

Bogotá D.C., 5 de septiembre de 2023

Señor

GERMÁN ALCIDES BLANCO ÁLVAREZ

Presidente Comisión Primera Constitucional Permanente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Senado de la República

german.blanco@senado.gov.co

comision.primer@senado.gov.co

Señora

YURY LINETH SIERRA TORRES

Secretaria Comisión Primera Constitucional Permanente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Senado de la República

yury.sierra@senado.gov.co

REF: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley no. 14 de 2023 Senado “*Por el cual se regula el derecho fundamental a la consulta previa y se dictan otras disposiciones*”

Honorables Senadores:

En cumplimiento del encargo hecho por la Honorable Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República y de conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 156 de la ley 5 de 1992, presento Informe de Ponencia para el primer debate al Proyecto de ley no. 14 de 2023 Senado “*Por el cual se regula el derecho fundamental a la consulta previa y se dictan otras disposiciones*” con base en las siguientes consideraciones.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. ANTECEDENTES DE LA INICIATIVA

El proyecto de ley fue previamente presentado en el año 2018 bajo el número 134 Senado “*Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones*”.

El texto del proyecto de ley actual advierte que tanto el texto como la exposición de motivos fueron iguales en la versión del año 2018 a la actual. Que dicho

Por una Colombia diversa y en paz.

proyecto que la ponencia no pudo radicarse en atención a que el Ministerio del interior había advertido que debía realizarse previamente la Consulta Previa. Motivo por el que fue archivado.

Para los efectos de análisis se tendrá en cuenta que el presente proyecto es idéntico al anteriormente referenciado por disposición expresa del mismo texto del proyecto.

II. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

Según lo establecido en el texto del proyecto de ley este tiene por objeto “*garantizar el derecho fundamental a la consulta previa, regular su ejercicio y establecer los instrumentos y mecanismos de salvaguarda*”

Según los autores el proyecto de ley reglamenta y regula el ejercicio de la Consulta Previa mediante la creación de unos procedimientos y la delimitación de los alcances de la consulta previa como derecho fundamental.

III. CONSIDERACIONES

a. De la necesidad de consultar el proyecto de ley

Consulta Previa:

La consulta previa es un derecho fundamental que se basa en los principios/derechos de participación¹ y de la diversidad étnica y cultural², como tal, implica que el Estado debe asumir medidas activas que garanticen que, sea cualquiera la medida que se pretende adoptar y que tenga un impacto directo en los pueblos o comunidades étnicas se les consulte previamente sobre la misma, de suerte que la voluntad de los pueblos y comunidades sea respetado y se proteja sus derechos colectivos, su cultura, su lengua, sus creencias, entre otros.

¹ Constitución política de Colombia, art. 103: “*Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.*”

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.”

² Constitución política de Colombia, art. 7: “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”*

El Estado colombiano mediante la expedición de la ley 21 de 1991 aprobó el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), este convenio hace parte del bloque de constitucionalidad según lo establecido en el artículo 93 de la CP de 1991, pues es un convenio internacional ratificado por el Congreso mediante la ley enunciada. Al hacer parte del bloque de constitucionalidad en Strictu Sensu (Sentencia C191 de 1998 Corte Constitucional), las normas de derechos humanos del Convenio, ingresan al ordenamiento jurídico colombiano con categoría constitucional, es decir, son derechos al mismo nivel que aquellos consagrados directamente por el constituyente en el texto original de la Constitución Política de 1991, por ende, esto implica que obtienen las mismas características y estatus de aplicación y protección.

Dicho convenio junto con los artículos 7, 103 y 330 de la Constitución establecen el marco jurídico de los derechos fundamentales a la participación, a la consulta previa y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos étnicos del país. Al respecto vale citar lo dicho en el convenio que hace parte de nuestro bloque de constitucionalidad:

“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;

(...)

Artículo 7 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

Tanto el marco regulatorio internacional como el interno tienen como objetivo que todas las medidas que se adopten y que tengan un impacto directo sobre los pueblos étnicos (sean buenos o malos) se respeten. Caso contrario implicaría que el no tener en cuenta las perspectivas propias de los sujetos a consultar, conllevaría a procesos viciados por violar derechos como la diversidad cultural, la autonomía, el gobierno propio, entre otros.

Igualmente, el párrafo del artículo 330 establece la obligación del Estado de garantizar la participación de los pueblos indígenas sobre las decisiones que

pretendan la explotación de recursos naturales en sus territorios, al respecto la Constitución establece:

“PARÁGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

Cabe señalar que conforme al convenio 169 de la OIT no sólo los contenidos sustanciales de las actividades que pretende adelantar el Estado colombiano deben ser objeto de consulta de los pueblos, sino que, además, la forma en que se realiza dicha consulta debe igualmente concertada. Con relación a lo anterior, la corte lo ha denominado como la “Pre-consulta” o “consulta de la consulta” (T063 de 2019). El no concertar la forma en que debe realizarse las consultas, es una violación a los usos y costumbres de los pueblos y comunidades objeto de este mecanismo de participación.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-063 de 2019 la Corte indicó que la consulta tiene como fundamentación la necesidad de vincular a las comunidades étnicas cuando pueda existir una afectación directa. A su vez, las sentencias T 201 de 2017 y T 704 de 2016 definieron los conceptos de impacto positivo e impacto negativo, como forma de determinar si hay o no una afectación sobre la población.

Para poder identificar un impacto directo, se debe comparar el grado de afectación de las medidas frente a los pueblos indígenas y al resto de la población. El impacto directo y específico se da cuando puede alterar el estatus de la personas o comunidad al poner restricciones o conferir beneficios. No solo se trata de medidas que formalmente estén dirigidas a los pueblos indígenas, sino también aquellas que materialmente los afecten así en principio sean del orden general.

Frente a este punto tanto la normatividad internacional como la jurisprudencia de la Corte Constitucional son uniformes en el sentido de que todo acto administrativo o proyecto normativo que tenga un impacto directo sobre los pueblos étnicos necesariamente debe ser consultado, lo anterior, so pena de que en el caso de los proyectos de ley y de acto legislativo que no se consulten debiendo hacerse, sea declarada su inconstitucionalidad por parte de la Honorable Corte Constitucional.

Para el presente proyecto de ley, es necesario señalar dos principales razones por las que presento informe negativo contra el texto presentado:

1. En primer lugar, se trata de un error de forma en el proyecto pues el mismo regula un derecho fundamental, razón por la que debería haberse presentado como un proyecto de ley estatutario y no ordinario.
2. En segundo lugar, el objeto del proyecto de ley es regular un derecho fundamental que recae de manera exclusiva en los pueblos étnicos, motivo por lo que no queda duda que, bajo los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, les afecta de manera directa. Razón por la cuál el proyecto de ley debe ser objeto de consulta previa con los pueblos étnicos.

Al respecto es necesario señalar un lo indicado en un reciente fallo de la Corte Constitucional en la que advierte lo siguiente:

*“De igual modo, el artículo 151 termina por regular un asunto propio del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos étnicos, al establecer un plazo perentorio de 6 meses no previsto en la Constitución, ni en el Convenio 169 de la OIT para realizar procesos consultivos. De esta manera, la jurisprudencia constitucional expone que las reglamentaciones que tengan la finalidad de desarrollar contenidos propios del **Convenio 169 de la OIT deben ser consultados a las comunidades étnicamente diferenciadas, pues contienen asuntos que afectan directamente los derechos de las comunidades indígenas.**”³ (Negrilla fuera del texto orgiinal).*

Esta decisión de la Corte nos releva de la necesidad de hacer un estudio pormenorizado del grado de afectación directa o no del proyecto sobre las comunidades y pueblos étnicos, sino que de manera clara y tajante ordena que cualquier ejercicio que procure la regulación de la consulta previa debe ser consultado con los pueblos étnicos.

