debió realizarse teniendo en cuenta la representación y la autoridad de los pueblos indígenas y las comunidades negras, la interculturalidad y la lengua de las comunidades consultadas. Debió 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 o una decisión pueda generar. (...) En estas reuniones de consulta, tanto para las comunidades negras como indígenas, era necesario que participaran todos sus miembros y sus representantes. Con ello se está garantizando la participación real y efectiva de los grupos étnicos y que dichos procesos no sean manipulados por algunos líderes que terminan defendiendo intereses personales que en nada benefician a estos pueblos.” Así, para el caso de los indígenas, el Decreto 1397/96 confiere la potestad consultiva a la Mesa Permanente de Concertación de Pueblos Indígenas. Del mismo modo, respecto a las comunidades afrodescendientes, tal función es adscrita a la Comisión Consultiva de Alto Nivel cumple el mismo papel.

La interviniente insiste en que la consulta previa debe estar provista de una metodología, igualmente concertada entre las partes interesadas. *“De esta forma, se puede contar con interlocutores legítimos de las comunidades, se establece el procedimiento a seguir y los criterios de legitimación de dicho proceso.”* Esta condición tampoco concurrió respecto del trámite previo a la expedición de la Ley 1152/07; por ende, la norma acusada se encuentra viciada de inconstitucionalidad.

3. Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC

La Organización Nacional Indígena de Colombia, a través de su Consejero Mayor, intervino en el presente proceso con el fin de solicitar a la Corte que declare la inconstitucionalidad de la Ley acusada. Para la ONIC, las previsiones del Decreto 1397/96 obligan a que la consulta previa se adelante ante la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, procedimiento, con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. No obstante, esta concertación no se llevó a cabo, sino que, antes bien, la norma fue aprobada por el Congreso, a pesar que contiene disposiciones que afectan los intereses de las comunidades indígenas.

El interviniente hace énfasis, a partir de investigaciones académicas al respecto, sobre el lugar central que tiene la tierra en la cosmovisión y las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas. Por ende, habida cuenta que la ley establece múltiples regulaciones sobre el uso y aprovechamiento de los territorios rurales, su consulta resultaba obligatoria. Sobre este particular, la ONIC señala que la expedición de la Ley 1152/07 *“comportó modificar completamente los mecanismos estatales de solución institucional de los conflictos sobre la propiedad de la tierra, del Ordenamiento Social de la Propiedad. Por consiguiente no se trató tan sólo de modificar las normas que regulan la constitución, ampliación o saneamiento de los Resguardos Indígenas, sino de todas las normas, mecanismos y organismos de regulación, participación y decisión establecidos al respecto para el conjunto de sectores directamente interesados y afectados”*. Este vínculo se hace patente, entre

otras disposiciones, en las normas del capítulo II del título IV (artículos 136 a 143), que al versar sobre clarificación de la propiedad y deslinde de tierras, tendrá efectos directos sobre los territorios de las comunidades tradicionales, por ejemplo, respecto de la convalidación de títulos no originarios del Estados anteriores a 1997, los cuales podrían afectar zonas de resguardo.

Agrega el interviniente que buena parte de las nuevas estructuras institucionales que prevé el EDR, no cuentan con instancias para la participación y concertación por parte de los indígenas y afrodescendientes. Así por ejemplo, la Unidad Nacional de Tierras tendrá la competencia para resolver conflictos sobre la propiedad agraria, sin el concurso de representantes de las comunidades tradicionales. Este déficit de participación, en criterio de la ONIC, se agrava merced de la dispersión de instituciones que se harán cargo, en los términos del EDR, de la toma de decisiones respecto de la distribución y aprovechamiento de la propiedad agraria.

Para la ONIC, uno de los factores que debe tenerse en cuenta para determinar la necesidad de la consulta previa respecto de la Ley 1152/07 es su carácter integral y general. Destaca que conforme al artículo 1° de la misma, el EDR contiene un conjunto sistemático e integrado de reglas a través de los cuales el Estado colombiano promoverá y ejecutará las acciones orientadas a lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural. Esa naturaleza amplia lleva a concluir, forzosamente, que los contenidos de la ley tienen la virtualidad de afectar de manera directa a las comunidades indígenas del país; más aún cuando, conforme a cifras dadas por el DANE, el 78% de la población indígena habita en áreas rurales.

A pesar de esta relación directa y verificable entre el EDR y los intereses de las comunidades tradicionales, la consulta previa, en criterio de la ONIC, no se llevó a cabo de conformidad con las reglas previstas por la jurisprudencia constitucional. Así, el interviniente indica lo siguiente:

“Tanto el Gobierno nacional como los directivos del Congreso de la República se limitan a afirmar que hubo consulta previa a los pueblos indígenas porque fue reunida la Comisión Nacional de Territorios Indígenas entre el 30 de mayo y el 1 de junio de 2007; porque el senador indígena Ramiro Estacio y otros líderes indígenas participaron en foros sobre el proyecto de Ley y porque los Congresistas indígenas intervinieron en alguna forma en los debates.

Sin embargo, lo argumentado por quienes propusieron y aprobaron la ley no hace sino demostrar que en efecto no se realizó la consulta previa:

1. Una simple reunión, de cualquier organismo o con cualquier delegación indígena, por representativa que ella fuese, sin que se hubiera informado a las comunidades para que ellas tuvieran tiempo de pronunciarse sobre el proyecto de ley y se pudiera recoger sus opiniones y propuestas. Esta reunión fue convocada cuando el proyecto ya había sido aprobado en el Senado de la República y en la Comisión V de la Cámara y faltaban apenas

- dos semanas para su aprobación en la plenaria de la Cámara, mal podría considerarse como forma de cumplir con la consulta previa de una ley.
2. La Comisión Nacional de Territorios Indígenas no tiene por objeto organizar o culminar la consulta previa de medidas legislativas, pues de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1367 de 1996, es a la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas a la que le corresponde concertar **todas** esas medidas. A la Comisión Nacional de Territorios le correspondía por una parte analizar las normas ya vigentes “para recomendar las modificaciones que se requirieran para superar los principales obstáculos que se presentan”, a fin de darle cumplimiento a la constitución, ampliación y saneamiento de resguardos y desempeñar funciones operativas relativas a la concertación sobre la planificación, ejecución y evaluación de las actividades propias del Incora, luego Incoder. Así las cosas, la reunión de esta Comisión del 30 de mayo al 1 de junio de 2007 no sólo no podía concertar lo relativo al Proyecto de ley, sino que no cumplió con los fines de la misma al no orientarse al cumplimiento de las funciones del Incoder, lo cual motivó la justificada protesta de los delegados indígenas, tal y como lo citan los demandantes.
 3. Los artículos 121 y 123 [de la Ley 1152/03] que modificaron la legislación hasta entonces vigente de manera que afectan directa y gravemente a los pueblos indígenas en general y anulan o recortan derechos antes establecidos de pueblos indígenas en particular, fueron modificados, por solicitud del Ministro de Agricultura, en la plenaria de la Cámara la noche del 13 de junio de 2007, sin que ningún indígena conociera antes el nuevo texto y sin que el mismo hubiese sido publicado previamente en la Gaceta del Congreso.
 4. Las intervenciones de los Congresistas indígenas, cualesquiera que haya sido, no cumplen ni sustituyen el requisito de la consulta previa a la aprobación de la Ley(...)”

En el mismo sentido, la ONIC establece que el Gobierno y el Congreso desconocieron el derecho a la participación pública de las comunidades indígenas. Ello en tanto se abstuvieron de acumular al proyecto de ley que dio origen a la norma acusada, otra iniciativa, preparada por organizaciones representativas de dichas comunidades. En el mismo sentido, el interviniente resalta que en sucesivas declaraciones, las mismas organizaciones expresaron su rechazo a los contenidos del EDR y, a su vez, denunciaron la falta de cumplimiento del requisito de consulta previa. Finalmente, sostiene la ONIC que los cambios incorporados en el proyecto de ley tuvieron un alcance marginal, sin que se reformaran aquellos aspectos que consideraban particularmente problemáticos de la iniciativa, en especial, los concernientes a la titulación de tierras a partir de documentos precarios, que (i) podrían afectar la propiedad colectiva de los territorios tradicionales; y (ii) permitirían la validación de adquisiciones de tierras a través de medios violentos.

Por último, la intervención de la ONIC plantea un grupo de argumentos dirigidos a demostrar que el EDR es inconstitucional, por razones sustantivas distintas al incumplimiento del requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Al respecto, considera la Organización que algunas disposiciones de la Ley 1152/07 son contrarias a la identidad y

autonomía de las comunidades, al igual que al derecho a la propiedad colectiva de las mismas.

4. Organización Indígena de Antioquia – OIA, Fundación Centro de Cooperación al Indígena – Cecoin y Proceso de Comunidades Negras – PCN

La Organización Indígena de Antioquia y la Fundación Centro de Cooperación al Indígena, mediante oficios de idéntico contenido al presentado por la Organización Nacional Indígena, se oponen a la constitucionalidad de la Ley 1152/07.

De manera similar, a través de oficio suscrito por José Santos Caicedo, miembro del equipo de coordinación del Proceso de Comunidades Negras, dicha organización solicita a la Corte que declare inconstitucional la Ley acusada. Para ello replica textualmente buena parte de los argumentos expresados por la ONIC y, con base en ellos, concluye que la omisión del requisito de consulta previa es igualmente predicable en el caso particular de las comunidades afrodescendientes.

5. Cabildo Indígena de Guambía

El Cabildo Indígena de Guambía, a través de comunicación suscrita por su Gobernador, solicita a la Corte que declare la inexecutable de la norma acusada, habida cuenta la pretermisión del requisito de consulta previa a las comunidades indígenas.

El interviniente resalta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1397 de 1996, la Mesa Permanente de Concertación entre los Pueblos y Organizaciones Indígenas tiene la función de concertar entre éstos y el Estado todas las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos. No obstante, esta instancia fue omitida por el Gobierno, lo que implica la inexistencia de la consulta previa. Al respecto, el Cabildo sostiene que el proceso de consulta tiene un propósito definido de concertación, pues de lo que se trata es que las comunidades y el Estado lleguen a un consenso o logren el consentimiento de aquéllas acerca de las propuestas de regulación.

A partir de esta consideración, el interviniente transcribe las razones expuestas por la ONIC, según las cuales los contenidos concretos de la Ley 1152/07 afectan los intereses de los pueblos indígenas. A su vez, reitera los argumentos expresados por la misma Organización, con base en los cuales concluye que la consulta previa a las comunidades tradicionales no fue efectuada respecto del texto del EDR.

6. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia.

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia, mediante comunicación suscrita por su Director y una de sus investigadoras, solicita a la Corte que declare la inexecutable de la Ley demandada.

El interviniente parte de advertir que, a partir de previsiones constitucionales expresas, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa, garantía predicable, entre otros escenarios, en la adopción de decisiones legislativas susceptibles de afectar sus intereses, posición reiterada recientemente por la Corte en la sentencia C-030/08. Esta consulta, conforme al mismo precedente, debe efectuarse bajo determinadas condiciones, entre ellas, el cumplimiento de los postulados propios de la buena fe y su direccionamiento hacia el logro de la concertación o consentimiento respecto de las citadas medidas.

Existe, en criterio del interviniente, un requisito de aprobación de las medidas legislativas mencionadas, según el cual (i) si una ley es susceptible de afectar directamente a una comunidad indígena o afrodescendiente y (ii) fue aprobada por el Congreso sin haber sido consultada previamente con esa comunidad, respetando los requisitos constitucionales propios de esas consultas, entonces esa ley se encuentra afectada por un vicio de constitucionalidad.

Estos presupuestos concurren para el caso de la Ley 1152/07. En efecto, el EDR está dirigido a modificar en forma profunda la normatividad agraria y, en especial, las reglas jurídicas relativas a la propiedad rural y el uso de la tierra, con el fin de promover ciertas modalidades de desarrollo rural. Habida consideración del lugar central que tiene la tierra en las prácticas y tradiciones de las comunidades indígenas y afrodescendientes, es claro que el contenido de la Ley 1152/07 afecta de manera directa sus intereses. Dicha *“afectación no se restringe a las disposiciones de la ley que hacen referencia expresa a los resguardos indígenas y a los territorios de las comunidades negras, que son muy numerosas, sino a la totalidad de la ley, por regular ésta un elemento esencial a la identidad cultural y al soporte material de estas comunidades.”*

DeJuSticia concurre con los demás intervinientes, en el sentido que el trámite previo de la expedición de la norma acusada no cumplió con el requisito de consulta previa, de conformidad con los mínimos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional. En especial, sostiene que las audiencias públicas realizadas en el Congreso sobre la materia, no cumplieron con dichos estándares. En consecuencia, el precepto deviene inexecutable.

Por último, el interviniente sostiene que la declaratoria de inconstitucionalidad del EDR debe recaer sobre la totalidad de la Ley 1152/07 y no sólo sobre aquellas disposiciones que hacen referencia directa a las comunidades

indígenas y afrodescendientes. Ello en la medida que *“la afectación directa a esas comunidades por el Estatuto de Desarrollo Rural no se da únicamente por aquellas disposiciones que expresamente se refieren a dichas comunidades sino por el conjunto de regulaciones referidas al desarrollo rural, y en especial referidas a la regulación de la tierra, que es el cuerpo esencial de la ley, puesto que ellas pretenden modificar el significado mismo del desarrollo en el campo y con ello afectan – de manera positiva o negativa – el futuro de tales comunidades, por lo que la ley debió ser consultada previamente.”*

7. Ciudadana Idalmy Minotta Terán

La ciudadana Idalmy Minotta Terán, miembro de la Comunidad Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras y representante de las mismas ante el Consejo Directivo del Incoder, intervino ante la Corte con el fin de defender la exequibilidad de la norma acusada.

Con este fin, sostiene que el Gobierno Nacional adelantó las labores tendientes a consultar el contenido del EDR con las comunidades negras, a través de la interlocución con la Comisión Consultiva de Alto Nivel, organismo que en los términos del artículo 5° del Decreto 2248 de 1995, tiene la competencia para el efecto.

8. Intervención extemporánea

Vencido el término de fijación en lista del asunto de la referencia, los ciudadanos Carlos Rosero, Marilyn Machado, José de los Santos Cabeza, Daniel Garcés Carabalí, David Augusto López, Emerson de Arco, Jacqueline Moguea, Jesús Natividad Pérez Palomino y Hernán Cortés Arboleda, miembros del equipo de Coordinación Nacional del Proceso de Comunidades Negras – PCN, presentaron escrito de intervención, en el que solicitan a la Corte que declare la inexecutable de la norma acusada, en razón a la falta de cumplimiento del requisito de consulta previa.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Habida cuenta el impedimento del Procurador General para actuar en este proceso, aceptado por la Sala Plena de la Corte, a través de Auto del 30 de julio de 2008, el Viceprocurador General de la Nación rindió el concepto previsto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, en el que solicita a la Corte que declare la inexecutable de la norma acusada, con base en los argumentos siguientes.

