

Bogotá D.C., septiembre de 2021

Representante
Julio César Triana
Presidente
Comisión Primera
Cámara de Representantes
La ciudad

**Asunto: ponencia negativa al proyecto de ley estatutaria N° 127 de 2021 -
Cámara "Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se
dictan otras disposiciones"**

Respetado Presidente:

En atención a la decisión de la Comisión Primera de la Cámara de designarme como ponente del proyecto de la referencia, nos permitimos rendir ponencia negativa.

Cordialmente,

Juanita Goebertus Estrada
Representante a la Cámara

Luis Alberto Albán Urbano
Representante a la Cámara

INFORME DE PONENCIA NEGATIVA AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA N° 127 DE 2021- CÁMARA “POR EL CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”

En nuestra calidad de ponentes, nos permitimos rendir ponencia negativa al proyecto de ley estatutaria N° 127 de 2021- Cámara con fundamento en una consideración fundamental: la falta de consulta previa del proyecto. Para abordar lo anterior, primero queremos destacar que la regulación del ejercicio del derecho a la consulta previa es una necesidad para garantizar el derecho de los pueblos étnicos; por tanto, reconocemos que el esfuerzo de los autores intenta responder a tal demanda, además, el proyecto contiene varios elementos importantes para proteger el derecho fundamental a la consulta previa. No obstante, cualquier regulación del derecho a la consulta previa, en tanto impacta de manera directa a los pueblos étnicos, debe surtir el procedimiento de consulta previa, libre e informada; y de los antecedentes reseñados en el proyecto de ley no se indica que haya surtido el proceso de consulta con las autoridades tradicionales de los pueblos étnicos.

Para referirnos al deber de consulta que le asiste al Estado, mencionaremos, por un lado, qué medidas son susceptibles de consulta previa y, por otra parte, cómo identificar tales medidas. En primer lugar, la Corte Constitucional, a partir del Convenio 169 de la OIT, ha establecido que cualquier medida de carácter administrativo o legislativo que tenga un impacto directo en los pueblos étnicos o sus territorios debe ser consultada¹. En este sentido, si bien la autoridad que facilita el proceso de consulta previa hoy es el Ministerio del Interior, las medidas legislativas, incluso si son de iniciativa congresional, deben surtir el procedimiento de consulta previa.

Segundo, respecto a la identificación de las medidas administrativas o legislativas que deben consultarse, el criterio que se ha definido en la jurisprudencia es el de impacto directo en los pueblos étnicos y sus territorios. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que la determinación de la afectación directa también responde a un análisis casuístico, no obstante, ha establecido algunos criterios generales para identificar una situación que, con altas probabilidades, impacta directamente a los pueblos étnicos, a saber:

- i) Sociológico: la afectación directa está determinada por el vínculo que existe entre la medida y la definición de la identidad diferenciada del pueblo étnico;
- ii) Normativo: La jurisprudencia ha considerado que se presume la necesidad de efectuar la consulta previa respecto de
 - a) asuntos en donde concurre un mandato constitucional que vincula determinadas materias objeto de regulación con los derechos de las comunidades étnicas²;

¹ Corte Constitucional: SU-039/97, C-366/11, C-194/13; Corte IDH: Sarayaku c. Ecuador

² Corte Constitucional sentencia C-194/13: *En cuanto al primer aspecto del criterio normativo, el precedente analizado ha resaltado que desde la Constitución se prevén mandatos específicos, en los cuales (i) se otorga un tratamiento preferente para las comunidades indígenas y afrodescendientes respecto del ejercicio de determinados derechos constitucionales; o (ii) se vinculan los derechos de las comunidades tradicionales a asuntos relacionados con las decisiones*

- b) aquellos asuntos expresamente indicados como objeto de consulta por parte del Convenio 169 de la OIT³;
- c) cuando, a pesar de que la medida legislativa tenga carácter general, la materia regulada debió contar con una reglamentación particular y específica respecto de las posiciones jurídicas de los pueblos étnicos.