En este punto compartimos la postura de la Mesa Permanente de Concertación de los Pueblos Indígenas⁴, que siendo el máximo escenario de protocolización de los procesos consultivos de los pueblos indígenas en el país, conceptuaron desfavorablemente sobre el proyecto de ley bajo análisis, al respecto manifestaron:

“En ese orden de ideas, leído y analizado tanto el articulado como su exposición de motivos, hacemos un llamado y alerta a la secretaria general del Senado y en especial a los Honorables Senadores del Congreso de la República que este proyecto de Ley es asunto de carácter fundamental para el ejercicio pleno de nuestros derechos, en la cual no se evidencia ningún efecto respecto de los derechos de los demás ciudadanos, por el contrario, las disposiciones que se pretenden tendrán un efecto intenso en nuestros derechos fundamentales, razón

³ Corte Constitucional, sentencia C 054 de 2023, MP Doctor JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

⁴ Decreto 1397 de 1996 “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones.”

por la cual previo al trámite legislativo debe realizarse el proceso orientado a garantizar nuestro consentimiento previo, libre e informado.”

Al igual que lo hace la MPC, solicitamos a los honorables senadores oponerse a votar favorablemente el presente proyecto de ley al no haberse consultado su contenido. Lo contrario implicaría un desgaste innecesario del poder legislativo que está llamado a irremediablemente ser declarado inconstitucional por la Corte Constitucional.

En este concepto negativo, sin embargo, no me reduciré a oponerme al proyecto por su inconstitucionalidad, sino que aprovecho para hacer alusión al marco jurisprudencial mínimo que la Honorable Corte ha establecido para que se realice la consulta previa con un marco mínimo de garantías y defensa de los derechos de los pueblos étnicos.

Frente al procedimiento ha indicado, que su agotamiento no implica en sí mismo que la consulta sea efectiva: Se requiere legitimidad en los representantes de los pueblos (que cuenten con el visto bueno de las autoridades); legitimidad de los servidores públicos pues deben tener facultad para adelantar esos procesos; se requiere una debida socialización de los acuerdos con las comunidades interesadas antes de radicar el acta de formalización (C 891 de 2002); y antes de llevar a cabo la consulta debe agotarse un espacio de pre-consulta donde se identifiquen las partes, se socialice el proyecto y concerta la metodología (C 208 de 2007, C 461 de 2008). Es decir, para poder realizar procesos de Consulta Previa con comunidades étnicas, es indispensable concertar previamente la metodología, lo que implica determinar si se hace presencial, virtual o por otros mecanismos.

Por esto, llamamos a los senadores autores del presente proyecto que se apeguen a la jurisprudencia constitucional y procedan a generar los acercamientos iniciales y concertar, en el marco de la pre consulta, la ruta para que el presente proyecto sea debidamente consultado, para luego, ser radicado nuevamente y presentado ante el Congreso de la República.

Sin embargo, es necesario aclarar que si bien hay unos llamados para reglar la consulta previa, lo cierto es que este derecho revierte de características especialísimas que deben ser tenidas en cuenta antes de dar los debates en el Congreso: La Consulta Previa no puede ser objeto de una regulación o reglamentación que establezca unos límites o parámetros que vayan en contra de una de sus características principales, la flexibilidad. El numeral segundo del artículo 6 del convenio 169 de la OIT establece la flexibilidad como elemento central de la Consulta, con el ánimo que se adecua a las características y necesidades particulares de cada una de las comunidades que deben ser consultadas.

Por una Colombia diversa y en paz.

Por lo anterior, establecer un límite como la virtualidad contravía esta característica de la consulta y se trataría de una medida inconstitucional (T 381 A de 2014), no puede imponerse términos, condiciones ineludibles que, entre otras, pretendan imponer el interés general (T 769 de 2009).

Quiere decir que, toda propuesta de reglamentación de este derecho fundamental, no solo debe ser consultado previamente, sino que debe garantizar la flexibilidad como principio rector y base del derecho.

Principio de la Participación:

La Corte Constitucional mediante la sentencia T-063 de 2019 indica que la participación no se limita a un derecho, sino que es además un mecanismo, una herramienta que busca la garantía de otros derechos fundamentales. Es decir, que es más amplio que el derecho en sí mismo a participar, por consiguiente asume una dimensión de principio, pues es transversal a los derechos que dependen de su efectiva aplicación.

El Principio de Participación tiene diferentes dimensiones en su aplicación práctica: (i) los mecanismos generales de participación, cuando no hay una afectación directa, esto implica conocer la propuesta, intervenir y dar a conocer su postura (ii) la consulta previa cuando haya lugar a la afectación directa. Es un derecho fundamental irrenunciable de dos niveles: autodeterminación externa que implica que los pueblos indígenas no son independiente a los Estados a los que pertenecen y la autodeterminación interna, que consiste en su derecho a tomar decisiones respecto de su interés colectivo. (iii) consentimiento previo, libre e informado. Este último es un requisito adicional impuesto por la Corte mediante sentencias T 769 de 2009, T 294 y 576 de 2014 artículos 29 y 32 Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Es decir que, en el marco del principio de participación, cuando el impacto sea directo y fuerte, no bastará con agotar la consulta previa, sino que se debe conseguir el consentimiento libre e informado. Al respecto las sentencias SU 039 de 1997 y C 175 de 2009, exigen que en el proceso de consulta previa, las comunidades tengan un **conocimiento pleno** de la materia objeto de consulta, incluyendo los efectos, libre de presiones o fuerza y que garantice una participación activa y efectiva de la comunidad.

b) del limitado alcance del proyecto de ley

Más allá de los vicios de forma y de inconstitucionalidad del proyecto, cabe hacer un breve análisis del contenido del articulado.

Observamos con preocupación la manera en que se limitaría el derecho fundamental a la consulta previa, en particular por las siguientes razones: (i) desconoce los precedentes jurisprudenciales que dan más y mejores garantías a los pueblos étnicos en los procesos consultivos, (ii) viola el principio de flexibilidad limitando el alcance de la consulta previa a proyectos económicos privados, y , (iii) desconoce los estadios del principio de participación con especial énfasis en el consentimiento previo, libre e informado el cual opera cuando la afectación sea directa e intensa, una acción que amenace el derecho fundamental a la subsistencia físico o cultural.

Frente a la primera de las objeciones citamos el concepto emitido por la Dirección de Asuntos Legislativos del Ministerio del Interior.

- “1. Debemos como Autoridad señalar que, existe un avance jurisprudencial en materia de consulta previa, los cuales no han sido incorporados en su proyecto de Ley.*
- 2. Es necesario actualizar el proyecto de ley en lo relacionado con las competencias misionales de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.*
- 3. Es necesario actualizar el proyecto de ley en lo relacionado con la normativa específica sobre consulta previa.”*

Como bien lo indica el Ministerio del Interior, el proyecto de ley (que es el mismo texto que se ha presentado en oportunidades anteriores) no incluye los avances jurisprudenciales y, en especial, aquellos que otorgan garantías adicionales a los pueblos étnicos. Ante esta desactualización del articulado, consideramos indispensable revisar la jurisprudencia reciente de las altas Cortes e incluirlo en un nuevo articulado que sería consultado previamente con los pueblos étnicos.

La relación del principio de participación con la consulta previa nos lleva a criticar el alcance del proyecto de ley, ya que como se advirtió, no solo tiene un vicio de inconstitucionalidad, sino que además limita de manera grosera la participación de los pueblos étnicos en los temas que le atañen al disminuir su capacidad de objeción, oposición y veto. Desconoce que más allá de la consulta previa, la dimensión del consentimiento, previo, libre e informado no puede ser debatido ni disminuido bajo ninguna razón, ni ser cercenado por una ley de la república.

Finalmente, cabe señalar que, al tratarse del mismo texto presentado en legislaturas pasadas, le corresponden las mismas críticas que en su pasado se hicieron por parte de entidades estatales.