1. El Ministerio Público inicia su estudio con una consideración preliminar, relacionada con el carácter material del cargo de inconstitucionalidad presentado por los demandantes. Así, utilizando las reglas fijadas por la Corte

en la sentencia C-030/08, indica que si bien el vicio de inconstitucionalidad está relacionado con el cumplimiento de requisitos previos a la expedición de la norma acusada, la argumentación en contra de tal ordenamiento se limita a una época anterior a la iniciación del trámite en el Congreso de la República, es decir, no se hace referencia alguna a vicios de forma, pues la tesis de fondo que esgrimen los actores es la ausencia total de consulta previa del proyecto que luego se convirtió en el Estatuto de Desarrollo Rural, lo cual, a su juicio, desconoció el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 2, 7, 40 y 330 de la Constitución Política.

2. Luego de recopilar los aspectos centrales de la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la consulta previa, en tanto escenario concreto de participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en las decisiones que las afectan, la Vista Fiscal estableció que la eficacia de ese derecho depende que en cada caso concreto se comprueben las condiciones siguientes: (i) la consulta deba efectuarse conforme a relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes; (ii) las comunidades tengan un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen y de los mecanismos para ejecutarlos; (iii) las comunidades participen de forma real y efectiva en la consulta, a través de sus representantes; (iv) la decisión de la autoridad gubernamental esté desprovista de autoritarismo y arbitrariedad, en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena; y (v) el Gobierno y las comunidades realicen una consulta sobre el procedimiento mismo de consulta, a efectos de garantizar el respeto de los métodos de toma de decisiones por parte de aquellas.

3. El Viceprocurador General reitera varios de los argumentos expresados por los intervinientes, en el sentido de concluir que los contenidos del EDR, en tanto regulan aspectos sobre la tenencia y distribución de la propiedad agraria, tiene efectos concretos y específicos frente a los intereses de las comunidades tradicionales. Incluso, expresiones contenidas en distintos artículos de la norma acusada hacen referencia expresa a la aplicación de reglas sobre aprovechamiento de territorios en los que se ubican grupos indígenas y afrodescendientes. A este respecto, destaca que el Capítulo I, del Título VI del EDR, sobre “Programas Especiales”, consagra las disposiciones especiales relativas a los “Resguardos Indígenas y Minorías Étnicas” (artículos 116 a 125), señalando en el parágrafo del artículo 124 que “*para la formulación, implementación y ejecución de programas y proyectos en territorios de las comunidades indígenas y con el propósito de cumplir con el mandato legal de la consulta previa, se garantizará a esas comunidades, adelantar el proceso de consulta con el propósito de que la misma se convierta en instrumento para elaborar proyectos productivos ambiental y culturalmente sustentables*”. En tal razón, el proyecto que dio lugar a la

expedición de la Ley 1152/07 debió, conforme a las reglas expuestas, ser consultado con dichos grupos, puesto que el EDR, en su integridad consagra normas que, aunque de manera positiva, afectan en forma directa y específica a los pueblos indígenas y tribales que habitan en el sector rural, por lo tanto, en su totalidad debió ser objeto de consulta, dándoles la oportunidad a los interesados de discutir de fondo el proyecto de ley que los contenía.

5. Este procedimiento de consulta, a juicio del Ministerio Público no se llevó a cabo, circunstancia que afecta la constitucionalidad de la disposición demandada. Esta omisión se comprueba con base en los hechos siguientes, expuestos en el concepto presentado ante la Corte y que tienen como propósito central cuestionar las razones argüidas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, sintetizadas en apartado anterior.

“De los antecedentes que obran en el expediente remitido por la Corte Constitucional, lo mismo que del texto de las Gacetas del Congreso que dan cuenta del trámite legislativo del proyecto de Ley, las cuales fueron revisadas por este Despacho, se desprende que si bien algunos miembros de las comunidades indígenas y negras pudieron llegar a emitir sus opiniones respecto del Proyecto de ley que dio lugar al Estatuto de Desarrollo Rural, no se consultó a los pueblos interesados en los términos del artículo 6, literal a) del Convenio 169 de la OIT, es decir, a través de procedimientos apropiados y menos aún se realizó una consulta sobre el proceso mismo de la consulta previa, con el fin de respetar los métodos y procedimientos de toma de decisiones de las respectivas comunidades, tal como lo ha requerido la jurisprudencia constitucional.

6.4. Vale resaltar que el Ministerio de Agricultura, autor del proyecto de ley que dio lugar al Estatuto de Desarrollo Rural, a través del Jefe de la Oficina Jurídica, presentó un escrito en el cual le solicita a la Corte Constitucional abstenerse de declarar procedentes las pretensiones de la demanda, porque a su juicio la expedición de la Ley 1152 de 2007 estuvo rodeada de las garantías necesarias para que las comunidades participaran libremente y en condiciones de prioridad frente a otros segmentos de la población. El citado Ministerio pide a la Corporación que en el hipotético caso en que no valore sus argumentos se limite a verificar la constitucionalidad de las normas que podrían afectar directamente a las comunidades, en particular.

Según el Ministerio de Agricultura, el Gobierno Nacional realizó los esfuerzos necesarios para concertar el contenido del proyecto de ley con las autoridades del orden nacional representativas de cada una de las etnias. Las pruebas y razones aducidas sobre la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas y negras son las siguientes:

6.4.1. El Ministerio señala que “adelantó cuatro mesas de concertación con la Subcomisión de Territorio de la Consultiva de Alto Nivel para comunidades negras, producto de las cuales, el Gobierno Nacional concertó numerosas modificaciones al articulado...” Tal Subcomisión está compuesta por “cuatro Consultivos delegados para ese fin: la Dra. Idalmy Minotta Terán, miembro del Consejo Directivo del INCODER, la Dra. Rosa Emilia Solís Gruesso, el Dr. Jairo Robledo Martínez y el Dr. Manuel Palacios Blandón”.

Sobre el particular, vale destacar que dentro de las pruebas aportadas por el Ministerio de Agricultura solo obra el acta de la reunión de concertación de la Subcomisión de Territorios, Medio Ambiente y Recursos Naturales, el citado Ministerio y el INCODER, realizada el día 21 de junio de 2006, en la cual se hicieron algunas observaciones al proyecto de ley que dio lugar al Estatuto de Desarrollo Rural, por parte de los miembros de la citada subcomisión.

De igual manera, obran las proposiciones modificatorias al articulado del proyecto ley, presentados por la Dra. Idalmy Minotta Terán, miembro de la Subcomisión de Territorios, Medio Ambiente y Recursos Naturales y del Consejo Directivo del INCODER (anexos 6 y 7), quien mediante escrito de junio 12 de 2007, manifiesta al Señor Ministro de Agricultura que “en el seno de las reuniones de la Subcomisión de Territorios de la Alta Consultiva, el trabajo de retroalimentación del articulado fluyó sin inconvenientes, las discusiones se surtieron en un ambiente respetuoso y, como resultado, contamos con las proposiciones aditivas al texto del proyecto de ley radicadas por usted en curso de cada debate con anotación de aprobación de las mismas y su inclusión en la versión final de esa normativa”.

Es preciso advertir, que en un escrito radicado el 8 de julio de 2008, la Doctora Idalmy Minotta Terán manifiesta a la Corte Constitucional que “el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sí adelantó el proceso de consulta previa ante las autoridades representativas de las comunidades negras definiendo una hoja de ruta para el proceso de la misma que se corroboró en cada instancia con copia de las modificaciones al articulado propuestas por el Señor Ministro en cumplimiento de las concertaciones surtidas hasta el último debate de la misma”.

Sin embargo, en otro escrito radicado en la misma fecha ante la misma Corporación, integrantes de la comunidad negra de Colombia, señalan que no se ha dado cumplimiento a la consulta previa, puesto que el pueblo al que pertenecen ubicado en las distintas regiones del país y especialmente en extensas zonas rurales del Pacífico, la Costa Caribe y los Valles interandinos no han sido convocadas, ni han expresado sus consideraciones sobre los impactos que las medidas contempladas en la Ley 1152 de 2007 tienen sobre sus territorios.

En suma, de los documentos analizados anteriormente se desprende que los espacios de participación de las comunidades negras en la elaboración del proyecto de ley que dio lugar al Estatuto de Desarrollo Rural se reducen a una reunión de concertación con la Subcomisión de Territorios, Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el INCODER, realizada el día 21 de junio de 2006³ y a los escritos donde se consagraron las modificaciones y adiciones propuestas por parte de una sola de los miembros de esa subcomisión (la Dra. Idalmy Minotta), las cuales, al parecer, fueron ventilados en las reuniones de la Subcomisión de Territorios de la Alta Consultiva.

³ Resulta importante señalar que en esta expresión, el Ministerio Público incurrió en un error mecanográfico. En efecto, la reunión de concertación de la Subcomisión de Territorios, Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Ministerio de Agricultura y el Incoder, se llevó a cabo el **21 de noviembre de 2006**. Esto se comprueba a partir de la lectura del acta correspondiente, adjuntada por el citado Ministerio en su intervención ante la Corte. *Cfr.* Folio 43 del cuaderno de intervenciones. (Nota de la Corte).

Lo anterior se infiere de los escritos contentivos de las proposiciones aditivas y modificatorias al articulado del proyecto de ley, en los cuales se lee: “Proposiciones al articulado del Proyecto de Ley 30 de 2006 Senado y 210 de 2007 de la Cámara propuestas por Idalmy Minotta Terán, Miembro de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras y Representante de las mismas ante el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER”. (Anexo No. 6). En otro de tales escritos se anota en el pie de página: “Artículo concertado con Idalmy Minotta Terán, Miembro de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras y Representante de las mismas ante el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER.” (Subraya y negrilla fuera de texto). (Anexo No 7).

6.4.2. Sobre la consulta previa realizada a los pueblos indígenas, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural señaló que el Gobierno Nacional adelantó las actuaciones necesarias para brindar todos los mecanismos físicos, económicos y logísticos necesarios para surtir “una reunión de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas”, la cual se realizó, después de varios intentos, durante los días 30 y 31 de mayo y 1 de junio de 2007 y sobre la que el Ministerio puntualizó lo siguiente:

3.2.3.4... el compromiso no incluía revisar el procedimiento para discutir el articulado del proyecto de Ley 0210 de Senado 2006 y 0030 de Cámara 2007 en su agenda y dicha inclusión sólo se efectuaría si los comisionados así lo permitían.

En efecto, el día 30 de mayo de 2007 se realizó la instalación del evento y las comunidades indígenas resolvieron no definir si querían o no incluir en la agenda la discusión sobre la metodología de la consulta previa del proyecto de ley, en consecuencia, solicitaron un espacio autónomo que se prolongó por el resto del día 30 de mayo.

3.2.3.5. El día 31 de mayo, una vez respetado el espacio autónomo, los funcionarios del Ministerio de Agricultura, del Ministerio del Interior y del INCODER buscaron abrir espacios con los Comisionados siendo sólo atendidos por el Señor Darío Mejía en calidad de “contratista” y no como delegado de la ONIC.

El señor Mejía manifestó que “los delegados de las regiones habían decidido no trabajar con las entidades y que requerían otro día para seguir deliberando en espacio autónomo...”.

3.2.3.6. El día 1º de junio de 2008 finalmente se dio inicio a la reunión de la XV Reunión de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas...una vez verificado el quórum se desataron sendas y extensas intervenciones del Exconstituyente Lorenzo Muelas y del Presidente de la ONIC Luís Evelis Andrade.

Seguidamente la Directora de Desarrollo Rural de esta Cartera, Dra. Marcela Urueña, hizo una moción de orden para incluir en el orden del día la presentación del Proyecto de Ley del Estatuto de Desarrollo Rural, toda vez que las comunidades no propiciaron ese espacio durante los dos días anteriores.

Como respuesta a la solicitud, se dio lectura al comunicado de las organizaciones indígenas en las que se rechaza la citación, se efectúan

aseveraciones equívocas respecto del contenido del proyecto y se retiran del salón.”

Por otro lado, afirma el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que el 28 de septiembre de 2006 se realizó un foro indígena a instancias del Gobierno Nacional y con la cooperación del Senador Indígena Ernesto Ramiro Estacio, durante el cual el titular de la citada entidad escuchó las intervenciones de 20 organizaciones étnicas y de 3 Congresistas indígenas, entre otros.

De igual manera, destaca el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que el Senador Ernesto Ramiro Estacio, en la ponencia para primer debate del proyecto de ley en la Comisión V del Senado de la República, solicita la aprobación del mismo. (Gaceta del Congreso No. 397 del 22 de septiembre de 2006)

En contraste con lo anterior, es necesario destacar lo que en relación con la consulta previa, en general, y sobre el citado foro, en particular, señaló el Senador Ernesto Ramiro Estacio en la sesión (plenaria) ordinaria del 13 de diciembre de 2006 :

...(P)ara dejar mi constancia y he radicado un documento en la Secretaría, donde nosotros como pueblos indígenas y en especial como representante de los pueblos indígenas, si este proyecto de ley no cumple la consulta previa y concertación establecida en el Convenio 169, y ratificada aquí en Colombia por este Congreso, Ley 21, este proyecto no puede ser aprobado, tiene vicio de inconstitucionalidad.

Nosotros desde la exposición de motivos y dentro de mis intervenciones, he solicitado que tiene que agotar la consulta previa, caso contrario no puede cursar los próximos debates, iremos hasta las Cortes para que se cumpla la consulta previa y la concertación, quiero dejar eso claro, por eso también dejo mi voto negativo, porque no se ha agotado la consulta previa y la concertación, se hizo un foro y las conclusiones de ese foro sobre este proyecto, fueron que se realice la consulta previa y la concertación en el marco de la ley...

Al finalizar su intervención, el honorable Senador Ernesto Ramiro Estacio deja las siguientes constancias:

Debo recordarle al Gobierno y a esta Corporación la obligación de dar estricto cumplimiento a las disposiciones constitucionales y legales, en este caso específico me refiero a la consulta previa, la cual debe hacerse con los pueblos indígenas garantizando la suficiente ilustración y el cabal cumplimiento a los procedimientos necesarios para el cumplimiento de este fin, antes de sancionarse esta ley.