Conforme con lo señalado, una norma que regula el ejercicio de un derecho fundamental del que solo son titulares los pueblos étnicos por mandato constitucional (entendiendo que el Convenio 169 de la OIT en virtud del artículo 93 hace parte del bloque de constitucionalidad) los afecta directamente y, como resultado, debe ser consultada antes de adelantar el trámite legislativo. Omitir el proceso de consulta en el presente proyecto de ley estatutaria, desconoce que el fundamento del derecho a la consulta, previa, libre e informada es la participación efectiva de los pueblos étnicos en los asuntos que los afectan.

Además de las reglas que fueron previamente presentadas, la Corte Constitucional ha indicado en otras decisiones que las normas que pretenden regular la consulta previa, sin ser previamente consultadas con los pueblos étnicos, deben ser inaplicadas. Al respecto, en la sentencia T-652 de 1998 la Corte Constitucional ordenó inaplicar el Decreto 1320 de 1998⁴ en un caso

relativas a las competencias constitucionalmente asignadas frente a los territorios indígenas, en los términos del artículo 330 C.P.

³ Corte Constitucional sentencia C-194 de 2013: *En segundo término, se resalta que la consulta es obligatoria cuando la medida legislativa tenga relación directa con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT, que refieren a su vez a la protección de los derechos de las comunidades étnicas en tanto grupos de identidad diferenciada. Estos asuntos versan, entre sus principales aspectos, acerca de (i) 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 (Art. 13); (ii) la participación de las comunidades étnicas en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios (Art. 15); (iii) la obligación estatal de adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general (Art. 20); (iv) la obligación del Estado de disponer a favor de las comunidades tradicionales de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos (Art. 21); (v) el deber estatal de poner a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental (Art. 25); (vi) la necesidad de adoptar medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (Art. 26); (vii) la obligación de los gobiernos de tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente (Art. 32); y (viii) la definición, por parte de la autoridad estatal encargada de los asuntos del Convenio, de asegurar que existan instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones (Art. 33).*

⁴ Cuarto. **ORDENAR** a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen del Decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; en su lugar, deberán atender en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que

concreto que se llevó ante esa instancia, pues dicha norma desconocía a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, ya que regulaba la manera de ejercer el derecho a participar y decidir sus asuntos propios. Por lo tanto, insistir en una norma que no ha tenido en cuenta la participación de las autoridades tradicionales de los pueblos étnicos, como es el caso del presente proyecto de ley, contradice los reconocimientos que desde hace varios años ha hecho la Corte Constitucional respecto a la garantía de los derechos de los pueblos étnicos, en virtud del reconocimiento constitucional del multiculturalismo y la pluriétnicidad.

No menos importante es aclarar que este proyecto de ley tiene su antecedente directo en el proyecto de ley estatutaria 442 del 2020 Cámara, el cual fue radicado en agosto del 2020 y tuvo audiencia pública en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el 12 de abril del 2021. En él, participaron organizaciones de la sociedad civil, representantes de resguardos indígenas, así como de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, representantes de la academia, entre otros. A partir de lo que se estableció allí, la mayoría de participantes reclamaron la ausencia de una socialización con las comunidades a quienes va dirigido el proyecto y la ausencia evidente de la consulta previa. Posteriormente, el proyecto fue retirado por su autor.

En consecuencia, el Congreso de la República no puede darle trámite a un proyecto de ley que, de entrada, carece de elementos fundamentales para su constitucionalidad. Continuar con el trámite del presente proyecto conduciría a que, de ser aprobado, en la revisión previa de constitucionalidad (en tanto ley estatutaria) se declarara inexecutable por vicios en su formación.

los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, "la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros"

PROPOSICIÓN

En virtud de lo expuesto, le solicitamos a la Comisión Primera de la Cámara de Representantes ARCHIVAR el proyecto de ley estatutaria N° 127 de 2021.

Juanita Goebertus Estrada
Representante a la Cámara

Luis Alberto Albán Urbano
Representante a la Cámara