El señor CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA en su calidad de Defensor del Pueblo, presentó concepto frente al PL 134 de 2018 (el mismo que se radica hoy en el senado de la república). Indicó que:

“III. Conclusiones

La elaboración de un proyecto de ley estatutaria que regule el derecho fundamental a la consulta previa debe ser consultado con todos los grupos étnicos del país. En ese sentido, la Defensoría del Pueblo plantea la necesidad de crear una comisión integrada por distintos actores como los pueblos étnicos, la academia, los sectores público y privado, que analice la materia con detenimiento, construya sobre las lecciones aprendidas y supere las dificultades derivadas de la aplicación del Decreto 1320 de 1998.

El proyecto de ley objeto de análisis se centra en los eventuales excesos, tiempos y circunstancias que puedan afectar los proyectos de desarrollo o a las políticas públicas del gobierno. En ese sentido, la entidad llama la atención sobre la importancia de priorizar, a través de medidas legislativas, la garantía del derecho fundamental a la consulta previa y la protección de la integridad étnica y cultural de los grupos étnicos.” (Negrilla fuera de texto original)

El autor del proyecto advirtió que el presente proyecto es el mismo que anteriormente se había radicado con el número 132 de 2018, por lo tanto el concepto de la Defensoría del Pueblo se encuentra vigente.

c) Sentencias Corte Constitucional relevantes para el presente asunto:

Corte Constitucional, sentencia SU 039 de 1997, magistrado ponente doctor Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, sentencia C 191 de 1998, magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, sentencia C 053 de 2001, magistrada ponente doctora Cristina Pardo Schlesinger

Corte Constitucional, sentencia C 891 de 2002, magistrado ponente doctor Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional, sentencia C 208 de 2007, magistrado ponente doctor Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, sentencia C 461 de 2008, magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, sentencia C 175 de 2009, magistrado ponente doctor Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, sentencia C 054 de 2013, magistrada ponente doctora María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional, sentencia T 769 de 2009, magistrado ponente doctor Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional, sentencia T 294 de 2014, magistrada ponente doctora María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional, sentencia T 576 de 2014, magistrado ponente doctor Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, sentencia T 436 de 2016, magistrado ponente doctor Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional, sentencia T 704 de 2016, magistrado ponente doctor Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, sentencia T 201 de 2017, magistrado ponente doctor José Antonio Cepeda Amarís

Corte Constitucional, sentencia T 550 de 2017, magistrado ponente doctor Alejandro Linares Cantillo

Corte Constitucional, sentencia T-063 de 2019, magistrado ponente doctor Antonio José Lizarazo Ocampo

V. PROPOSICIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, presento ponencia NEGATIVA, en consecuencia, solicito a los Honorables Senadores de la Comisión Primera Constitucional Permanente, archivar el proyecto de ley No. 14 de 2023 Senado “Por el cual se regula el derecho fundamental a la consulta previa y se dictan otras disposiciones” hasta tanto no se subsane su inconstitucionalidad y se consulte debidamente con los pueblos étnicos del país.

Cordialmente,



AIDA MARINA QUILCUÉ VIVAS
Senador de la República
Circunscripción Especial Indígena

fdag



Al contestar cite Radicado 2023-2-003201-037727 Id: 186852
Folios: 3 Fecha: 2023-08-24 21:56:34
Anexos: 2 Documentos electrónicos
Remite: DIRECCION DE ASUNTOS LEGISLATIVOS
Destinatario: AIDA MARINA QUILCUÉ VIVAS

Bogotá, D.C.,

Respetada Congressista
AIDA MARINA QUILCUÉ VIVAS
Honorable Senadora
aida.quilcue@senado.gov.co
La Ciudad

Asunto: Respuesta a su petición
Referencia: 2023-1-004044-061000 Id 185571

Respetado Senadora Quilcué, reciba un cordial saludo.

En atención a su petición en la cual se solicita “*SOLICITUD DE CONCEPTO DE PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NO. 014-2023 SENADO (REINSISTENCIA HSAMQV-011.23F.*” Nos permitimos dar respuesta, remitiendo la información suministrada por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa en los siguientes términos:

"1. El derecho a la Consulta Previa tiene sustento en principios reconocidos desde el mismo preámbulo de nuestra Carta Política y reiterados en distintos textos constitucionales. En primera medida, encontramos precisamente que la Constitución Política estableció como uno de los pilares de nuestro Estado Social de Derecho el principio de participación democrática (preámbulo, Art. 1°), y como fin esencial del Estado, el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

En consonancia con lo anterior, y en aras de establecer especial protección a la diversidad étnica y cultural del país, el Estado Colombiano suscribió el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, adoptado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley 21 de 1991, haciendo parte del bloque de constitucionalidad.

2. Que es el Ministerio del Interior, quien atiende los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la Constitución y la Ley, en el marco de sus competencias.

*3. Mediante el Decreto 2893 de 2011, la funciones entre otras, estipuladas para la entonces Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, era la de **certificar la presencia o no de comunidades étnicas** en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad, medida administrativa o legislativa.*

*4. Que la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-123 de 2018, determinó **"EXHORTAR** al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que, con base en los lineamientos expuestos en esta sentencia: adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta*



Al contestar cite Radicado 2023-2-003201-037727 Id: 186852
Folios: 3 Fecha: 2023-08-24 21:56:34
Anexos: 2 Documentos electrónicos
Remitente: DIRECCION DE ASUNTOS LEGISLATIVOS
Destinatario: AIDA MARINA QUILCUE VIVAS

previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT; así mismo se realicen los ajustes para que la institución encargada de otorgar los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas cuente con autonomía e independencia administrativa y financiera, necesarias para ejercer adecuadamente su función".

5. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2353 de 2019, el cual modificó la estructura del Ministerio del Interior, creando a través de su artículo 4 la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la cual, "funcionará con autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica" y que cumplirá entre otras la función de determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas, o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan afectar directamente a comunidades étnicas.

Por lo tanto, la consulta previa sólo debe agotarse en aquellos eventos en que se afecte directamente los intereses de las comunidades indígenas o tribales en su calidad de tales u ello quede plasmado en un acto administrativo de determinación de procedencia y oportunidad de la consulta previa que así lo indique.

6. Como guías procedimentales para la de consulta previa, al largo de los años se han expedido las Directivas presidenciales 1 de 2010, 10 de 2013 y 8 de 2020, en consonancia con la jurisprudencia constitucional, normas y ejercicios realizados por el ente encargado de su práctica.

Luego de lo expuesto, es necesario como Autoridad encargada del trámite de determinación de procedencia y oportunidad de la consulta previa para la ejecución de proyectos, obras o actividades, medidas administrativas o legislativas, atender su requerimiento en los siguientes términos:

- 1. Debemos como Autoridad señalar que, existe un avance jurisprudencial en materia de consulta previa, los cuales no han sido incorporados en su proyecto de Ley.*
- 2. Es necesario actualizar el proyecto de ley en lo relacionado con las competencias misionales de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.*
- 3. Es necesario actualizar el proyecto de ley en lo relacionado con la normativa específica sobre consulta previa.*

Las precisiones realizadas para el texto presentado se hacen en aras de poder analizar actualizada, y con esto salvaguardar y procurar los derechos de las comunidades indígenas, que usted como senador ha mostrado en el documento que nos allega, evitando así la generación de retrocesos en materia de consulta previa además de ir en contrario con la jurisprudencia constitucional."

En los anteriores términos, esta autoridad en aras de garantizar una respuesta eficaz y de fondo, adjunta, Memorando al presente oficio. Nos suscribimos atentos a cualquier requerimiento adicional.