Un segundo encuentro con algunos representantes y miembros de las comunidades indígenas, tales como la Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC y las Autoridades Indígenas de Colombia - AICO, de las comunidades negras, con Decanos de facultades de agronomía, economía y ciencias agropecuarias de algunas universidades y con representantes de entidades públicas se realizó el día 20 de marzo de 2007, dentro del trámite legislativo del proyecto de ley tantas veces mencionado.

Así mismo, menciona el Ministerio de Agricultura que existieron “escenarios de discusión paralelos que sirvieron de debate y retroalimentación del proyecto de ley y con ocasión de los cuales se efectuaron modificaciones sustanciales al articulado por parte del Gobierno Nacional. Es el caso de la Mesa de Tierras adelantada a instancia de la Procuraduría General de la Nación...”

En oposición a lo anterior, hay que mencionar que la falta de consulta de la Ley 1152 de 2007 fue destacada en la Mesa de Tierras, coordinada por la Procuraduría General de la Nación, en la cual se señaló que:

7. El tratamiento de los derechos: aspectos preocupantes.

7.1 Derecho a la Consulta

Por tratarse de una ley que afecta directamente los derechos colectivos de las comunidades indígenas y afrocolombianas, el Gobierno estaba obligado a propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación para dichas comunidades . Conforme al Convenio 169 de la OIT, en estos casos es obligatorio consultar a las comunidades por tratarse de medidas legislativas que pueden afectarlas directamente, de tal manera que las entidades que promovían el proyecto debían brindarles las oportunidades necesarias y los mecanismos adecuados para que pudieran participar activamente e intervenir en su modificación .

De acuerdo con la Corte Constitucional, el derecho de consulta tiene el carácter de fundamental y se debe aplicar de conformidad con los usos y costumbres de la etnia afectada, de manera que, cuando no se realice, es posible interponer una acción de tutela para evitar la afectación de los derechos de las comunidades indígenas y tribales mientras los proyectos no sean aprobados, o una acción pública de inconstitucionalidad, luego de su aprobación. El desconocimiento de la obligación de consultar a las comunidades radica fundamentalmente en la constatación de que varios aspectos de la ley tocan intereses de dichas colectividades y estas no son tenidas en cuenta de una manera apropiada, ni en la formación de la ley, ni en los procedimientos previstos en la misma. Por tanto, la ley podría tener vicios de inconstitucionalidad .

Así las cosas, necesariamente hay que concluir reiterando que los pocos espacios que tuvieron las comunidades indígenas para pronunciarse sobre el proyecto de ley que dio lugar a la Ley de Desarrollo Rural jamás tuvieron el carácter de una consulta previa.”

Con base en esta reseña fáctica, el Ministerio Público concluye que el proyecto de ley que dio origen al EDR ahora analizado, no fue consultado a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de forma ajustada a las reglas fijadas por la jurisprudencia de esta Corporación, derivadas a su vez de las normas de la Carta Política y de otras que conforman el bloque de constitucionalidad. En suma, para el Viceprocurador General el Estado Colombiano tenía la obligación constitucional de consultar con los pueblos indígenas y tribales el proyecto que dio lugar a la Ley 1152/07 con anterioridad a la iniciación del trámite legislativo en el Congreso de la República o durante el mismo, deber que no se cumplió, desconociendo el

derecho de participación de esos pueblos (artículos 1° y 2° C.P.), lo mismo que lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad. Por este motivo, solicita a la Corte declarar la inexecutable de la totalidad de la citada ley, pues, como se indicó anteriormente, constituye un Estatuto, integral, de Desarrollo Rural.

Finalmente, el Ministerio Público considera *“preciso reiterar que la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales es obligatoria por lo que corresponde a su verificación, pero no implica que ella requiera de un acuerdo con el Gobierno Nacional.”*

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, corresponde a esta Corporación conocer de la presente demanda, por dirigirse contra una Ley.

Problema jurídico y metodología de la decisión

2. Los demandantes consideran que la Ley 1152/07 viola los artículos 2°, 7°, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, norma que su criterio integra el bloque de constitucionalidad. Ello debido a que de manera previa a la promulgación de la norma acusada, no fue adelantado el proceso de consulta previa ante las comunidades indígenas y afrodescendientes, a pesar que el EDR constituye una regulación integral sobre uso, distribución y aprovechamiento de la propiedad agraria, materia que sin duda alguna afecta los intereses de dichos grupos, quienes (i) en su gran mayoría habitan territorios rurales; y (ii) tienen un especial vínculo con la tierra, derivado de sus tradiciones y costumbres que integran su identidad minoritaria.

3. A esta posición se opone el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. En criterio de esa cartera, las normas que contiene el EDR tienen carácter general y, además, expresan cláusulas de salvaguarda de las disposiciones que regulan, con naturaleza específica, el régimen de propiedad colectiva de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Agrega que, a pesar de esa condición general y abstracta de la Ley 1152/07, el Gobierno Nacional efectuó los esfuerzos que tuvo a su alcance para adelantar el proceso de consulta previa, en cumplimiento de las condiciones fijadas por las normas constitucionales y la jurisprudencia de esta Corporación. Como fruto de estas actividades, se lograron acuerdos concretos con las autoridades representativas de las comunidades afrodescendientes. Empero, para el caso particular de los grupos indígenas, esta concertación no fue posible debido a la renuencia de

éstas en abordar la discusión sobre el proyecto de ley, razón por la cual no es posible concluir que la falta de consenso se deba a la omisión del Ejecutivo en adelantar el procedimiento de consulta. No obstante, el Ministerio insiste en que para el presente caso concurren durante el trámite de la iniciativa, discusiones al interior del Congreso y en escenarios paralelos, en las que participaron organizaciones representativas de esas comunidades.

4. En sentido contrario, los demás intervinientes, al igual que el Ministerio Público, apoyan la declaratoria de inexecutable de la norma acusada. Sostienen que el EDR, comprendida como una norma integral en materia de desarrollo rural, tiene hondas implicaciones en los intereses de las comunidades tradicionales, puesto que éstas son esencialmente grupos que habitan zonas agrarias, respecto de los cuales tiene un vínculo profundo, amén de la especial relación que hay entre la tierra y la identidad cultural de las mismas. Agregan que una vez analizado el trámite que antecedió al estudio del proyecto de ley y el procedimiento legislativo correspondiente, no existe prueba que se hubiera adelantado la consulta, conforme a las condiciones que prevé el ordenamiento superior y que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional. A este respecto, insisten en que las reuniones descritas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, no cumplen con estos requisitos y, por ello, no son aptas para acreditar el cumplimiento de la consulta previa, comprendido como derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

5. Los antecedentes expuestos permiten a la Sala concluir que el problema jurídico que debe resolver en esta sentencia, consiste en determinar si la Ley 1152/07 es contraria a la Carta Política, en razón a la omisión del deber de efectuar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello en razón de que ese trámite, vista la materia de la norma acusada, debió llevarse a cabo.

Para resolver esta controversia y habida cuenta de la existencia de un precedente consolidado sobre la materia, la Corte adoptará la metodología siguiente. En primer término, expondrá los aspectos centrales de la doctrina constitucional que define el derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades tradicionales, para lo cual sintetizará el precedente mencionado. Luego, describirá las materias que conforman la norma acusada, con el fin de identificar si su contenido incide en los intereses de las comunidades tradicionales y, por ello, debió someterse al procedimiento de consulta previa. De resultar afirmativa esta comprobación, la Corte determinará si dicho trámite fue cumplido para el caso particular del proceso previo a la promulgación de la Ley 1152/07; para lo cual confrontará las reglas jurisprudenciales identificadas en el primer apartado con los argumentos de índole fáctica descritos por los intervinientes y el Ministerio Público.

El contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes

6. El Estado constitucional adoptado por la Carta Política de 1991 responde a un grupo de características definitorias, que hacen parte del contenido dogmático de la Constitución, las cuales cumplen un doble propósito. De un lado, permiten diferenciarlo de otras modalidades de organización política y, de otro, conforman parámetros para la definición de la compatibilidad entre las distintas normas que integran el ordenamiento jurídico y los postulados del Estatuto Superior.

La participación democrática, la aceptación del pluralismo y el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural son las características definitorias que se muestran relevantes para el presente análisis de constitucionalidad. En cuanto a lo primero, la Constitución parte de adscribir el poder soberano al Pueblo (Art. 4º C.P.), lo cual implica que la legitimidad de la actuación estatal debe estar mediada por la concurrencia efectiva de los ciudadanos en las decisiones que los afectan. La Carta Política, en contraste con el ordenamiento constitucional precedente, amplía los mecanismos de participación ciudadana, los cuales no solo se circunscriben al ejercicio del sufragio, sino que son complementados con otros procedimientos, como la iniciativa popular legislativa y normativa, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto, mecanismos establecidos en el artículo 103 Superior.⁴ A su vez, existe un deber estatal definido, previsto en la norma constitucional citada, consistente en contribuir a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, para que sin detrimento de su autonomía, constituyan instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que establezcan.

La intención que anima a los mecanismos de participación democrática es el aseguramiento de una interacción efectiva y constante entre los ciudadanos y la actividad del Estado. En este sentido, se parte de la base que el reconocimiento del principio de soberanía popular implica que las decisiones que adoptan las diferentes instituciones públicas, solo es legítima cuando ha estado precedida de un proceso deliberativo, en que los interesados en las medidas correspondientes logran espacios concretos y efectivos de participación. Conforme a esta perspectiva el artículo 40 Superior reconoce el derecho fundamental a todo ciudadano de participar en la conformación y ejercicio del poder político, derecho que se efectiviza a través de múltiples instrumentos, entre ellos la posibilidad de tomar parte en los mecanismos de participación democrática antes señalados.

⁴ La regulación concreta de cada uno de estos mecanismos de participación democrática fue desarrollada por el legislador estatutario, mediante la Ley 134 de 1994.

7. El carácter participativo del modelo democrático de ejercicio del poder político, encuentra un ámbito de protección reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que inciden en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Como se anotó, el Estado constitucional tiene entre sus propósitos la preservación de su carácter multiétnico y pluricultural. En ese sentido, la Carta Política reconoce que la Nación colombiana es una entidad compleja, conformada por comunidades diferenciadas, con concepciones disímiles de la vida social y política. A su vez, acepta que cada una de esas comprensiones es intrínsecamente valiosa, pues concurre activamente en la construcción de dicha nacionalidad; por lo tanto, deben ser protegidas.

Para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Así, el artículo 7° C.P. incorpora dentro de los principios fundamentales de la Constitución, el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. De igual modo, el artículo 330 C.P. dispone que de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por sus autoridades tradicionales, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres. En suma, la Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales.

8. El reconocimiento simultáneo de la participación democrática como base del Estado constitucional y la necesidad de preservación de la identidad de las comunidades tradicionales contrae deberes concretos para el Estado. En efecto, la concurrencia de ambas obligaciones implica que las comunidades indígenas y afrodescendientes deben contar con los espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que incidan en sus intereses. Ello con el fin de evitar que, a través del ejercicio del poder político de que son titulares los órganos representativos, sean implementadas políticas públicas que terminen con erosionar su identidad como grupo diferenciado. A partir de esta consideración, la Carta consagra diversos instrumentos, como (i) la necesidad de que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (Art. 329 C.P.); (ii) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos (*ejusdem*); y (iii) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello, el

Gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330, parágrafo C.P.).

Esta comprobación, sumada al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la *consulta previa* de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. Así, la Corte ha consolidado un precedente sobre los requisitos de aplicación y protección, contenido, alcance y consecuencias jurídicas del derecho a la consulta,⁵ doctrina que ha sido sistematizada recientemente por este Tribunal en las sentencias C-030/08⁶ y C-461/08.⁷ Teniendo en cuenta que estas sentencias recopilan las reglas sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, servirán de referencia para la presente decisión.

Justificación constitucional del derecho fundamental a la consulta previa

9. La determinación de un marco jurídico del derecho a la consulta previa se obtiene a partir de las normas legales anotadas, las cuales son reforzadas por la regulación derivada del derecho internacional de los derechos humanos, en especial lo previsto por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*” aprobado por la Ley 21 de 1991, norma que en decisiones reiteradas de este Tribunal ha sido declarada parte integrante del bloque de constitucionalidad.⁸

⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-169/01, SU-383/03, C-620/03, T-737/05, T-880/06, C-208/07, C-030/08, C-461/08, entre otras.

⁶ En esta decisión, la Corte declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 “*por la cual se expide la Ley General Forestal*”, en razón a que se había omitido cumplir con el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

⁷ Mediante esta sentencia, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151/07, “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo*”, en el entendido que “*se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específicas exigida en el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello en la jurisprudencia constitucional.*”

⁸ A fin de exponer razones justificativas de la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad, la sentencia SU-083/03, estipuló lo siguiente: “*Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles -artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales -Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su*

El Convenio, como lo ha resaltado la Corte, es un instrumento que concurre en la salvaguarda de la identidad de las comunidades indígenas y tribales, la protección de su territorio y, de manera general, su subsistencia como grupo diferenciado. De este modo, se ha indicado que *“el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado.”*⁹ De este modo, la Corte advierte que las finalidades del Convenio 169 de la OIT son concurrentes con la obligación constitucional, antes analizada, de garantizar la identidad de las comunidades diferenciadas, a partir del reconocimiento y salvaguarda de la integridad de las prácticas, usos y costumbres que la conforman. Así, en términos del Preámbulo del Convenio, la normativa tiene como propósito la consecución de herramientas que permitan (i) lograr las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; y (ii) superar esquemas predominantes en muchas partes del mundo, en que dichos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

La jurisprudencia constitucional ha destacado cómo las estipulaciones del Convenio 169 de la OIT, establecen dos modalidades de obligaciones a cargo de los Estados signatarios, las cuales se muestran útiles para delimitar sus responsabilidades en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades indígenas y tribales. El primer grupo de obligaciones, *“referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el*

identidad. // Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana –artículos 1° y 7° C.P.–, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.”

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-030/08

*segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.*¹⁰

Se parte de considerar, bajo esta perspectiva, que la protección de los derechos e intereses de la comunidad diferenciada exige del Estado la provisión de escenarios que propicien la participación eficaz de aquella. Ello en el entendido que la conservación de la identidad diferenciada de las comunidades tradicionales depende de su grado de incidencia en el diseño e implementación de las medidas estatales que las afecten. A este respecto, el artículo 6° del Convenio de la OIT estipula las obligaciones de los gobiernos en cuanto a la concesión de espacios de participación y debate a las comunidades indígenas y tribales, en relación con las citadas medidas. La norma en cuestión dispone lo siguiente:

Artículo 6

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

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

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

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

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

10. A partir de las disposiciones constitucionales que regulan la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes, junto con el análisis de las disposiciones que ofrece el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia ha sistematizado las reglas sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa. Para ello, ha establecido dos niveles de análisis, que conforman el precedente aplicable. El primero, relacionado con la diferenciación entre los niveles general y particular del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales. El segundo, relativo a las condiciones y requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que la

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

consulta previa sea un mecanismo adecuado y efectivo para la protección de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, al igual que las consecuencias que acarrea el incumplimiento, por parte del Gobierno, del deber de consulta previa.

11. En lo que tiene que ver con las facetas de la participación de las comunidades tradicionales, el artículo 6° del Convenio 169 está orientado a adscribir a los pueblos indígenas y tribales dos tipos de participación. Uno de carácter general, de acuerdo con el cual los pueblos indígenas y tribales deben contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los niveles de adopción de políticas estatales que les conciernan, en condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población. A este respecto, la Corte ha resaltado que las comunidades tradicionales son titulares plenos de los derechos de participación política previstos en la Carta Política y descritos en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia. Sin embargo, consciente del carácter diferenciado de las comunidades tradicionales y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa, el Texto Constitucional ha conferido espacios concretos de participación a los pueblos indígenas y afrodescendientes. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha expresado lo siguiente:

“Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes¹¹; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales¹², que estarán gobernadas por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las

¹¹ Sentencia C-169 de 2001

¹² C.P. art. 329

iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias¹³ y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

Tratándose de medidas generales que de alguna manera conciernen a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, sin perjuicio de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas.”¹⁴

12. En lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas. Este es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes¹⁵ a la

¹³ En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.”

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

¹⁵ La inclusión de las comunidades afrodescendientes dentro de los grupos tribales con identidad diferenciada, titulares del derecho de consulta, ha sido sustentada por la jurisprudencia constitucional en los términos siguientes:

“En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término "tribal" difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una "tribu". Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la Antropología Social, quienes dividieron las sociedades humanas en "bandas", "tribus", "cacicazgos" y "Estados", dependiendo de su estadio de complejización; haciendo a un lado el debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del Derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica. Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término "tribal" en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de Septiembre de 1.991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos "pueblos indígenas", "minorías étnicas indígenas" y "grupos tribales" se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante. //Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento "objetivo", a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento "subjetivo", esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. // De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina "negro", a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no

consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.

La identificación del derecho fundamental a la consulta previa en el ordenamiento constitucional colombiano ha sido suficientemente definida por la jurisprudencia constitucional. Así por ejemplo, en la sentencia C-030/08, se llevó a cabo una exposición comprehensiva del contenido y alcance del deber de consulta previa, el cual resulta pertinente reiterar en esta decisión:

“En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura¹⁶ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.¹⁷

4.2.2.2. Con base en el anterior recuento jurisprudencial, encuentra la Corte que es necesario avanzar en la precisión en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, aún cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (CP art. 330) o a la delimitación de esos mismos territorios (CP art. 229). En esta materia es preciso, entonces, establecer tres

vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los "palenques", pueblos de esclavos fugitivos o "cimarrones", y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto "grupo étnico", es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes, es una medida de diferenciación que halla una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la O.I.T. // Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su "raza", puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún "razas puras", lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de "raza negra" y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría "raza" ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta sólo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos "raciales". Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realizada, y no del color de la piel de sus integrantes.” Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-169/01.

¹⁶ Sentencia C-208 de 2007.

¹⁷ Ibid.

aspectos: (1) ¿Cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (2) ¿En qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y (3) ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?

4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtir en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169.

...Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de *directa* que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de que la misma procede cuando se trate de *aplicar las disposiciones del Convenio*. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.

...Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica .

(...) De este modo, cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades.

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.”

Según lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros

mecanismos, la consulta previa. Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar *directamente* los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses. Debe aclararse, por supuesto, que en los casos en que la medida legislativa no afecte directamente a las comunidades indígenas y tribales, la participación de las mismas no se ve restringida, sino que se conduce a través de los mecanismos generales de participación a los que se hizo alusión en el fundamento jurídico 11 de esta sentencia.

De otro lado, las previsiones del Convenio 169 de la OIT establecen una fórmula amplia, según la cual la definición del procedimiento de consulta está a cargo de los Estados; empero, debe estar diseñado de forma tal que confiera espacios efectivos de participación para los pueblos indígenas y tribales. Así, la consulta deberá llevarse a cabo bajo esta condición de participación efectiva y en cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales del Estado correspondiente.

Condiciones particulares de la consulta previa y efectos jurídicos de su cumplimiento y de su omisión

13. El precedente constitucional analizado también ha establecido las condiciones generales de modo, tiempo y lugar en que debe efectuarse la consulta previa. A ese respecto, la misma sentencia C-030/08, que recapituló distintas decisiones sobre el tópico, señaló que *“que en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar. Así, por ejemplo cuando de lo que se trata es de regular la intervención del Estado para la explotación de recursos naturales en una determinada área del territorio, en la cual se encuentra asentada una específica comunidad indígena, es claro que el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas de dicha*

comunidad, pero si de lo que se tratase, también por vía de ejemplo, fuera de regular la manera como, en general, debe surtirse el proceso de consulta a las comunidades indígenas y tribales, sería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría acudir a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta.”

En tales condiciones, la jurisprudencia constitucional también ha previsto la necesidad que el procedimiento mismo de consulta esté sometido a una consulta previa, a fin que el trámite de concertación y consenso con las comunidades (i) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida; y (ii) reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales, las cuales podrían verse desconocidas si los entes gubernamentales imponen determinado mecanismo de consulta que, en razón a no haberse acordado con las comunidades, no resulte compatible con el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural.

La Corte, con base en estas consideraciones, ha previsto una serie de criterios generales a los cuales debe ajustarse la consulta previa. En tal sentido, se ha dispuesto que para el caso particular del deber de consulta previsto en el artículo 330 C.P., deben reunirse determinadas condiciones, las cuales resultan del todo aplicables a los demás escenarios de consulta previa. Para la jurisprudencia,¹⁸ estos procesos deben adelantarse de modo tal que se garantice la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre los voceros representativos de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, en este caso las encargadas de formular la iniciativa legislativa. Según el mismo precedente, estas relaciones deberán estar unívocamente dirigidas a “: a) *Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la*

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-039/97.

toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.”

La misma sentencia SU-039/97 previó que en el caso que la participación activa y efectiva de los pueblos indígenas y tribales no lleve a un acuerdo o a una concertación sobre el contenido de la medida, la aplicación de la misma por parte del Estado debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo. De tal modo, la decisión adoptada deberá cumplir con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. A su vez, la política deberá contar con instrumentos que sirvan para mitigar, corregir y restaurar los efectos que las medidas produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad y de sus miembros.

De esta manera, decisiones anteriores de este Tribunal han previsto que el deber de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales no constituye un poder de veto en contra de la implementación de medidas legislativas por parte del Estado.¹⁹ La protección del derecho fundamental a la consulta, entonces, se circunscribe al ejercicio de acciones dirigidas a obtener el consenso o la concertación. Sin embargo, cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa. Con todo, esa política deberá contar con los instrumentos necesarios para salvaguardar los derechos e intereses relacionados con la identidad diferenciada de dichos pueblos, a fin de preservar la diversidad étnica y cultural protegida por la Constitución.

A este respecto, en la sentencia C-891/02,²⁰ la Corte estipuló que no resultaba contrario a la Constitución que una entidad gubernamental, dotada de iniciativa legislativa, preparara un proyecto de ley sobre temas relacionados con sus competencias institucionales, incluso si éste encontraba incidencia

¹⁹ Al respecto, la sentencia SU-383/03 indicó: “Cabe precisar que el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. // Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizadas para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios. // Oportunidad que debe ser utilizada para que dichos pueblos y autoridades conozcan la posición de las mayorías nacionales, en torno de las medidas consultadas, y participen activamente en ellas, usando canales apropiados y, en consecuencia, propiciando un acercamiento.”

²⁰ En esta decisión, la Corte declaró exequibles varias expresiones de la Ley 685/01 – Código de Minas, demandadas en razón de la presunta pretermisión del deber de consulta previa a los pueblos indígenas y afrodescendientes. Este Tribunal consideró que ese requisito se había cumplido debidamente por el Estado, a pesar que no fue posible llegar a una concertación sobre el contenido de la medida legislativa finalmente aprobada.

directa en los intereses de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes. Empero, en ese caso, *“la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso. No obstante lo anterior, puede presentarse el caso de que la composición inicial del proyecto sea producto del esfuerzo conjunto y concertado de entidades y comunidades, evento en el cual se evidenciaría con más veras el cumplimiento de la participación indígena.”*. La necesidad de estos espacios de participación, en las condiciones citadas, es evidente, a fin que se cumpla con los requisitos de efectividad e incidencia del proceso de consulta previa en el contenido material de la medida legislativa correspondiente. Por ende, la misma sentencia señaló que el proceso de consulta podía considerarse cumplido cuando exista evidencia de que, con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, la iniciativa haya sido divulgada entre las comunidades concernidas por las materias de la misma, se haya avanzado en la ilustración a tales comunidades sobre su alcance y con miras a obtener una concertación, y se hayan abierto los espacios de participación que sean apropiados.

Según lo expuesto, la Corte resalta que la satisfacción del derecho a la consulta previa respecto de la promulgación de medidas legislativas, se circunscribe a la conformación de un espacio deliberativo, respetuoso de las particularidades de las comunidades indígenas y afrodescendientes y guiado por el principio de buena fe, destinado a la deliberación del contenido del proyecto de legislación correspondiente.

14. Bajo esta perspectiva, en lo que respecta a las condiciones del deber de consulta respecto de medidas legislativas, la Corte determinó que, al margen de los criterios generales antes anotados, debían realizarse algunas consideraciones adicionales acerca de los deberes particulares del Estado en este evento. Así, consideró que, en cuanto al momento en que se debería adelantar la consulta y la autoridad encargada de realizarla, el *“convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas. || De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?..|| Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que*

*curso un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.*²¹

15. Por último, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de establecer cuáles son las consecuencias, en términos de la exequibilidad material del precepto demandado, de la comprobación acerca del incumplimiento del deber de consulta previa de medidas legislativas. Sobre el particular, la sentencia C-030/08 estableció que en razón de los compromisos internacionales asumidos por Colombia, en especial los derivados de la suscripción del Convenio 169 de la OIT, lleva a que la omisión del deber de consulta contraiga la posibilidad de la evaluación y control por parte de instancias supranacionales.

Empero, el precedente citado también ha previsto consecuencias específicas de la pretermisión del deber de consulta en lo que respecta al derecho interno. Así, las normas sobre el deber de consulta, previstas en el Convenio 169 de la OIT, *“se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica, la omisión de la consulta en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno. // En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias. // Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley. // En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales.*

²¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.”²²

Conforme a lo expuesto, se tiene que la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen. A partir de la necesidad de preservar correlativamente el derecho fundamental a la consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes y el principio de conservación del derecho legislado, la Corte ha considerado que si bien el incumplimiento del deber de consulta lleva *prima facie* a la inexecutable de la norma acusada, esta circunstancia debe evaluarse a la luz del grado de mayor o menor generalidad de la medida legislativa y el grado de incidencia de los contenidos de la disposición en los intereses que atañen a las comunidades indígenas y tribales.

Sobre este tópico, la sentencia C-461/08, que constituye el precedente más reciente de este Tribunal respecto del contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, identificó un grupo de criterios para adelantar la evaluación mencionado. Para la Corte, la determinación de las consecuencias de la omisión del deber de consulta previa debe valorarse teniendo en cuenta (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas y afrodescendientes; (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes; (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y (iv) las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. El análisis de estos factores permitirá a la Corte adoptar decisiones que involucren la declaratoria de inexecutable total o parcial de la disposición, o el condicionamiento de la misma, a fin de establecer mecanismos que mantengan el precepto dentro del ordenamiento y que, a su vez, otorguen eficacia al derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades tradicionales.

Sistematización de las reglas sobre la satisfacción del derecho fundamental a la consulta previa

16. En suma, la Corte ha construido una doctrina sistemática y reiterada en relación con el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, respecto de la adopción de medidas legislativas y administrativas. Para el caso puntual de las medidas

²² *Ibidem*

legislativas, la jurisprudencia ha previsto un grupo de requisitos de índole fáctica que deben acreditarse para garantizar la eficacia material del citado derecho. Estas condiciones han sido sistematizadas por la jurisprudencia constitucional a partir de las reglas siguientes:²³

16.1. La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente. Este derecho está estrechamente relacionado con la salvaguarda de la identidad diferenciada de estas comunidades, presupuesto para el cumplimiento del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La consulta previa, en tal sentido, es un instrumento jurídico imprescindible para evitar la afectación irreversible de las prácticas tradicionales de las comunidades diferenciadas, que constituyen sus modos particulares de sobrevivencia como comunidades diferenciadas. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que *“el derecho fundamental a la subsistencia de los grupos étnicos se puede ver drásticamente afectado por los cambios abruptos, de índole social, cultural y medioambiental, inducidos por la realización de proyectos en territorios indígenas que no han sido debidamente consultados y sobre cuyas condiciones no se ha llegado a un acuerdo con las comunidades directa y específicamente afectadas. En tal medida, el derecho a la consulta previa de proyectos a realizarse en territorios de pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes es un derecho fundamental, por constituir el medio a través del cual cada uno de estos pueblos o comunidades podrá incidir sobre la toma de decisiones sobre la implementación de proyectos en sus territorios, proyectos que a su turno pueden surtir impactos destructivos e irreversibles sobre su integridad social, material y cultural en tanto grupos étnicos, de no ser implementados en forma respetuosa de los acuerdos a los que se haya llegado con cada colectividad en concreto.”*²⁴

En armonía con estas consideraciones, el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten *directamente* a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.

Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición

²³ Sobre esta recapitulación de reglas jurisprudenciales sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-461/08.

²⁴ *Ibidem.*

del *ethos* de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT.

16.2. Habida consideración que el proceso de consulta previa está dirigido a proteger los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, no resulta admisible considerarlo como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y los grupos étnicos. En contrario, esta instancia tiene por objeto servir para que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición de la medida legislativa relacionada directamente con sus intereses, a fin de propiciar un acercamiento que pretenda la concertación sobre el contenido del proyecto o política correspondiente. En tal sentido, el trámite de consulta previa no conlleva un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de los pueblos indígenas y tribales.