Al contestar cite Radicado 2023-2-003201-037727 Id: 186852
Folios: 3 Fecha: 2023-08-24 21:56:34
Anexos: 2 Documentos electrónicos
Remitente: DIRECCION DE ASUNTOS LEGISLATIVOS
Destinatario: AIDA MARINA QUILCUE VIVAS

Atentamente,


KEVIN FERNANDO HENA O MARTINEZ
Director Técnico

Dirección de Asuntos Legislativos
Despacho del Viceministro General del Interior

Anexo: Memorando 2023-3-002410-024847 Id: 178465

Proyectó: Juan Esteban Giraldo, Profesional DAL
Revisó: María Lucía Cruz, Contratista DAL



Bogotá, 23 de agosto de 2023

MPC_0942023

Compañera

Aida Marina Quilcué Vivas

Honorable Senadora de la Republica de Colombia.

ida.quilcue@senado.gov.co

Referencia.: *Concepto de la Mesa Permanente de Concertación de los Pueblos y Organizaciones Indígenas con el Gobierno Nacional, respecto del proyecto de ley estatutaria Nro. 14 de 2023 Senado: “Por el cual se regula el derecho fundamental a la consulta previa y se dictan otras disposiciones”.*

Estimada Senadora, reciban un caluroso saludo de resistencia por la vida por parte de la Secretaría Técnica Indígena de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígena (MPC).

Respecto a su solicitud hemos analizado que este proyecto mediante el cual se busca regular nuestro derecho fundamental a la consulta previa libre e informada; al respecto, un primer asunto que nos llama la atención es que, a pesar de tratarse de una iniciativa legislativa orientada a regular nuestro ejercicio de un derecho fundamental, no existe desde los proponentes, el Congreso o el Gobierno colombiano un llamado formal para surtir con el requerido proceso de consulta previa, libre e informada, en los términos exigidos por el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional.

El carácter de fundamental de la consulta previa libre e informada para los pueblos indígenas es tan evidente, que los mismos proponentes en su exposición de motivos afirman “... este es un tema de enorme importancia para garantizar los derechos



www.mpcindigena.org



MESA PERMANENTE DE CONCERTACIÓN

CON LOS PUEBLOS Y ORGANIZACIONES INDÍGENAS

fundamentales de las comunidades y/o pueblos indígenas, tribales, afrocolombianos, Rom (sic), palenqueros y raizales ...”. Sin embargo, los proponentes dejan claro que dicha propuesta “... ha sido producto de un trabajo mancomunado que se ha venido realizando, hace ya varios años, entre la Bancada de Cambio Radical y los diferentes actores de los sectores público y privado, el cual recoge los esfuerzos de los mismos en busca del beneficio del interés general sobre el particular. “Llama la atención que, en un Estado fundado en la diversidad cultural y el pluralismo, sean otros quienes pretendan regular los derechos que nos corresponden, acudiendo a una precaria y colonialista versión de la prevalencia del interés general sobre el particular, ignorando que el reconocimiento y protección de la diversidad cultural es precisamente un principio constitucional, es decir forma parte esencial del interés general.

En este sentido se ha pronunciado la Corte a través de sentencia C-053 de 2001 diciendo que:

*“Es precisamente el carácter jurídicamente abstracto e indeterminado del concepto de interés general, lo que ha llevado a que las constituciones liberales modernas consideren la necesidad de armonizarlo con los derechos individuales y **con el valor social que tiene la diversidad cultural**. Por ello, constituye un requisito indispensable para la aplicación de la máxima de la prevalencia del interés general, que el operador jurídico analice minuciosamente las particularidades de cada caso, intente armonizar el interés general con los derechos de los particulares y, en caso de no ser posible, lo **pondere teniendo en cuenta la jerarquía de valores propia de la Constitución** (negritas fuera del texto original).*

Lo anterior refleja que el criterio dentro del proyecto de ley enunciado no está representando el interés general constitucionalmente considerado sino intentando un artilugio argumentativo al asimilar ciertas visiones de desarrollo con el “interés



www.mpcindigena.org

Calle 12B No. 4 - 38 Candelaria Centro, Bogotá D.C. Colombia

+57 (1) 2846815 - 8050773 - 8050774 Ext. 28

secretariatecnica@mpcindigena.org - comunicaciones@mpcindigena.org



MESA PERMANENTE DE CONCERTACIÓN

CON LOS PUEBLOS Y ORGANIZACIONES INDÍGENAS

general” y contraposición, los intereses y derechos de los pueblos indígenas como “interés particular”. Nada más alejado de la realidad en particular cuando se consideran los derechos particulares jerárquicamente establecidos dentro del marco constitucional, donde no solo hay un reconocimiento de la diversidad étnica y cultura (artículo 7) sino una obligación para la protección de la misma (artículo 8), siendo esta igualmente parte de los fines del Estado en sí (artículo 2), esto sin olvidar los mandatos que emanan del Convenio 169 de la OIT, posteriormente ley 21 de 1991, que claramente determina como un derecho el poder determinar su propia visión de desarrollo el cual se expresa a través de diversos derechos positivizados a través de estable y pacífica jurisprudencia, entre los cuales la consulta previa se encuentra siendo desarrollado sin la voz propia de los pueblos en el presente proyecto de ley.

Ahora bien, respecto de las reglamentaciones que pretendan desarrollar o regular asuntos relacionados con el Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional ha sido clara respecto de la obligación de realizar previamente la consulta previa, tal como lo expresa en la **Sentencia C 054 de 2023**:

*De igual modo, el artículo 151 termina por regular un asunto propio del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos étnicos, al establecer un plazo perentorio de 6 meses no previsto en la Constitución, ni en el Convenio 169 de la OIT para realizar procesos consultivos¹. De esta manera, la jurisprudencia constitucional expone que las reglamentaciones que tengan la finalidad de desarrollar contenidos propios del **Convenio 169 de la OIT deben ser consultados a las comunidades étnicamente diferenciadas, pues contienen asuntos que afectan directamente los derechos de las comunidades indígenas.***

¹ En la Sentencia T-052 de 2017 se expuso que: “(...) corresponde al Estado definir las condiciones específicas en que se cumplirá la consulta 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*”. Ya en la T-129 de 2011 se había sostenido: “no es plausible pensar en la determinación de un *tiempo único* para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogenizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas”.



www.mpcindigena.org

Calle 12B No. 4 - 38 Candelaria Centro, Bogotá D.C. Colombia

+57 (1) 2846815 - 8050773 - 8050774 Ext. 28

secretariatecnica@mpcindigena.org - comunicaciones@mpcindigena.org



MESA PERMANENTE DE CONCERTACIÓN

CON LOS PUEBLOS Y ORGANIZACIONES INDÍGENAS

Adicionalmente, en la misma providencia, la Corte reiteró los criterios que aplican a toda propuesta legislativa para determinar la obligatoriedad de la consulta previa, libre e informada o del consentimiento previo, libre e informado de todas las medidas legislativas que tengan la potencialidad de afectar nuestros derechos, en los siguientes términos:

29. *Medidas que se deben consultar derivada de las leyes. Puntualmente, el artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT dispone que los gobiernos tienen la obligación al aplicar las disposiciones de este instrumento de: i) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por medio de sus instituciones representativas, cada vez que se contemplen medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente -literal a)-; ii) instituir 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 -literal b)-; y iii) 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 -literal c)- ..*

30. *Concepto de afectación directa tratándose de medidas legislativas o administrativas. En este orden de ideas, el concepto determinante para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa, que ha sido definido en la SU-123 de 2018 como “el impacto positivo o negativo*

que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”. Esta decisión, como se había sostenido en la sentencia C-348 de 2021, “recogió ejemplos de eventos en los que existen afectaciones directas a las comunidades étnicas y precisó que hay



www.mpcindigena.org

Calle 12B No. 4 - 38 Candelaria Centro, Bogotá D.C. Colombia

+57 (1) 2846815 - 8050773 - 8050774 Ext. 28

secretariatecnica@mpcindigena.org - comunicaciones@mpcindigena.org



MESA PERMANENTE DE CONCERTACIÓN

CON LOS PUEBLOS Y ORGANIZACIONES INDÍGENAS

situaciones en las que, a pesar de no existir evidencia razonable de una afectación directa, procede la consulta”, enunciando cuatro supuestos: “(i) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (iii) cuando se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (iv) por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido” .