16.3. El procedimiento de consulta es, ante todo, un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un escenario dirigido a garantizar sus derechos fundamentales. En tal sentido, simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa. Sobre la materia, la jurisprudencia ha establecido que la consulta, *“se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; “de este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.”*²⁵ En este orden de ideas, **no** tendrán valor de consulta previa: *“la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales”*;²⁶ ni los procesos

²⁵ Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁶ Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, ver la sentencia C-620 de 2003: *“La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual ‘la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones*

*consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente;*²⁷ *ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas.*²⁸ ²⁹

16.4. Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. Por ende, dicho procedimiento estará dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la medida legislativa o administrativa. Lo anterior implica que la consulta previa no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que es un proceso sustantivo de raigambre constitucional, dirigido a que (i) las comunidades afectadas estén provistas de la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso; y (ii) se tenga como objetivo principal el logro de un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales, quienes podrán discutir el contenido de la política y proponer alternativas a ella.³⁰ Para cumplir con estas condiciones, es posible que las comunidades

propias de cada país’, el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las medidas.”

²⁷ “Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.”. Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁸ “Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U’wa, pues aquella indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquella, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.” Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-461/08.

³⁰ Bajo este marco, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los objetivos específicos de la consulta previa, aplicados al caso de proyectos de explotación de recursos naturales en territorios de las comunidades indígenas, consisten en que “a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. || b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. || c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en

estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente.

16.5. Los procesos de consulta, conforme dispone el artículo 13 del Convenio de la OIT, debe realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos. Así, la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas.

16.6. El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo. De esta manera, se preservan las especificidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de determinada modalidad de trámite consultivo. En tal sentido, este Tribunal ha considerado que *“los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado.”*³¹

16.7. Las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente los intereses de las comunidades tradicionales, deben estar precedidas de un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados. Por consiguiente, solo resultarán admisibles las políticas que prevean limitaciones constitucionalmente legítimas. Para la Corte, *“al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, “sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.”*³²|| *Los deberes básicos de las*

la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-383/03.

³¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-737/05.

³² Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos: “i) la posición y las propuestas que éstos ostentan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano”.^{33,34}

16.8. Finalmente, el precedente constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa ha contemplado que, en los casos en que cumplidos los requisitos y garantías anteriormente descritas, no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto. Empero, el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnímoda, sino que debe (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; (iii) contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural.

El contenido de la norma acusada y su grado de incidencia en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes

17. De conformidad con lo prescrito en el artículo 1º de la Ley 1152/07, el EDR contiene el conjunto sistemático e integrado de principios, objetivos, normas, lineamientos de política, mecanismos y procedimientos a través de los cuales el Estado promoverá y ejecutará las acciones orientadas a lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural, en condiciones de equidad, competitividad y sostenibilidad, en cumplimiento de los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política. Como se observa, el propósito que anima a la disposición demandada es dotar al ordenamiento jurídico de un cuerpo legal, sistemático e integral, que se ocupe del desarrollo de la población que habita en las zonas rurales del país, a través de instrumentos específicos sobre el uso y aprovechamiento de la tierra.

Analizada la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la norma acusada,³⁵ la Corte advierte que el EDR encuentra varios objetivos generales, concentrados en (i) compilar, organizar y armonizar las normas para producir un estatuto único de desarrollo rural; (ii) evaluar dicha

³³ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

³⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-461/08.

³⁵ Gaceta del Congreso 246 del 25 de julio de 2006, páginas 53-59.

normatividad, a efectos de introducir modificaciones tendientes a configurar una “*nueva visión del sector, en temas estratégicos para la política de desarrollo rural*”; y (iii) determinar y precisar las funciones del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder y demás instituciones que participan en la política de desarrollo rural.

18. En cuanto el primer objetivo, el proyecto evidenciaba que la regulación sobre desarrollo rural en el país se encontraba dispersa en un número significativo de leyes, decretos leyes y decretos reglamentarios. Estas normas estaban dirigidas a la regulación de políticas públicas en diversas áreas, entre ellas reforma agraria, programas y planes de desarrollo rural, generación y transferencia de tecnología agropecuaria, promoción de la pesca y la acuicultura, de estímulo de inversiones en infraestructura de riego y drenaje, reorganización del sistema de financiamiento del sector agropecuario, apertura del mercado y promoción de las exportaciones y de fortalecimiento de la capacidad de agentes privados respecto al desarrollo de la agricultura en el país. Otro grupo de disposiciones determinaban un marco de competencias y procedimientos institucionales de las distintas entidades estatales relacionadas con el sector agropecuario.

Así, la norma pretende integrar, compilar y organizar estas distintas regulaciones, para armonizarlas de modo que se muestren compatibles, en términos del proyecto de ley y en criterio del Gobierno Nacional, con (i) la estructuración de organizaciones del sector público que enfrenten de manera más eficiente los retos que implica un entorno más abierto, menos regulado, más descentralizado, menos burocrático y mejor adaptado a las condiciones propias del funcionamiento del mercado de los factores de producción, y de los productos del sector agropecuario; (ii) la promoción de un nuevo modelo de desarrollo rural y de política de tierras, compatible con las nuevas realidades de la economía nacional, caracterizadas por los procesos acelerados de liberalización comercial, de internacionalización de la economía de Colombia y del mundo, las cuales requieren del impulso al desarrollo empresarial, el otorgamiento de un papel central a la iniciativa privada, la intervención estatal orientada al mantenimiento de la estabilidad macroeconómica, la provisión de bienes públicos, la compensación por imperfecciones de los mercados, la disminución de costos de transacción y la descentralización y coordinación interinstitucional; y (iii) el aumento de la capacidad productiva de los productores ubicados en las zonas rurales, con el fin de obtener mayor bienestar y participación en el desarrollo económico del país, lo que redundará en la reducción de la pobreza y la desigualdad social.

19. Los objetivos estratégicos sobre los que versa la disposición acusada, tienen que ver con el manejo de subsidios para la compra y adecuación de tierras, la distribución de tierras con proceso de extinción del dominio, el proceso de asignación de tierras a comunidades negras e indígenas y la mejora de la gestión institucional.

Respecto a la metodología para la asignación de subsidios para compra de tierras, el EDR modifica el sistema anterior (centrado en la negociación asistida entre campesinos aspirantes y propietarios) en la que el Estado concurría con la entrega de un monto del valor del bien, a un procedimiento distinto basado en subsidios a la demanda, en el que el Estado entrega una suma única por Unidad Agrícola Familiar, que no depende del valor de la tierra y que está vinculada a la identificación previa de proyectos productivos. De forma similar, frente a los subsidios destinados a la adecuación de tierras, la asignación de recursos públicos está supeditada a la formulación de los mismos proyectos, que cumplan requisitos básicos de viabilidad, calificados por grupos de expertos y que pueden complementarse con recursos de personas naturales o jurídicas interesadas en adelantar proyectos de adecuación de tierras.

El EDR pretende formular mecanismos más eficaces para la asignación de los predios rurales objeto de extinción de dominio como fuentes de tierras para reforma agraria. Ello a través de su entrega directa: de la Dirección Nacional de Estupecientes al Incoder y su uso para el fortalecimiento financiero del Fondo Nacional Agrario – FNA.

Respecto a la asignación de tierras a la comunidades indígenas y negras, la exposición de motivos señala que el EDR, *“respetando la legislación básica existente en relación con el acceso a la tierra por parte de las comunidades indígenas del país, el proyecto propone la introducción de instrumentos que permitan racionalizar la adquisición y adjudicación de tierras a estos grupos étnicos, en correspondencia con la normatividad nacional y local de aptitudes y usos del suelo, y respetando derechos ya adquiridos. Al efecto, propone que las decisiones en materia de creación y ampliación de resguardos indígenas se ajusten a los siguientes requisitos: Definición del cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad de las tierras solicitadas, por parte del Incoder y del MAVT³⁶. Articulación entre solicitudes de los resguardos y las disposiciones establecidas por los municipios en el respectivo POT. No inclusión de tierras o mejoras de propiedad privada de personas ajenas al grupo étnico solicitante, incluyendo las mejoras de colonos circundantes.”*

Por último, frente al objetivo relacionado con la mejora de la gestión institucional, el EDR propone varias políticas tendientes a agilizar procedimientos específicos del Incoder, especialmente en lo relativo a la administración de distritos de riego, remate de bienes producto de extinción de dominio, revisión del trámite de transferencia de propiedad de tierras asignadas a reforma agraria y la creación de una unidad especial para la administración de pesca comercial.

³⁶ Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Nota fuera de texto).

20. Finalmente, el EDR está orientado a dotar de una estructura institucional suficiente al Incoder, con el fin que pueda asumir las múltiples competencias que había adquirido por normas anteriores. A ese respecto, la exposición de motivos resalta que mediante el Decreto 1300 de 2003 creó esa institución y le asignó las funciones que venía desempeñando el Instituto Colombiano de Reforma Agraria – Incora, el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras – INAT, el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural – DRI, y el Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura – INPA. Sin embargo, el Incoder había sido concedido como una institución rígida, lo que dificultaba el ejercicio de ese cúmulo de competencias. Por ende, el EDR busca ofrecer una estructura administrativa con condiciones de eficiencia y flexibilidad.

21. En consonancia con las finalidades descritas anteriormente, el EDR se organiza como un cuerpo normativo sistemático, que reúne las normas sustanciales y de procedimiento relacionadas con el aprovechamiento agropecuario de la tierra. Se trata, bajo esa perspectiva, de una regulación de carácter general, que incide en los intereses de la población que reside y deriva su sustento de las actividades agrícolas en zonas rurales, de la cual hacen parte las comunidades indígenas y afrodescendientes.

La norma, que se estructura en diez títulos, regula (i) la definición de los principios y objetivos del EDR, coincidentes con los objetivos programáticos enunciados en el fundamento jurídico anterior; (ii) la determinación de la estructura administrativa y las competencias adscritas al Sistema Nacional de Desarrollo Rural, el Consejo Nacional de Tierras – Conati y el Incoder, entidades estas que conforman la institucionalidad del sector rural; (iii) el establecimiento de las funciones de la Unidad Nacional de Tierras Rurales, entendida como el instrumento de planificación, administración y disposición de los predios rurales de propiedad de la Nación; (iv) la fijación de las funciones a otras entidades gubernamentales que, sin hacer parte de la institucionalidad del sector rural, tienen competencias relacionadas con tierras de la Nación, en especial la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional y la Dirección Nacional de Atención y Prevención de Desastres; (v) la definición de las competencias del Gobierno, a través del Ministerio de Agricultura y el Incoder, en el diseño y ejecución de proyectos productivos y la modernización tecnológica del sector agropecuario; (vi) la consagración del procedimiento que debe adelantarse para la obtención del subsidio para la compra, adecuación y adquisición directa de tierras, al igual que la determinación del régimen legal de las Unidades Agrícolas Familiares, que constituye la modalidad asociativa de producción que racionaliza el proceso de entrega de subsidios a la demanda destinado a la adquisición de tierras de reformas agraria; (vii) la regulación particular de las zonas de colonización, de reserva campesina y de desarrollo empresarial; (viii) la definición de los procesos y estructura administrativa del Incoder, destinada a la ejecución, coordinación y control de los proyectos de interés estratégico para el

desarrollo del sector agropecuario y/o forestal; (ix) el régimen legal de las asociaciones de usuarios de los distritos de adecuación de tierras; (x) la determinación del procedimiento aplicable a los regímenes especiales de adquisición y entrega de tierras a las comunidades indígenas, negras y demás minorías étnicas, al igual que a la población en situación de desplazamiento forzado; (xi) la fijación del procedimiento para la disposición, con fines de reforma agraria, de los bienes rurales objeto de extinción de dominio; (xii) el régimen procedimental aplicable a la adquisición directa de tierras por parte del Incoder; (xiii) la normas sustanciales sobre adjudicación y recuperación de baldíos; (xiv) el régimen jurídico del proceso judicial de expropiación de bienes rurales con fines de reforma agraria; y (xv) la determinación de las competencias del Ministerio Público Agrario, instancia perteneciente a la Procuraduría General de la Nación.

22. Como se observa, el EDR es una norma de amplio espectro, que se ocupa de regular en su integridad la materia del desarrollo rural en el país. Para ello, contiene prescripciones de toda índole, buena parte de ellas de carácter general, las cuales tienen implicaciones para todos los sujetos e instituciones que ejercen actividades relacionadas con el sector agrario. El Estatuto establece, de igual manera, regulaciones particulares y específicas que hacen referencia expresa a la relación entre las autoridades gubernamentales que ejercen competencias relacionadas con el desarrollo rural y las comunidades étnicas, indígenas y afrodescendientes que habitan en territorios rurales. Entre estas normas particulares, se destacan las siguientes:

22.1. La compatibilidad entre los preceptos que integran el EDR y lo dispuesto en la Ley 21 de 1991, que incorporó al derecho interno el Convenio 169 de la OIT, y en la Ley 70 de 1993, que desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución, relacionado con el reconocimiento de la propiedad colectiva a favor de las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico. (Art. 1º EDR)

22.2. El establecimiento como principio rector de la norma acusada del deber de protección y reconocimiento, por parte del desarrollo rural, de la diversidad étnica que se expresa en las diferencias étnicas y culturales del país. (Art. 2-12 EDR).

22.3. El establecimiento como objetivo estatal respecto del acceso a la propiedad de la tierra por parte de los trabajadores agrarios, del beneficio consistente en la dotación de tierras a los miembros de las comunidades indígenas, afrodescendientes y demás minorías étnicas, mayores de edad, de escasos recursos y que no posean terrenos rurales. (Art. 4-2 EDR).

22.4. El deber de armonizar la formulación y ejecución de programas y proyectos productivos que incremente el volumen de producción y los

ingresos de los productores con los planes de vida de las comunidades indígenas en sus territorios (Art. 4-4 EDR).

22.5. El fortalecimiento de las iniciativas y propuestas de los pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes y demás minorías étnicas, respecto de las estrategias, acciones y decisiones que se adopten respecto a programas de riego, drenaje y adecuación de tierras (Art. 5-6 EDR).

22.6 La inclusión dentro del Consejo Nacional de Tierras – Conati de delegados de las comunidades indígenas y negras, al igual que la adscripción al Gobierno Nacional de la competencia para determinar la forma de elegir a dichos representantes (Art. 17, literales h, i y párrafo EDR).

22.7. La participación de representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes en el Consejo Directivo del Incoder. Para este caso, se asigna al Gobierno Nacional la competencia para reglamentar su designación (Art. 22, numerales 11, 12 y párrafo EDR).

22.8. La orden a la Unidad Nacional de Tierras Rurales la ejecución y finiquito, dentro de los dos años siguientes a la expedición de la ley, de los procedimientos en curso de titulación de propiedad colectiva de comunidades negras (Art. 28, párrafo 1°, numeral 8° EDR).

22.9. El otorgamiento de funciones a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia para planificar y ejecutar los procedimientos para la constitución, saneamiento, ampliación y reestructuración de resguardos indígenas, al igual que los dirigidos a la titulación colectiva de tierras baldías a las comunidades negras (Art. 34 EDR).

22.10. La facultad adscrita al Gobierno Nacional de otorgar, a través del Incoder, un trato preferencial a los proyectos productivos de las regiones afectadas por la dinámica de los cultivos ilícitos y el conflicto armado interno. Ello, sin el desmedro de los derechos de las comunidades indígenas y negras (Art. 44 párrafo 2° EDR).

22.11. La asignación de la facultad a la Dirección de Etnias del Ministerio de Interior y de Justicia para que pueda adquirir mediante negociación directa, predios, mejoras rurales y servidumbres de propiedad privada, destinadas a las comunidades negras e indígenas que no los posean, cuando la superficie donde estuvieren establecidas fuere insuficiente (Art. 71, literal a. EDR).

22.12. La competencia de la Unidad Nacional de Tierras Rurales para comprar bienes inmuebles improductivos de propiedad privada, con excepción de aquellos predios ubicados en resguardos indígenas y los predios integrados dentro de títulos colectivos de comunidades negras.

22.13. La determinación de un procedimiento para la dotación de tierras rurales a las comunidades indígenas y afrodescendientes, a través de las acciones adelantadas por el Ministerio del Interior y de Justicia, el Incoder y con la participación de las autoridades tradicionales de dichas comunidades (Arts. 116 a 125 EDR).

22.14. El establecimiento de reglas para la actuación de los Comités Territoriales para Atención Integral a la Población Desplazada, en cuanto a la declaratoria de inminencia o de desplazamiento, respecto de territorios donde se encuentren asentadas comunidades étnicas (Art. 128 EDR).

22.15. La exclusión de la titulación de las tierras baldías en Unidades Agrícolas Familiares para el caso de las adjudicaciones de tierras a las comunidades indígenas, negras y demás minorías étnicas (Art. 155 EDR).

22.16. La participación de un representante de las comunidades negras en el Consejo Nacional Agropecuario y Agroindustrial (Art. 175 EDR).

23. Estudiado el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte encuentra que se trata de una normatividad que debió surtir el procedimiento de consulta previa descrito en esta sentencia. Ello con base en dos criterios diferenciados: (i) El hecho que la norma acusada sea un régimen integral que regule el tema del desarrollo rural y, por ende, las relaciones entre los individuos y la tierra; y (ii) la existencia en el EDR de disposiciones que prescriben, de manera puntual y específica, tópicos que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

24. En cuanto a lo primero, tanto las normas del derecho internacional que regulan el tema de la consulta previa, como la jurisprudencia constitucional, han destacado el lugar central que cumple el territorio en la definición de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. Así, la Parte II del Convenio 169 de la OIT establece un grupo de reglas que deben tener en cuenta los Estados y gobiernos en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades tradicionales respecto a sus territorios. Al respecto, el artículo 11 determina que *“al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”* Desde esta perspectiva, surgen para el Convenio varias obligaciones a cargo del Estado, entre ellas, el reconocimiento a las comunidades de la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, la protección especial de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales en esos territorios, la implementación de procedimientos de consulta respecto a la explotación del recursos del subsuelo en los mismos, el carácter excepcional y consensuado del traslado de las comunidades de sus territorios tradicionales,

al igual que el reconocimiento y respeto de las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra establecidas por las comunidades diferenciadas.³⁷ Bajo el mismo parámetro, el Convenio dispone que en relación concreta con los programas agrarios nacionales – como es el caso del EDR -, éstos deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de (i) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; y (ii) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.³⁸

De forma armónica con las obligaciones estatales descritas, contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquéllas. Al respecto, este Tribunal ha señalado que *“es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une -como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro.” // Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella. // En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas”*.³⁹

³⁷ Cfr. Artículos 13 a 18 del Convenio 169 de la OIT.

³⁸ *Ibidem*. Art. 19.

³⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-891/02.

Los argumentos anteriores demuestran que la regulación de la propiedad agraria, en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas y tribales es un asunto de especial relevancia para la definición de su identidad. Esto implica que el contenido del EDR, en cuanto implica la regulación sistemática y detallada de la propiedad agraria, es un asunto que recae dentro de las materias en donde el deber de consulta debe cumplirse por parte del Gobierno, en tanto autor de la iniciativa correspondiente.

25. En segundo lugar, la obligatoriedad del deber de consulta se refuerza por la existencia de materias específicas, enumeradas en el fundamento jurídico 22 de esta decisión, las cuales cumplen con el requisito previsto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, según el cual deben someterse al procedimiento de consulta previa aquellas medidas legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes. En efecto, dichas disposiciones versan, entre otros aspectos, sobre la determinación del régimen jurídico predicable de los resguardos indígenas y los territorios de propiedad colectiva de las comunidades afrodescendientes. Por ende, no existe duda alguna acerca de la exigibilidad de la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales para el caso del EDR.

El incumplimiento del deber de consulta previa respecto de las normas que integran el Estatuto de Desarrollo Rural

26. Verificada la obligación gubernamental de efectuar la consulta previa de la norma acusada a las comunidades indígenas y afrodescendientes, debe la Corte ocuparse de determinar si el procedimiento surtido por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, cumple con las condiciones previstas en el ordenamiento constitucional aplicable a la materia. Sobre este tópico, la Sala considera oportuno pronunciarse sobre dos aspectos particulares sobre el problema jurídico planteado: (i) la relación entre la oportunidad del procedimiento de consulta y la eficacia del principio de buena fe; y (ii) la omisión de la instancia preconsultiva al procedimiento de consulta.

27. Como se indicó en apartado precedente, previsiones específicas del Convenio 169 de la OIT, establecen que el procedimiento de consulta debe efectuarse bajo la vigencia del principio de buena fe. Esto significa que el ofrecimiento de espacios para la participación de las comunidades tradicionales en la definición de las medidas legislativas, debe tener vocación de incidencia material en las mismas. En otras palabras, el procedimiento de consulta no puede constituirse en un simple trámite formal, sino que debe estar realizada de modo tal que, de llegarse a un acuerdo o concertación sobre el contenido de la medida legislativa, tales conclusiones incidan en la formulación definitiva de la política pública correspondiente. En caso contrario, si el procedimiento de consulta se lleva a cabo de manera que sus efectos no pueden lograr trascendencia alguna en la confección final de la

medida legislativa, la actuación sería incompatible con la buena fe que guía ese proceso.

28. La condición expuesta implica, para el caso particular de los proyectos de ley que afectan directamente a las comunidades tradicionales, el procedimiento de consulta debe realizarse bajo condiciones de oportunidad. Así, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el trámite de consulta previa debe preceder a la radicación del proyecto de ley, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración del Congreso.

De lo que se trata es que la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes tenga la potencialidad de incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa, lo que implica que el momento en que se efectúa la consulta previa debe armonizarse con las condiciones constitucionales que otorgan racionalidad al procedimiento de producción normativa, en especial los requisitos de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible.⁴⁰

El artículo 158 de la Constitución establece que todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El principio de unidad de materia ha sido objeto de un análisis prolijo por parte de la jurisprudencia de la Corte, precedente que ha insistido en señalar que la calificación acerca del cumplimiento de este presupuesto está basada en la ponderación entre el contenido del principio y la vigencia del principio democrático y la libertad de configuración normativa del legislador. Por lo tanto, la violación del principio de unidad de materia se acreditará únicamente cuando se demuestre que el precepto no tiene ninguna relación de conexidad objetiva y razonable (de carácter causal, temático, sistemático y teleológico) con la materia de la ley respectiva.⁴¹ Tal caracterización, entonces, es incompatible con una visión rígida del principio, la cual afectaría de manera desproporcionada la actividad legislativa y los principios democrático y de conservación del derecho. En ese sentido, el principio de unidad de materia resulta vulnerado sólo cuando el precepto de que se trate se muestra totalmente ajeno al contenido temático de la ley que hace parte.⁴²

Para la determinación del cumplimiento de este requisito, entonces, deberán identificarse dos instancias. La primera, destinada a precisar el alcance material o núcleo temático de la ley. La segunda, relacionada con establecer si la norma objeto de análisis está relacionada con esa temática, a partir de los criterios de conexidad citados.

⁴⁰ En esta sección, la Sala hace uso de la exposición que sobre los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible fue realizada en la reciente sentencia C-1011/08.

⁴¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-832/06.

⁴² Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-501/01, C-714/01, C-1025/01 y C-809/07, entre otras.

La jurisprudencia constitucional ha destacado, igualmente, que los principios de identidad flexible y consecutividad están dirigidos a que la iniciativa obtenga un grado de deliberación democrática suficiente. Esto para que las normas jurídicas resultantes del proceso legislativo sean legítima expresión de la voluntad de los congresistas, en tanto titulares de la representación popular.

El principio de consecutividad del trámite legislativo se deriva de lo dispuesto por el artículo 157 C.P., norma que establece que los proyectos de ley deben haber sido discutidos y aprobados tanto en comisiones como en las plenarias de ambas cámaras, previsión que la Corte ha denominado como la “regla de los cuatro debates”. En este caso, la prescripción constitucional está dirigida a que toda iniciativa cumpla con todos los debates sucesivos en cada una de las instancias del Congreso, con el objeto de garantizar que sea sometida a un debate adecuado y suficiente.

Esta Corporación ha insistido en que el principio de consecutividad debe comprenderse armónicamente con el principio de identidad flexible. En efecto, de conformidad con lo señalado con el artículo 160 C.P., durante el segundo debate cada cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias. Tal posibilidad busca permitir que al interior de las plenarias sea posible someter al debate democrático las propuestas aprobadas por las comisiones, de modo tal que la actividad de aquéllas no se restrinja a la simple confirmación de lo decidido en el primer debate. Esta previsión implica, además, una modificación cualitativa del régimen imperante en la Constitución anterior, pues permite la flexibilización del trámite legislativo, con el fin de obtener mayores niveles de deliberación y análisis de los proyectos de ley, lo que redundaría en la eficacia del principio democrático. Como lo ha previsto la jurisprudencia, “(...) *bajo el actual esquema constitucional el mismo ha sido relativizado, en el sentido que por su intermedio ya no se exige que el proyecto sea aprobado de manera idéntica en todos los debates parlamentarios, es decir, que su contenido material deba guardar estricta equivalencia durante el trasegar del trámite legislativo. (...)*”⁴³

De acuerdo con estos condicionamientos, el principio de identidad flexible obliga a que si bien la iniciativa debe contar con los cuatro debates reglamentarios, el texto no necesariamente debe ser idéntico en dicho trámite.⁴⁴ Sin embargo, tal posibilidad de modificación de los proyectos durante el segundo debate está sometida a límites, estrechamente relacionados con la preservación de la unidad temática de la iniciativa. En términos de la Corte, el “*concepto de identidad*”⁴⁵ comporta más bien que entre los distintos contenidos normativos que se propongan respecto de un mismo artículo exista

⁴³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1040/05.

⁴⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-208/05.

⁴⁵ Sentencia C-702 de 1999.M.P. Fabio Morón Díaz

la debida unidad temática⁴⁶. Tal entendimiento permite que durante el segundo debate los congresistas puedan introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que consideren necesarias (art. 160 C.P.), siempre que durante el primer debate en la comisión constitucional permanente se haya discutido y aprobado el tema a que se refiera la adición o modificación⁴⁷. Lo anterior implica darle preponderancia al principio de consecutividad, en cuanto es factible conciliar las diferencias surgidas en el debate parlamentario, sin afectar la esencia misma del proceso legislativo⁴⁸. || En efecto, la Carta autoriza la introducción de modificaciones o adiciones al proyecto de ley durante el segundo debate de cada Cámara. En este sentido es posible entonces que bajo la forma de adición o modificación se incluya un artículo nuevo. La exigencia que el ordenamiento impone es que el tema específico al que se refiera la modificación o adición haya sido debatido y aprobado durante el primer debate. En ese orden de ideas, es claro que la facultad de introducir modificaciones y adiciones se encuentra limitada pues debe respetarse el principio de identidad, de forma tal que esos asuntos estén estrechamente ligados a lo debatido y aprobado en comisiones⁴⁹.⁵⁰

En este sentido, el límite para inclusión de modificaciones por parte de las plenarias es su unidad temática con los asuntos previamente debatidos. Por ende, lo que recibe reproche constitucional es la introducción de temas autónomos, nuevos y separables,⁵¹ que no guarden relación con las materias debatidas en instancias anteriores del trámite.

29. Llevados estos argumentos al caso de la consulta previa, se concluye que la obligación de realizar este procedimiento con anterioridad a la radicación del proyecto de ley, es una condición imprescindible para dotar de efectividad e incidencia material a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la determinación del contenido de las medidas susceptibles de afectarles directamente. En efecto, dicho escenario participativo está diseñado para que se logre una concertación entre las comunidades y las instancias gubernamentales, lo que implica que las autoridades representativas de aquéllas deben (i) estar en la posibilidad de formular modificaciones y adiciones al proyecto de medida legislativas propuestas por el Gobierno; y (ii) de lograrse un acuerdo sobre la inclusión de esa modificación, que la misma tenga la potencialidad de hacer parte del texto definitivo de la ley.

El cumplimiento de la segunda de las condiciones mencionadas, está supeditado a que la modificación fruto de la consulta previa se surta en una

⁴⁶ Sentencia C-1190 de 2001 M.P. Jaime Araújo Rentería. También se puede consultar la Sentencia C-950 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁷ Sentencia C-702 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁸ Ver Sentencia C-1108/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁹ Sentencias C-008 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-809 de 2001.M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-706/05.

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-453/06.

oportunidad compatible con la satisfacción de los principios de unidad de materia, identidad flexible y consecutividad. Esto implica que el proceso consultivo deberá llevarse a cabo antes de radicar el proyecto de ley ante el Congreso, puesto que luego de presentada la iniciativa, la posibilidad de modificar su texto estaría restringida a la preservación de la unidad temática de la misma, so pena de incurrir en un vicio de procedimiento que afectaría su constitucionalidad en sentido formal. En tal sentido, si la consulta previa es propiciada por las autoridades gubernamentales cuando ya se ha iniciado el proceso de formación de la ley, las modificaciones a la iniciativa que surjan de la consulta previa desconocerían los principios mencionados.