31. Este tribunal ha precisado que las medidas legislativas objeto de consulta previa “son aquellas (...) 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”. Igualmente, ha referido que se encuentran comprendidas por el deber de adelantar la consulta previa las ‘medidas susceptibles de generar un impacto directo, particular y concreto sobre las comunidades tradicionales’ puesto que en esos casos el “carácter diferenciado’, así como ‘la necesidad de proteger su identidad cultural diversa’ exige el establecimiento ‘de espacios concretos de participación’ ” .

32. Afectación directa por intervención del territorio. De igual manera, la Corte ha vinculado el territorio con la afectación directa, anotando que el concepto de territorio “(i) va más allá de una extensión física de tierra, pues (ii) se encuentra ligado a elementos culturales, ancestrales y/o espirituales de la comunidad étnica y, en esa medida, (iii) exige reconocer la ocupación del territorio, desde las circunstancias de la comunidad, el uso de las fuentes hídricas o de los suelos, los lazos espirituales o ceremoniales, las costumbres de cultivo, caza o pesca con las que la comunidad étnica, a lo largo del asentamiento, ha subsistido”.

En ese orden de ideas, leído y analizado tanto el articulado como su exposición de motivos, hacemos un llamado y alerta a la secretaria general del Senado y en



www.mpcindigena.org

Calle 12B No. 4 - 38 Candelaria Centro, Bogotá D.C. Colombia

+57 (1) 2846815 - 8050773 - 8050774 Ext. 28

secretariatecnica@mpcindigena.org - comunicaciones@mpcindigena.org



MESA PERMANENTE DE CONCERTACIÓN

CON LOS PUEBLOS Y ORGANIZACIONES INDÍGENAS

especial a los Honorables Senadores del Congreso de la República que este proyecto de Ley es asunto de carácter fundamental para el ejercicio pleno de nuestros derechos, en la cual no se evidencia ningún efecto respecto de los derechos de los demás ciudadanos, por el contrario, las disposiciones que se pretenden tendrán un efecto intenso en nuestros derechos fundamentales, razón por la cual previo al trámite legislativo debe realizarse el proceso orientado a garantizar nuestro consentimiento previo, libre e informado.

Cordialmente,

PAULO ESTRADA ASITO - AÑOKAZI

Secretario Técnico Indígena

Mesa Permanente de Concertación con Pueblos y Organizaciones Indígenas –

MPC

Decreto 1397 de 1996



www.mpcindigena.org

Calle 12B No. 4 - 38 Candelaria Centro, Bogotá D.C. Colombia

+57 (1) 2846815 - 8050773 - 8050774 Ext. 28

secretariatecnica@mpcindigena.org - comunicaciones@mpcindigena.org

Bogotá D.C.

H. S.

GERMÁN VARÓN COTRINO

Ponente Primer Debate PL 134 de 2018

Cra 7 No 8-68, piso 6, 608 B

BOGOTÁ, D.C.

Referencia: Concepto de la Defensoría del Pueblo sobre el Proyecto de Ley No 134 de 2018
“Por medio del cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones”

Honorable Senador:

La Defensoría del Pueblo estudió, detalladamente, el Proyecto de la Ley de la referencia *“Por medio del cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones”*. Al respecto, se permite formular una serie de consideraciones sobre la materia. Primero, se expondrán observaciones generales; seguido, se abordarán los contenidos específicos y, finalmente, se formularán algunas recomendaciones a manera de conclusión.

I. Consideraciones generales

En primer lugar, la Defensoría del Pueblo considera necesario llamar la atención respecto de la forma en la que se elaboró el proyecto de ley objeto de análisis. Vale la pena mencionar que, no es claro si este documento, antes de ser radicado para el correspondiente trámite legislativo, fue consultado con las comunidades indígenas y demás actores relevantes en el proceso de consulta previa. Al respecto, es importante señalar que la consulta y construcción colectiva del documento resulta trascendental, pues, de un lado, permite recoger las experiencias y lecciones aprendidas en la aplicación de este derecho fundamental; y, de otro lado, concede legitimidad a la norma, garantizando la participación de los actores directamente afectados.

Segundo, el proyecto de ley se enfoca en la regulación del tiempo que debe tomar cada etapa del proceso de consulta previa, poniendo especial atención en la eventual afectación que se puede generar a los proyectos de desarrollo o a las políticas públicas del gobierno. Por el contrario, a juicio de la entidad, el principal objetivo de la norma debe ser la protección de la integridad de los grupos étnicos colombianos, de manera que lo allí establecido debería orientarse a la consecución de tal fin.

Tercero, la Defensoría encuentra que el proyecto de ley mantiene algunos aspectos problemáticos identificados de la aplicación del Decreto 1320 de 1998. Por ejemplo, en el estudio de expedientes de tutela, la Corte Constitucional ha encontrado que la aplicación

del decreto resulta contraria a la Constitución. Esto ocurrió en la sentencia T-652 de 1998. Textualmente indicó:

“la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; por tanto, se ordenará a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que lo inapliquen, y atiendan en este caso conforme las siguientes pautas [...]”

Así las cosas, la entidad estima necesario que se identifiquen los principales inconvenientes derivados de la aplicación del decreto y con base en eso se ajusten en el proyecto de ley mencionado.

II. Consideraciones sobre el articulado

Comentarios al CAPÍTULO I: objeto, principios, definiciones y garantías

El proyecto de ley propone trece (13) **principios**, varios de los cuales han sido definidos de forma reiterada por la Corte Constitucional (en adelante CC), que en general dan cuenta del espíritu que debe guiar la garantía del derecho a la consulta previa (en adelante cp). No obstante, es necesario plantear las siguientes observaciones:

En relación con el principio 2.2 (consulta libre, informada y previa), vale la pena resaltar que estas tres características son inherentes a la consulta previa como derecho fundamental, de manera que, la ausencia de constricción, la autodeterminación de los grupos étnicos, y el acceso a la información de forma plena, oportuna y adecuada son indispensables en la garantía del derecho. Sin embargo, a juicio de la Defensoría, el artículo 2, numeral 2.2. no los define en este sentido, así, es importante aclarar que estos atributos no son simplemente principios orientadores, sino que constituyen requisitos *sine qua non*.

Respecto del principio 2.6 (racionalidad), se puede afirmar que tal como está redactado en el texto induce a pensar que la garantía de un derecho fundamental, como lo es la cp, está sujeta a un análisis de costo-beneficio. A juicio de la entidad, esta concepción es equivocada, en tanto puede generar riesgo de distorsiones en los procesos de cp. En ese sentido se sugiere, introducir el principio de *Integridad y Unidad* (2.10) en la correspondiente definición.

Por su parte, el principio 2.7 (proporcionalidad) que dispone que las limitaciones a los derechos de los pueblos deben basarse en criterios de proporcionalidad, es necesario reiterar lo establecido por la CC en relación con la necesidad de proteger el principio de integridad étnica y cultural, que es de especial importancia para la sociedad y el Estado, aunque entre en tensión con otros principios de naturaleza distinta que también pueden considerarse de interés general.

Sobre principios 2. 8 y 2.9 (conciliación, concertación y consenso/ no veto), en realidad hacen referencia al *consentimiento*. El primero corresponde a medios o expresiones de este principio, mientras que el segundo (el no veto), es una consecuencia práctica de no obtener

la aprobación de los grupos étnicos, así, estas definiciones no constituyen un principio como tal, de manera que no deberían establecerse en estos términos en el proyecto de ley. Adicionalmente, es importante introducir la definición de “no veto” establecida por la CC en sentencias como la T-129 de 2011, T-655 de 2015, T- 661 de 2015 o T-272 de 2017 que definen la consulta previa es un diálogo entre iguales.

Respecto del principio 2.11 (celeridad) la entidad estima que éste no debería regir los procesos orientados para garantizar el derecho fundamental a la cp. Por el contrario, el procedimiento debe ser informado por los principios de debido proceso y debida diligencia que como tal comportan unos términos razonables. La consulta previa no puede contar con etapas perentorias y preclusivas que impliquen el riesgo de desconocer las complejidades culturales, organizativas y situaciones de los grupos étnicos. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado, entre otras sentencias, en la T- 129 de 2011, T- 661 de 2015, T-272 de 2017 al establecer que “[E]s obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.” Podrían incorporarse otros principios consustanciales a la cp como:

- Debido Proceso
- Precaución o prevención de daños
- Protección de la integridad étnica y cultural
- Bilinguismo
- Oportunidad

Más adelante, el proyecto de ley propone (9) **definiciones**, respecto a las cuales surgen los siguientes comentarios:

La definición 3.2 (titulares del derecho de cp) es limitada. En términos generales el titular de este derecho es un sujeto colectivo, que dependiendo de las características de los grupos étnicos pueden tener diferentes fisonomías o expresiones; y, segundo, porque restringe la titularidad a la susceptibilidad de ser registrado en un Registro Único de Pueblos (RUP). Claramente la garantía de un derecho fundamental no puede estar determinada por una formalidad, de la que el único responsable es el Estado. La certificación depende del registro, y este es una formalidad de trámite, es un acto meramente declaratorio, de buena fe. Sin embargo, no define la naturaleza del sujeto colectivo. Lo anterior, porque lo sustantivo (la existencia de una comunidad que se puede verificar empíricamente) prima sobre lo formal (el hecho de que este registrada).

Los sujetos colectivos étnicos han sido denominados y definidos por la CC desde un punto de vista comunitarista (pueblo/comunidad), en ese sentido, es necesario considerar cada una de las particularidades de estas poblaciones, mediante procedimientos adecuados como los estudios etnológicos, etnohistóricos, o las verificaciones de campo, no previstos en el proyecto de ley bajo revisión.

La definición 3.3 (proyecto, obra o actividad -POA-) hace referencia a aquellos POA que *afecten directamente* a las comunidades, lo cual es impreciso, porque la afectación propiamente dicha se establece mediante estudios técnicos o mediante la cp. Lo apropiado sería hablar de *susceptibilidad o de probabilidad* de afectación, para lo que la CC ha dispuesto de varias reglas que así permitan establecerlo.

La definición 3.4. (auto-determinación verificada) confunde el derecho al auto-reconocimiento (art. 1 Numeral 2 del convenio 169 de la OIT) con el procedimiento de verificación. En todos los casos la conciencia de identidad es difícil de contrastar, y lo que más resulta coherente verificar no es este atributo, sino el carácter colectivo de unos sujetos que abrigan determinada etnia, y su presencia en determinadas áreas o regiones. Verificar la identidad o la conciencia de tal podría resultar contrario a la Constitución y a lo dispuesto por la CC en la sentencias T-465 de 2012, T-800 de 2014, T-379 de 2014 o T-475 de 2014, entre otras.

La definición 3.6 (impacto) podría ampliarse de modo que dé cuenta de afectaciones o daños con diferentes grados de severidad, incluidas los no previsibles, en un primer momento y aquéllos sobrevinientes que pueden surgir, obligando a futuras actualizaciones de las medidas de manejo. La cp busca precisamente proteger de daños, no de simples “efectos”.

La definición 3.7 (territorio) podría ampliarse, toda vez que la noción de territorio abarca no solo las tierras tituladas, sino aquellas áreas sobre las cuales desarrollan prácticas culturales, funcionales o de subsistencia, así pertenezcan jurídicamente a terceros. En tal sentido, habría que armonizar la definición con las que ha desarrollado el convenio 169 de la OIT “*La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.*» (Art. 13 Convenio 169 del OIT). La CC en las sentencias T-693 de 2011, T-547 de 2010, T-597 de 2011 o T-849 de 2014 así lo ha expuesto:

“Debido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, sino que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral. El Estado tiene la obligación de proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y debe tomar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos.”

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de DDHH, en el caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001, señaló que los territorios solo comprenden las “*áreas tituladas, habitadas y explotadas*” es impreciso y restrictivo.

La definición 3.9 (consentimiento libre, previo e informado) es limitada y contraria a lo que ha dicho la CC. Para este Alto Tribunal, el consentimiento es ante todo la razón de ser y el fin último de la cp de suerte que siempre deben agotarse todas las posibilidades para lograr este propósito, aunque solo en tres situaciones devenga como imprescindible. Es decir, el consentimiento no solo debe procurarse en las tres situaciones referidas, sino en todos los casos (al respecto se recomienda ver sentencias T-129 de 2011, T-661 de 2015 o T-002 de 2017)

Además, el proyecto de ley no incluye definiciones esenciales para la garantía de este derecho, como son las relativas a:

Medidas de manejo/presencia,
Probabilidad de daño o de afectación (para POA y medidas legislativas o administrativas)
Presencia de grupos étnicos
Área de influencia/de interés/de afectación de los POA (proyecto obra o actividad).

Comentarios al CAPITULO II: pueblos indígenas, tribales, afrocolombianos, rom, palenqueros y raizales

La Defensoría del Pueblo encuentra que lo contenido en este capítulo desconoce las definiciones de pueblo indígena y grupo tribal han sido ampliamente desarrolladas por el Convenio 169 de 1989 y por la misma OIT que a través de diferentes documentos. Lo mismo ha sucedido con las definiciones de comunidad indígena, comunidad negra, cumpania rom, etc.

Adicionalmente, es necesario incluir en la norma procedimientos de verificación empírica, puesto que por razones culturales o situaciones no siempre los grupos humanos se ajustan a tales prescripciones formales. En especial, hablamos de aquellos casos para los que no están previstos estos mecanismos, como sería la realización de estudios etnológicos para comunidades afrodescendientes, etcétera.

Sobre el parágrafo 2, del artículo 6 es importante resaltar que la realización de un censo a todas las comunidades étnicas, si bien puede subsanar vacíos de información, presenta al menos dos dificultades. Primero, tendría que ser consultado, tal y como se consultó el censo nacional de población; y, segundo, los territorios indígenas y su presencia no se agotan en la residencia permanente, ni en una forma específica de propiedad, lo que implicaría un diseño metodológico que dé cuenta de realidades temporales y no evidentes, como serían los lugares de importancia cultural.

Comentarios al CAPITULO III: competencia

La propuesta básicamente aborda las funciones de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior; sin embargo, se omite hacer referencia a otros aspectos relevantes para el diseño organizacional que se requiere. En concreto, la entidad llama la atención sobre:

- La necesidad de diseñar un sistema institucional y un régimen de competencias que aborde cuestiones como acompañamiento, licenciamiento ambiental, garantía, seguimiento y actualización de las medidas de manejo (especialmente de los proyectos de larga duración, con impactos acumulativos importantes).
- La expedición del Decreto 2613 de 2013, sobre la coordinación interinstitucional, no resuelve completamente el asunto. De manera que, su incorporación en la ley estatutaria mantiene en el tiempo las dificultades de coordinación interinstitucional.
- Se requiere establecer reglas claras que, por ejemplo, definan el papel de los órganos de control, la coordinación de las entidades en la verificación de presencia de comunidades, la concurrencia entre licenciamiento ambiental y cp, la resolución de discrepancias, la participación de la autoridad pública según sea el POA, entre otros aspectos.
- La Defensoría estima que, las competencias del Ministerio del Interior, en concreto aquéllas en cabeza de la Dirección de Consulta Previa, deben ser fortalecidas en los ámbitos financiero, administrativo y técnico. De nada sirve definir y ratificar competencias, si se carece de medios y capacidades para ejercerlas.

Comentarios al CAPITULO IV: Medidas, afectación directa e impacto

La Defensoría del Pueblo encuentra que el proyecto de ley objeto de análisis desconoce que los criterios para establecer la probabilidad de afectación varían, dependiendo de si es un POA, que comporta un espacio físico definido o si se trata de una medida legislativa o administrativa. Así mismo, los procedimientos, instancias y requisitos son distintos. En ese sentido, se sugieren los siguientes comentarios:

En el artículo 11 (afectación directa) solo se definen criterios para establecer la probabilidad de daño de una medida administrativa o legislativa, pero no se aborda el tema en relación a POA. En este último caso, la probabilidad de afectación debería establecerse, primero, por el origen del proyecto (según sea iniciativa propia o de un tercero); y, segundo, la exposición, que a su vez depende de dos variables: área de influencia/interés/afectación y presencia de grupos étnicos en dicha área.