A su vez, esta circunstancia implicaría un desconocimiento de la buena fe que gobierna el trámite de consulta previa, pues la misma se realizaría bajo el supuesto que las medidas legislativas alternativas que llegaren a surgir del proceso de concertación no podrían integrar validamente el texto definitivo de la ley, habida cuenta de la imposibilidad fáctica de cumplir con los requisitos antes aludidos, que buscan asegurar la eficacia del principio democrático al interior de las cámaras legislativas. Así por ejemplo, si fruto de la consulta previa se acuerda una proposición alternativa y el trámite legislativo ya ha surtido varios sus debates, la modificación que llegare a realizarse a la iniciativa *(i)* no cumpliría con el principio de consecutividad; y *(ii)* a menos que se inscribiera dentro de la núcleos temáticos previstos originalmente en el proyecto de ley, violaría los principios de unidad de materia e identidad flexible.

La Corte insiste en que el contenido concreto del principio de buena fe en el proceso de consulta previa logra su verdadero sentido cuando, según las condiciones anotadas, las propuestas que se obtengan de la participación de las comunidades tradicionales puedan incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa. Sólo de esta manera puede cumplirse con lo previsto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, que propugna porque la consulta previa se surta a través de procedimientos apropiados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En criterio de la Sala, considerar lo contrario, es decir, admitir que la consulta previa puede surtir en cualquier instancia del trámite legislativo, implicaría considerar que el grado de incidencia de las comunidades en las medidas que las afectan, y por ende de participación democrática, estaría supeditada a las precisas condiciones y materias que las autoridades gubernamentales fijen previamente, lo que restringiría de forma desproporcionada e irrazonable el grado de incidencia mencionado. Un escenario de estas características no cumple con las reglas sobre consulta previa descritas en el fundamento jurídico 16 de esta sentencia.

Además, debe resaltarse que la necesidad de realizar el procedimiento de consulta con anterioridad de la radicación del proyecto de ley es una garantía para la protección del principio democrático. En efecto, conforme a la

competencia constitucional prevista en el artículo 150 C.P., corresponde al Congreso hacer las leyes, lo que supone la necesidad ineludible de un proceso deliberativo, de modo que las normas que conformen el ordenamiento jurídico sean fruto de la legítima voluntad de las cámaras. Así, las propuestas de regulación que surjan del proceso de consulta previa, deben ser estudiadas por el Congreso, con sujeción a los requisitos que impone de racionalidad mínima en el trámite legislativo, derivadas del principio de consecutividad. En consecuencia, si se pretermiten dichas obligaciones, resultaría desconocida la competencia del Legislador para discutir los proyectos de ley que pongan a su consideración las instancias con iniciativa para ello.

30. De acuerdo con la reseña fáctica expuesta por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, los acercamientos tendientes a realizar la consulta previa con las comunidades indígenas iniciaron el 29 de diciembre de 2006, cuando se suscribió el contrato estatal tendiente a organizar la logística y asesoría a los funcionarios del Incoder y los asistentes a la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, reunión que luego de varios aplazamientos derivados de decisiones de las comunidades indígenas, sólo fue llevada a cabo entre el 30 de mayo de 2007 y el 1º de junio del mismo año. Estas reuniones resultaron infructuosas, puesto que los miembros de la citada Comisión se negaron a discutir el proyecto de ley que dio lugar al EDR y, finalmente, decidieron retirarse de la reunión luego de exponer su desacuerdo con el contenido de la iniciativa. El Ministerio agrega que durante el trámite del proyecto al interior del Congreso, se surtieron otros escenarios de participación, como (i) la participación activa del Senador por Comunidades Indígenas Ramiro Estacio en la presentación para ponencia en primer debate del proyecto; (ii) la realización de dos Foros Indígenas, a instancias del Gobierno Nacional y el Senador Ramiro Estacio, realizadas los días 28 de septiembre de 2006 y 20 de marzo de 2007; (iii) la convocatoria de la Mesa Nacional de Tierras, a instancias de la Procuraduría General de la Nación.

Respecto a las actuaciones adelantadas con las comunidades afrodescendientes, el Ministerio indica que adelantó el procedimiento de consulta en los términos previstos en la Ley 70/93 y el Decreto 2248/95. Así, manifiesta que se desarrollaron cuatro mesas de concertación con la Subcomisión de Territorios de la Consultiva de Alto Nivel para Comunidades Negras. Fruto de estas reuniones se logró un acuerdo entre los comisionados, suscrito en acta del 21 de noviembre de 2006, y que incidió en la presentación de proposiciones modificatorias al proyecto de ley, que fueron finalmente incorporadas en el EDR.

31. A partir de este relato fáctico la Corte encuentra que los procedimientos de consulta previa realizados respecto del proyecto de ley que originó el EDR, no cumplieron con los requisitos fijados por el ordenamiento constitucional, en especial respecto a sus condiciones de oportunidad. En efecto, se observa que tanto para el caso de las comunidades indígenas como el de grupos

afrodescendientes, los acercamientos con miras a efectuar la consulta previa se iniciaron con posterioridad a la radicación de la iniciativa ante el Congreso, actuación que se surtió el 24 de julio de 2006, como consta en la Gaceta del Congreso 246 de 2006.⁵² En ese sentido, la Sala considera que el Gobierno Nacional incumplió con su deber constitucional de ofrecer a las autoridades representativas escenarios específicos de participación, previos a la radicación del proyecto de ley, en el cual fuera viable discutir el contenido de la iniciativa, con miras a lograr un consenso o una concertación sobre la misma. Para la Corte, conforme a los argumentos anteriormente planteados, el adelantamiento de la consulta previa por parte de las autoridades gubernamentales con posterioridad a la radicación del proyecto de ley, disminuye el grado de incidencia de la participación de las comunidades tradicionales en la determinación del contenido concreto de la medida legislativa que las afecta directamente. En tal sentido, el procedimiento efectuado por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, no constituye un trámite adecuado para el cumplimiento del deber de consulta previa, habida cuenta que la oportunidad en que se llevó a cabo limita desproporcionadamente la capacidad de las comunidades de incidir en el contenido del EDR. Ello debido a que la vigencia de los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible hace que el proyecto de ley constituya un marco de referencia temático, impuesto por el Gobierno a las comunidades y modificable sólo conforme a las estrictas reglas del procedimiento legislativo.

32. La Corte encuentra, igualmente, que la reseña fáctica antes expuesta no da cuenta que el Gobierno Nacional haya efectuado tarea alguna destinada a realizar una etapa preconsultiva, en el que las autoridades estatales y las comunidades indígenas y afrodescendientes hubieren acordado las reglas

⁵² Sobre este particular, en la Gaceta del Congreso 246 del 25 de julio de 2006, página 59, se lee lo siguiente:

“SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 24 de julio de 2006

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 30 de 2006 Senado, por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Quinta Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 24 de julio de 2006

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Quinta Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la Gaceta del Congreso.

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República,

Dilian Francisca Toro Torres.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.”

aplicables al procedimiento de consulta previa. Esta condición es importante, puesto que de conformidad con los requisitos constitucionales de la consulta previa, el proceso deliberativo en sí mismo considerado debe reconocer y proteger la identidad de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Esta obligación se incumple cuando, al pretermirse el trámite preconsultivo, el proceso de consulta previa se plantea a partir de condiciones de deliberación y concertación impuestas unilateralmente por el Gobierno, al margen de las características diferenciadas que se derivan de los usos y prácticas que conforman la identidad de dichos pueblos.

33. A pesar de lo expuesto, que demuestra el incumplimiento en el asunto de la referencia de las condiciones constitucionales de la consulta previa, la Sala advierte que a partir de la intervención del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, existirían dos objeciones a la conclusión anterior, las cuales deben ser dilucidadas en esta decisión. En efecto, la cartera mencionada sostiene que, de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que no existen desarrollos legislativos sobre el trámite de consulta previa, la naturaleza y alcance de las reglas que se adopten a ese respecto deben determinarse con flexibilidad y fundadas en el principio de buena fe. Por ende, el hecho que se hayan adelantado diversos encuentros con las comunidades tradicionales, durante el trámite de discusión y aprobación del proyecto de ley y antes de la expedición del EDR, es un procedimiento que se inscribe en dicha condición de flexibilidad. De otro lado, señala que no es posible concluir que para el presente asunto se esté ante un déficit de participación de las comunidades tradicionales, puesto que éstas tuvieron a su disposición distintas instancias dentro del trámite del proyecto, en el que plantearon sus puntos de vista sobre el contenido del EDR.

33.1. Para resolver la primera objeción, la Sala advierte que la jurisprudencia constitucional ha establecido que, si bien existe ese grado de flexibilidad en la determinación del procedimiento aplicable a la consulta previa, éste debe acompañarse con la vigencia del principio de buena fe. Como fue expuesto en el fundamento jurídico 29 de esta sentencia, el contenido concreto de ese principio para el caso del deber de consulta previa, consiste en que las comunidades tradicionales conserven un grado de incidencia adecuado y suficiente en la determinación del contenido material de la medida legislativa que las afecta directamente. Ello es así, puesto que otorgar eficacia material al proceso de consulta, como se indicó anteriormente, implica su entendimiento como un espacio de deliberación entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, destinado a obtener una concertación o acuerdo sobre el contenido de la medida legislativa. Este deber no conlleva, como ya se ha señalado, que los pueblos indígenas y tribales tengan poder de veto en relación con la expedición de la norma legal; empero, conlleva la necesidad que el producto del proceso participativo pueda incidir eficazmente en la definición de la política pública. Tal condición solo es posible cuando el

procedimiento de consulta incluya las diferentes temáticas que surjan de la deliberación entre los interesados, no sólo aquellas que puedan ser incorporadas luego de cumplir con los requisitos del trámite legislativo, en especial los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible.

Considerar lo contrario, esto es, que el procedimiento de consulta previa de medidas legislativas, puede realizarse en una etapa posterior a la radicación del proyecto de ley, llevaría a resultados incompatibles con las características esenciales del trámite citado. En efecto, de obtenerse un consenso entre las comunidades tradicionales y las autoridades gubernamentales, su eficacia estaría supeditada al desarrollo del procedimiento legislativo correspondiente; de modo que los asuntos discutidos en debates surtidos previamente, al igual que la definición de la materia de la iniciativa en las sucesivas discusiones parlamentarias, impedirían que las propuestas alternativas derivadas del proceso de consulta fueran válidamente integradas al contenido definitivo de la ley correspondiente. En últimas, el procedimiento de consulta previa, en este escenario, se tornaría en un formalismo intrascendente, lo que resulta incompatible con las obligaciones estatales a ese respecto, descritas en apartados anteriores de esta decisión.

33.2. La segunda objeción planteada por el Ministerio interviniente parte de la confusión entre los distintos niveles de participación en la definición de las medidas legislativas, que la Constitución Política confiere a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Según lo expuesto en los fundamentos jurídicos 11 y 12 de esta sentencia, la Carta adscribe dos modalidades diferenciadas de participación a favor de dichos pueblos. La primera, de carácter general, de acuerdo con la cual los integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes son titulares de los derechos de participación política, entre ellos la posibilidad de intervenir en el trámite legislativo, en idénticas condiciones a los ciudadanos que no hacen parte de una minoría étnica y cultural. En este nivel general de participación está comprendida la representación democrática en el Congreso a través de curules particulares, las cuales han sido instituidas por el ordenamiento constitucional como parte del reconocimiento de la diversidad y ante la necesidad de otorgar espacios privilegiados de acción en la vida política de la Nación a sectores que han sido tradicionalmente excluidos y discriminados.

Este nivel general de participación política difiere del deber de consulta previa. En efecto, el derecho fundamental a la consulta previa surge respecto de aquellas medidas legislativas o administrativas que tengan la posibilidad de afectar directamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes. Así, cuando las autoridades gubernamentales decidan impulsar tales medidas, deben garantizar la existencia de espacios de participación específicos, dirigidos a que los pueblos indígenas y tribales conozcan el contenido de la misma y hagan parte de un espacio deliberativo, dirigido a obtener el

consenso o concertación sobre la misma. Para cumplir con esta finalidad, deben cumplirse determinadas condiciones, cuyas reglas de aplicación han sido sistematizadas en el fundamento jurídico 16 de la presente decisión.

Como se observa, la consulta previa es un trámite particular, de naturaleza constitucional, exigible de aquellas políticas que, en razón de su contenido o implicaciones, interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas. Por ende, su exigibilidad se basa en la presencia de medidas legislativas o administrativas de esa índole y, en consecuencia, no resulta admisible que su omisión sea avalada con la existencia de mecanismos ordinarios y generales de participación política de las comunidades tradicionales. Por lo tanto, la afirmación realizada por el interviniente, en el sentido que la consulta previa para el caso concreto se encuentra verificada por la realización de algunos foros o encuentros durante el trámite legislativo, se basa en la confusión de los planos general y específico – consulta previa – de la participación de los pueblos indígenas y tribales en las decisiones que las afectan.

34. En suma, la Sala concluye que para el caso de la Ley 1152 de 2007 no se cumplió con el deber de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, puesto que (i) al margen de la validez material de los procesos de participación efectuados, éstos fueron llevados a cabo de forma inoportuna y, por ende, contraria al principio de buena fe; y (ii) no existe evidencia alguna del cumplimiento de procedimientos preconsultivos, a través de los cuales las autoridades gubernamentales y las comunidades tradicionales acordaran las reglas del trámite de consulta previa.

Remedio constitucional frente a la omisión del deber de consulta

35. Ante el incumplimiento del deber de consulta previa durante el trámite que antecedió a la discusión y aprobación del EDR, debe la Corte ocuparse de la consecuencia, desde la perspectiva constitucional, de dicha omisión. Al respecto, en el fundamento jurídico 15 se expuso como la pretermisión del deber de consulta previa llevaba, en principio, a la declaratoria de inexecutable de las normas acusadas. Sin embargo, esta no es la única opción posible de decisión por parte de la Corte, pues resulta necesario evaluar el grado de afectación que tenga la medida legislativa, habida consideración que sólo aquellas normas que incidan directamente en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes están sometidas al requisito de consulta, conforme lo prevé el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT. Así, deberá determinarse en el caso concreto el contenido general de la ley y los contenidos específicos que prevé en relación con las comunidades tradicionales; la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes; la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

De acuerdo con el contenido normativo propuesto por el Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte observa que contiene disposiciones dirigidas todas ellas a crear un nuevo régimen para el uso y aprovechamiento de la tierra rural. Esta finalidad fue expresamente identificada por el Legislador, en tanto el artículo 1° del EDR lo define como *“el conjunto sistemático e integrado de principios, objetivos, normas, lineamientos de política, mecanismos y procedimientos a través de los cuales el Estado colombiano promoverá y ejecutará las acciones orientadas a lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural, en condiciones de equidad, competitividad y sostenibilidad, en cumplimiento de los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política.”* De tal modo, el Estatuto establece múltiples mecanismos legales, con finalidades igualmente variadas. Así, el EDR contiene normas sobre la estructura institucional del Estado, las cuales buscan reorganizar las competencias de las entidades que conforman la “institucionalidad rural”. Igualmente, señala procedimientos destinados a regular la promoción de proyectos productivos a través de herramientas técnicas y tecnológicas, el uso de la propiedad rural y la distribución de tierras con fines de reforma agraria, bien sea mediante procedimientos administrativos o de naturaleza judicial (p.e. prescripción agraria, extinción de dominio de bienes rurales). Finalmente, como tuvo oportunidad de explicarse en apartado anterior, el EDR consagra normas que tienen como destinatarios expresos a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

36. Esta consideración es importante, puesto que permite concluir a la Corte que la Ley 1152/07 regula una materia que tiene principal importancia para las comunidades indígenas y afrodescendientes, como es la relación entre sus miembros y la tierra. A este respecto, en el fundamento jurídico 24 de esta sentencia se demostró cómo el territorio es uno de los aspectos que definen la identidad de las citadas comunidades, al punto que las normas de derecho internacional contenidas en el Convenio 169 de la OIT establecen reglas particulares y concretas para la concertación entre los Estados y los pueblos indígenas y tribales, en cuanto a la adopción de medidas legislativas relacionadas con el papel de esas comunidades en los programas agrarios nacionales.