Ambas deben tener parámetros claros, preferiblemente establecido en la ley, a fin de evitar ambigüedades, y contar con procedimientos reglados para subsanar los aspectos mencionados. Por ejemplo, ¿qué tipo de área es la que el interesado en el proyecto debe aportar para la verificación de comunidades étnicas?; y ¿de qué tipo de presencia se habla para habilitar el derecho a la consulta previa? Estas cuestiones no deben quedar a juicio del

garante, sino que la norma debe desarrollarse con la intención de reducir el exceso de discrecionalidad de los funcionarios.

En el artículo 12 (impacto de las medidas) el desarrollo del procedimiento para establecer impactos y medidas de manejo es insuficiente. La CC ha establecido al menos tres procedimientos que se pueden aplicar: (a) que el dueño o ejecutor de proyecto haga sus particulares pronósticos y los comparta; (b) que las comunidades étnicas hagan sus valoraciones de forma autónoma; y (c) que eventualmente alguna autoridad técnica haga algún tipo de peritaje, concepto o estudio. A juicio de la entidad, éstas y otras opciones deberían ser consideradas y reglamentadas, a fin que el ejercicio de identificación de impactos sea menos especulativo e incierto. La Dirección de Consulta Previa puede coordinar el proceso, pero no cuenta con la idoneidad para constatar impactos sociales, culturales, físicos, bióticos que varían dependiendo de la naturaleza y complejidad de los proyectos.

Adicionalmente la norma debería proponer alguna caracterización mínima, en relación con los impactos a identificar, por ejemplo, a la severidad o intensidad, reparabilidad, recuperabilidad, etcétera; y advertir algún mecanismo de ajuste y actualización (de los impactos) para POA de larga duración e incidencia acumulativa.

Comentarios al CAPITULO V: duración del proceso de consulta previa

En relación con este capítulo, es necesario mencionar que establecer un término máximo de un (1) año para la realización de un proceso de consulta previa, prorrogable por seis (6) meses, es contrario al principio de flexibilidad que informa la garantía de este derecho, y que ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-039 de 1997, C-030 de 2008, C-075 de 2009, T-129 de 2011; T-002 de 2017, entre otras sentencias.

En principio, podría pensarse que los tiempos parecen razonables y ajustados a la experiencia institucional, pero se desconoce la posibilidad de que por factores ajenos a las comunidades, por ejemplo, por las diferencias culturales de algunas comunidades o por la complejidad de los proyectos, los tiempos sean superiores. En Colombia, hay procesos de verificación de presencia de comunidades que han tomado años, de manera que la consulta previa ha tenido que hacerse de forma gradual, debido a estas circunstancias.

Si durante el proceso de consulta previa se debe levantar línea base (social o ambiental) como insumo para la evaluación de impactos, los tiempos requeridos pueden ser mayores a lo establecido en este proyecto de ley, mas aún tratándose de un proyecto de gran magnitud (Un proyecto minero integrado, una represa).

En atención a ello, habría que matizar los términos e introducir consideraciones adicionales, a fin de darle mayor alcance a lo que se acuerde en la pre-consulta, que de suyo debe establecer un horizonte de tiempo, al peso de contingencias y las singularidades culturales y organizativas de los grupos étnicos.

Comentarios al CAPITULO VI: etapas del proceso de CP

La Defensoría del Pueblo llama la atención sobre la importancia de distinguir entre la aplicación de la consulta previa cuando se trata de POA o de medidas legislativas o administrativas. A continuación, se exponen comentarios específicos sobre los artículos que integran el capítulo:

El artículo 14 (etapas del proceso de consulta previa). A juicio de la entidad este artículo debe ajustarse a la jurisprudencia de la CC. Es necesario hacer referencia a los momentos del procedimiento y no hablar en término de etapas, puesto que introduce una rigidez que riñe con el principio de flexibilidad que debe informar el proceso. Al respecto, se podrían identificar 3 grandes etapas: pre-consultivos, consultivos y post-consultivos (sentencia T 129 de 2011). Cada una debe tener un mínimo de estándares, de modo que sean las partes, bajo las reglas del entendimiento y la buena fe, las que llenen todo lo demás de contenido.

También es importante garantizar el debido proceso de las comunidades en la implementación de las medidas legislativas y administrativas, diferenciando las que son de carácter nacional de las regionales, puesto que los requisitos de representatividad, la socialización, el trámite con las comunidades de base, la construcción de los articulados, la adopción e implementación de tales medidas suelen variar de forma significativa.

Para la Defensoría, es necesario establecer un sub capítulo sobre el proceso de consulta previa sobre este tipo de medidas, con el fin de darle alcance y contenido a las instancias nacionales de representación, a los equipos técnicos mixtos, a los procesos regionales de socialización y concertación, a la articulación con los trámites legislativos (cuando son leyes de la República), a la financiación, al control de excesos, etc. De hecho, los tiempos pueden ser distintos que los que requieren los POA.

Respecto del artículo 15 (etapa de certificación) es necesario precisar que el acto administrativo de certificación, debe ser objeto de recursos y mecanismos de revisión.

Sobre el artículo 16 (certificación posterior al inicio del POA): “(...) *Bajo ninguna circunstancia la realización de la consulta podrá dar lugar a la suspensión del POA*” vale la pena mencionar que en caso de que se determine que la continuidad de las actividades del proyecto ponga en riesgo la vida del sujeto colectivo identificado con posterioridad al inicio del POA, requiera su desplazamiento, o el proyecto en desarrollo implique actividades de almacenamiento o depósito de residuos tóxicos o peligrosos, debe primar el principio de precaución y lo dispuesto por la Corte Constitucional en relación con el consentimiento previo, para continuar con la ejecución del proyecto. T 129 de 2011, Auto 266 de 2017. Ver comentarios al artículo 3.9.

El artículo 20 (visitas de verificación). La Defensoría estima que para evitar el exceso de discrecionalidad es necesario precisar conceptualmente qué se entiende por presencia de comunidades étnicas y las tipologías (de presencia) que habilitan el derecho a la cp. También

la norma debería aclarar qué tipo de área es la que debe aportar el interesado o dueño del proyecto, y los requisitos de la información a aportar.

La visita de verificación es medio probatorio y soporte de la certificación que se emita, motivo por el cual debe existir una formalidad al respecto con el fin de convertirla en pieza clave de proceso de cp.

El artículo 22 (etapa de preconsulta). A juicio de la Defensoría del Pueblo, es necesario que la acreditación de la instancia representativa de las comunidades haga parte de la etapa de pre consulta. Lo anterior, dada la importancia del rol de las asesorías que provienen de entidades académicas o, incluso, entidades del Estado. Además, de existir conflictos previos, que afecten la cohesión y la representatividad de las comunidades étnicas, en la fase pre-consultiva debe preverse algún mecanismo de resolución de discrepancias, pues no se podría entender que se avance en un proceso de cp bajo estas condiciones, que precisamente busca proteger la integridad de estos grupos y no la gestión per sé de los POA.

Comentarios al CAPITULO VII: etapa de consulta y de protocolización de resultado

El proyecto objeto de análisis omite una serie de estándares que, incluso, han sido definidos por la jurisprudencia de la CC, como por ejemplo, la jornada de apertura formal de la consulta previa; el levantamiento de líneas de base, como ejercicio que permite la identificación de impactos; y la formulación de pre-acuerdos, como definición preliminar de lo que serán los acuerdos definitivos. Por el contrario, la norma se centra en los tiempos, en la preclusión del proceso, la verificación o renuencia de las comunidades, en la preservación de la competencia, y en el test de proporcionalidad como medida complementaria a la preclusión ya referida.

La preocupación del proyecto de ley está, claramente, centrada en el cumplimiento de la formalidad de la consulta previa, más que en la garantía del derecho y en el cumplimiento de sus fines esenciales. Así, establecer términos tan perentorios a las comunidades, sacrifica el espíritu mismo del derecho a la consulta previa, que no es otro que la participación de unos grupos sobre los cuales se presume la vulnerabilidad y la situación de desventaja respecto a, por ejemplo, las empresas privadas.

Además, el agotamiento de los tiempos y oportunidades de un proceso de consulta no puede depender, exclusivamente, de formalidades como la respuesta o no a las convocatorias realizadas, sino a la manifestación autónoma de desistimiento de las comunidades, y la reiterada inasistencia a las convocatorias, situación que debe ser valorada no tanto en función de un calendario, sino considerando la singularidad cultural, organizativa y situacional de cada grupo étnico, así como su grado de preservación cultural.

Por lo tanto, la eventualidad de un test de proporcionalidad, debería estar respaldada por la demostrada insistencia del gobierno a participar, el ofrecimiento de plenas garantías y un concepto técnico robusto así lo respalde. No puede ser algo que se deje a dos convocatorias realizadas en menos más o menos un mes.

Finalmente, las medidas de manejo deberían guardar una relación de causa-efecto, proporcionalidad y afinidad con los impactos que se identifiquen, y estos atributos sí deberían quedar consagrados en la norma como criterios básicos de idoneidad.

Sobre el artículo 27 (oportunidad de la consulta) “(...) *en relación con las medidas administrativas y los proyectos, obras o actividades POA, la consulta se realizará previo a la etapa de ejecución*”, para el caso de los POAS que requieran licencia ambiental la consulta debe ser previa a la expedición de la misma o cualquier acto administrativo que sea requisito para la ejecución. De acuerdo con la T 129 de 2011, la consulta debe realizarse desde la etapa de prefactibilidad del proyecto, obra o actividad.

Respecto del artículo 38 (test de proporcionalidad) este mecanismo es un recurso que tiene el Estado, en caso de que se agoten los tiempos y oportunidades de la consulta previa, a fin de darle viabilidad a los POA sin menoscabar la integridad étnica de los grupos implicados, cuya participación no se hizo efectiva. La protocolización en la formalización de un acuerdo al que de forma autónoma llegaron las comunidades con el gobierno.

En este orden de ideas, este test no puede conducir a una protocolización, pues la única forma de que ésta se haga es a través de la participación directa de los grupos étnicos. En cambio, sí puede declarar cerrada la consulta por vía administrativa.

El test de proporcionalidad debe dotarse de reglas más claras, que, por ejemplo, definan las entidades participantes, incluidos los órganos de control, las formas de acoger una decisión, la eventual realización de peritajes técnicos, la publicidad de sus actuaciones, la realización de audiencias técnicas, etc; toda vez que su razón de ser es darle viabilidad a los POA, tanto como proteger la integridad étnica de los grupos implicados.

Respecto del artículo 42 (declaratoria de la renuencia) Este artículo hace referencia a causales de declaratoria de renuencia “(...) *Cuando adopten posturas dilatorias o contenciosas, o hagan exigencias con las cuáles se coarte o condiciones del avance de la consulta previa*”. Estas causales representan un riesgo, toda vez que los desacuerdos frente a las propuestas del Estado o la empresa, que son propios del diálogo intercultural en los procesos de consulta, pueden ser fácilmente declarados como dilatorios o de mala fe, dejando al estado la competencia para determinar unilateralmente esta situación.

Comentarios al CAPITULO VIII: etapa de seguimiento

El seguimiento y cierre de una consulta previa debe estar sujeta no solo al cumplimiento de los acuerdos, sino a una evaluación posterior a la incidencia de éstos en la protección del grupo étnico, lo cual puede hacerse mediante jornadas participativas de balance y hasta el levantamiento de una segunda línea, ya no de base sino de caracterización post.

Desde una perspectiva finalista de la cp no puede presumirse que todas las medidas que se concretan de forma anticipada, son inocuas o suficientes, motivo por el cual debe mediar un balance integral de los resultados finales.

La CC ha señalado que la consulta previa una continuación entre fases preconsultivas, consultivas y post-consultivas, y a la luz de esta perspectiva más de seguimiento, debería hablarse de post-consulta como un conjunto de actividades orientadas no solo a verificar el cumplimiento de los acuerdos, sino a actualizar las medidas de manejo ante impactos no previstos o sobrevinientes, particularmente de proyectos de larga duración (sentencias C-664 de 2017, T-002 de 2017).

Comentarios al CAPITULO IX: de los costos y gastos de la consulta previa

A juicio de la entidad, no es suficiente que el proyecto de ley enuncie que los costos de los procesos de cp, así como de su seguimiento, los garantizará el Estado, si esto no queda amarrado a algún tipo de fórmula o mecanismo que asegure el presupuesto global necesario, no sea que luego este derecho no se garantice a todos los grupos o los estándares se reduzcan por razones financieras.

Claramente las medidas administrativas y legislativas, las debe financiar la autoridad pública interesada, según sea el sector; pero los costos de los POA podrían ser transferidos al sector privado (o sector público, si el ejecutor es una entidad del Estado), mediante un esquema de tarifas, a construir de forma técnica consultando los tipos de proyectos, el sector económico, los precios regionales, entre otros.

De ser así, sería necesario crear un fondo, adscrito al Ministerio del Interior, dotándolo de reglas y de controles, de forma que se pueda garantizar con solvencia la observancia de la consulta previa en Colombia.

Sobre el artículo 49 (invalidez de los procesos de consulta previa) es necesario indicar que el numeral segundo es contrario a lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias como la T-693 de 2011 o la T-547 de 2010 en relación con la consulta previa para medidas ya ejecutadas que debieron ser consultadas previamente. Igualmente, el numeral quinto debería hacer referencia a los procesos surtidos con comunidades que no estén en el Registro Único de Pueblos.

Sobre el artículo 50 (medidas que no requieren consulta previa) los numerales tercero y quinto que contemplan las actividades que tienden al mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de infraestructuras o proyectos; y las actividades relacionadas con la salud, los derechos humanos y la atención de desastres naturales, es importante aclarar que este tipo de actividades siempre impliquen nuevos impactos, o requieran permisos ambientales para desarrollarse, deberán ser consultados.

Asimismo, las actividades de mantenimiento que requiera el POA deben ser previamente informadas de manera amplia y suficiente en el proceso de consulta y concertadas las

medidas para prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos que estas conlleven. De manera que, el mencionado numeral quinto es contrario a lo establecido en el convenio 169 de la OIT art 25 numeral 2 *“Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales”*.

III. Conclusiones

La elaboración de un proyecto de ley estatutaria que regule el derecho fundamental a la consulta previa debe ser consultado con todos los grupos étnicos del país. En ese sentido, la Defensoría del Pueblo plantea la necesidad de crear una comisión integrada por distintos actores como los pueblos étnicos, la academia, los sectores público y privado, que analice la materia con detenimiento, construya sobre las lecciones aprendidas y supere las dificultades derivadas de la aplicación del Decreto 1320 de 1998.

El proyecto de ley objeto de análisis se centra en los eventuales excesos, tiempos y circunstancias que puedan afectar los proyectos de desarrollo o a las políticas públicas del gobierno. En ese sentido, la entidad llama la atención sobre la importancia de priorizar, a través de medidas legislativas, la garantía del derecho fundamental a la consulta previa y la protección de la integridad étnica y cultural de los grupos étnicos.

Cordialmente,

CARLOS ALFONSO NEGRETE MOSQUERA
Defensor del Pueblo

Proyectaron: C. Ruiz Sánchez, B. Pinilla Zuleta, D. Duarte Castilla, B. Cantillo de la Hoz

Revisaron: Judith del Pilar Vidal Anaya- Defensora Delegada para los Grupos Étnicos
Paula Robledo Silva- Defensora Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales

Archivado en: 4070-879