Conforme lo anterior, es evidente que las normas del EDR tienen una relación intrínseca y directa con los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el cual no se agota en las disposiciones que hacen referencias expresas a estos pueblos, sino que se extiende a la totalidad del texto de la Ley 1152/07, norma que desde su inicio ha sido concebida como un régimen integral y sistemático sobre el uso y aprovechamiento de los territorios rurales, razón por la cual dicha materia tiene uno efecto transversal en todo el ordenamiento legal objeto de análisis. Esta materia, como se ha insistido a lo largo de esta providencia, está vinculada al núcleo de la definición de la identidad diferenciada de las citadas comunidades. En

consecuencia, la norma acusada resulta inexecutable en su integridad, habida cuenta (i) la comprobación fáctica acerca del incumplimiento del deber de consulta previa; y (ii) el hecho que el EDR constituya un régimen integral y sistemático sobre el desarrollo, uso y aprovechamiento del territorio rural, asunto que, a su vez, resulta determinante para la definición de la identidad de las minorías étnicas.

A este respecto, debe insistirse en que el EDR es una regulación general, que establece procedimientos para el uso y aprovechamiento del territorio rural, reformula la institucionalidad rural, crea organismos concebidos como instancias concretas de participación de los diversos sectores interesados en esa actividad y, en definitiva, es concebido como un nuevo régimen para regular las relaciones entre el Estado y los habitantes de las zonas rurales, entre ellos los miembros de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Precisamente, a partir de esta comprobación, el Gobierno Nacional ejerció algunas acciones destinadas a suplir el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, las cuales, en razón de su ausencia de oportunidad, resultaron incompatibles con la vigencia del principio de buena fe, previsto expresamente por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

Sobre este particular, la Corte considera que habida cuenta la similitud de estructura de regulación legal y grado de incidencia hacia las comunidades indígenas y afrodescendientes, en este caso resultan *mutatis mutandis* las consideraciones que este Tribunal efectuó en la sentencia C-030/08, la cual declaró inexecutable la Ley 1021/06 – Ley General Forestal, debido a que se había violado el derecho fundamental a la consulta previa que tienen estas comunidades. Así, en dicha sentencia se indicó que *“el proyecto que culminó con la expedición de la Ley General Forestal fue concebido como un régimen integral, razón por la cual no cabe excluir de su ámbito la regulación de los bosques naturales, ni el impacto que de ello se desprende para las comunidades tribales. Para lograr ese propósito habría sido necesario concebir un proyecto distinto, desde su origen, orientado puntualmente a la adopción de medidas de fomento para el establecimiento y la explotación de plantaciones forestales, pero sin pretender hacer una regulación integral del sector forestal. La opción contraria, esto es, la de tramitar un proyecto de carácter general e integral, implicaba que, necesariamente, debían haberse consultado las comunidades indígenas y tribales, porque por acción, en razón de las medidas adoptadas en la ley, o por omisión, en cuanto formalmente se excluyese a dichas comunidades del ámbito de aplicación de la misma, pese a su carácter general e integral, dicha medida legislativa es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades que tienen en el bosque su hábitat natural.”* Observa la Corte que en este caso, paradójicamente, el carácter específico de la afectación que la ley puede tener sobre las comunidades indígenas y tribales, se deriva de la condición general e integral que se le dio a la iniciativa legislativa, en cuanto que, por esa vía, sus

previsiones son susceptibles de afectar a dichas comunidades en una dimensión muy particular, cual es la relación que mantienen con el bosque.”

Estas consideraciones son en entero aplicables al asunto de la referencia. De la misma manera que la Ley General Forestal, el EDR establece una regulación general y sistemática, esta vez relacionada con el uso y aprovechamiento de los territorios rurales. Igualmente, el EDR fija cláusulas que excluirían la aplicación de algunas de sus normas a las zonas rurales en las que habitan comunidades indígenas y afrodescendientes, según se tuvo oportunidad de analizar en el fundamento jurídico 24 de esta sentencia. No obstante, como se señaló en el fallo C-030/08, es precisamente ese carácter general y sistemático el que obligaba a que, indefectiblemente, el proyecto que dio lugar a la Ley 1152/07, fuera consultado en su integridad a las minorías étnicas, con miras a llegar a un acuerdo o concertación sobre el mismo. Como este requisito, de índole constitucional y que está relacionado con la eficacia concreta de un derecho fundamental reconocido por normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, no fue cumplido para el caso de la normatividad de la referencia, ésta deviene inexequible en su integridad.

37. A pesar que las consideraciones efectuadas resultan suficientes para declarar la inconstitucionalidad de la Ley 1152/07, la Corte considera pertinente dar respuesta a argumentos que abogan por la inexecutable parcial o la exequibilidad condicionada de dicha normativa.

37.1. En primer término, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural solicita a la Corte que en caso que se decida la inexecutable del EDR, ésta se circunscriba a las normas del mismo que hacen referencia expresa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Para la Sala, esta alternativa de solución generaría una omisión legislativa relativa⁵³ en el texto del EDR, constitutiva de una discriminación injustificada en contra de los pueblos tradicionales. En efecto, el lugar central que tiene el territorio para las comunidades indígenas y afrodescendientes, implica desde la perspectiva constitucional que la regulación integral sobre desarrollo, uso y aprovechamiento de las zonas rurales, establezca reglas que definan las relaciones entre el Estado y los miembros de dichas comunidades, las cuales reflejen el interés de la Carta Política en reconocer el carácter pluriétnico y

⁵³ La jurisprudencia ha señalado que un precepto legal incurre en omisión legislativa cuando se reúnen las siguientes condiciones: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-185/02.

multicultural de la Nación y, consecuentemente, la preservación de la identidad de los pueblos indígenas y tribales.

Es evidente que una legislación en materia de desarrollo rural que no tuviera en cuenta los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, se mostraría discriminatoria, en tanto generaría un déficit de protección jurídica, incompatible con los derechos de estas minorías, ampliamente documentados en la presente decisión.

De otro lado, debe insistirse en que el EDR, por expreso mandato del legislador, constituye una regulación integral y sistemática sobre el uso y aprovechamiento de la tierra rural. En ese sentido, no sería constitucionalmente aceptable extraer la regulación relativa a las comunidades indígenas y afrodescendientes del Estatuto, con base en, al menos dos razones de primer orden: (i) La eliminación de dichos preceptos desarticularía un sistema normativo con pretensión de integralidad, lo que contradice la naturaleza misma del Estatuto; y (ii) el uso y aprovechamiento de la tierra rural es un aspecto con incidencia transversal en el EDR, razón por la cual no resulta viable identificar qué aspectos del mismo incidirían directamente en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues cualquier aspecto del Estatuto tendría, en casos concretos, la posibilidad de generar ese grado de afectación.

37.2. En segundo lugar, debe establecerse por qué en este caso no resulta aplicable la regla de decisión utilizada por la Corte en la sentencia C-461/08. En esta sentencia se analizó la presunta inconstitucionalidad de la Ley 1151/07, *“por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo”*, en razón a haberse pretermitido el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas. La Corte comprobó en esa oportunidad que la norma establecía disposiciones que afectaban específicamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo que debió someterse al trámite de consulta, sin que ello se hubiere verificado. No obstante, decretó la constitucionalidad condicionada de la Ley, conforme los argumentos siguientes:

“6.1.2. Ahora bien, considera la Sala Plena que en el presente proceso es posible, en aplicación del principio de conservación del derecho, proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexecutable de toda la ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica. Es procedente en este caso declarar que la Ley 1151 de 2007 es exequible, siempre y cuando se entienda que **se suspenderá la ejecución de los proyectos -y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales- incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia.**”

La determinación de cuáles son los proyectos o programas incluidos dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que deben agotar el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas, es una responsabilidad del Gobierno Nacional, por ser el respectivo proyecto de ley de su iniciativa. Sin embargo, en relación con los proyectos concretos respecto de los cuales se considere que no han cumplido con dicha condición –al estar de por medio la protección de derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros individualmente considerados-, se encuentra abierta en cada caso la vía de la acción de tutela, en el evento en que las comunidades indígenas, después de haber solicitado la realización de la consulta previa, invocando la presente sentencia, reciban una respuesta negativa. Si un proyecto específico ya fue sometido a una consulta previa que haya respetado las pautas trazadas en las normas aplicables y en la jurisprudencia constitucional, no será necesario realizar una nueva consulta. No obstante, si la consulta no respetó tales pautas, debe efectuarse una nueva cumpliendo el Convenio 169 de la OIT así como las exigencias jurisprudenciales encaminadas a asegurar que la consulta sea efectiva.” (Negrillas originales).

La Sala observa que estas condiciones son diferentes a las que se comprueban para el caso del EDR. En efecto, distinto a como sucede con las normas del Plan Nacional de Desarrollo, los preceptos del EDR son disposiciones de aplicación inmediata, las cuales no están sometidas a un proceso previo de concreción, a través de proyectos particulares y específicos, como sí sucede en dicho Plan. A este respecto, el artículo 26 de la Ley 154/94 – Orgánica del Plan de Desarrollo establece que *“con base en el Plan Nacional de Desarrollo aprobado cada uno de los organismos públicos de todo orden a los que se aplica esta Ley preparará su correspondiente plan de acción.”* Ello significa que las normas del Plan Nacional de Desarrollo, tanto aquellas que integran su parte general como el plan de inversiones públicas del orden nacional, sólo encontrarán su aplicación concreta y definitiva en la etapa de ejecución, que se materializa en el diseño e implementación de los planes de acción antes mencionados. Estas particulares condiciones de aplicación de la ley no se evidencian para el caso particular del EDR, lo que implica la imposibilidad de extender la regla de decisión de la sentencia C-461/08 al asunto de la referencia.

Sobre este particular debe considerarse que adoptar una decisión de exequibilidad condicionada, en los términos y condiciones planteados en la sentencia C-461/08, constituiría una contradicción insalvable entre la regla de decisión en que se basa el presente fallo y los efectos del mismo. Ello en tanto resultaría incoherente sostener, de un lado, que la incompatibilidad entre el EDR y la Constitución se funda en la omisión del requisito de consulta previa, y del otro, que las normas que en razón de su promulgación resultan inmodificables, deban ser aplicadas a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Aceptar este escenario cuando, como se ha comprobado en esta argumentación, los preceptos del EDR tienen aplicación inmediata, significaría avalar la omisión del Gobierno Nacional en la satisfacción del derecho fundamental a la consulta previa.

Además, debe reiterarse que el EDR constituye un régimen general, integral y sistemático sobre el uso y aprovechamiento del territorio rural, de modo tal que no es posible diferenciar entre las normas que afectan a las comunidades indígenas y afrodescendientes y las que no tengan ese propósito. Como se ha señalado insistentemente, el territorio rural es uno de los aspectos que integra en el núcleo de la definición de la identidad de dichas comunidades, razón por la cual toda norma que dirima conflictos particulares y concretos respecto al uso y aprovechamiento de ese territorio, es susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Esta circunstancia impide que la Corte pueda diferenciar entre los preceptos del EDR que afectan directamente a las comunidades tradicionales, lo que hace imposible adoptar una decisión distinta a la inexequibilidad de la normatividad en su conjunto.

Conclusión

38. La Ley 1152 de 2007 configura una regulación integral y sistemática sobre el desarrollo rural y el uso y aprovechamiento de la propiedad agraria, régimen jurídico que debió someterse al trámite de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, en razón de la especial connotación que el territorio tiene para estos pueblos, al igual que por la existencia de disposiciones particulares y concretas en el EDR que los afectan directamente.

39. Sin embargo, de conformidad con los argumentos de índole fáctica recopilados en esta sentencia, la Corte pudo comprobar que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta. En especial, los procesos de acercamiento fueron realizados de forma inoportuna, cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, circunstancia incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Adicionalmente, no se comprobó que fuera adelantado un procedimiento preconsultivo con las comunidades tradicionales, tendiente a definir las reglas de deliberación del proceso de consulta previa. De este modo, resulta desacertado sostener que dichos acercamientos extemporáneos suplen el requisito de consulta previa, puesto que fueron ejecutados luego de haberse iniciado el trámite legislativo y en escenarios propios de éste. En ese sentido, responden a formas de participación democrática de carácter general, los cuales difieren de las modalidades concretas de incidencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes a las que se refiere el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, las cuales corresponde a un procedimiento sustantivo de índole constitucional, dirigido a satisfacer el derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes.

40. Debido a la pretermisión del requisito de consulta previa, la norma acusada deviene inexequible en su integridad. Ello debido a que, en razón de

constituir, por expreso mandato del Legislador, un régimen general y sistemático en materia de uso y aprovechamiento de los territorios rurales, (i) no resulta viable diferenciar entre las normas que afectan directamente a las comunidades y aquellas que no tienen ese efecto, amén de la posibilidad que en casos concretos cualquier disposición del EDR contraiga esa afectación; y (ii) la exclusión, en virtud de su inexequibilidad, de las normas que hagan referencia nominal a los pueblos indígenas y tribales, generaría un régimen discriminatorio en contra de los mismos, puesto que contribuiría a un déficit de protección jurídica, contrario a los derechos que la Constitución reconoce a dichas minorías étnicas.

Por último, la Sala considera pertinente señalar que esta decisión tiene los efectos ordinarios previstos en el artículo 45 de la Ley 270/96 – Estatutaria de Administración de Justicia –, es decir, hacia futuro.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** la Ley 1152 de 2007, “*por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones.*”

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA
Presidente

RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA
Conjuez

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ
Magistrada

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado (P)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General