

Al responder cite este número:
OFI2021-27576-DCP-2700

Bogotá D.C. martes, 28 de septiembre de 2021

Señor
JOSE ALFREDO CAMACHO PÉREZ
Secretario de Inclusión Social Poblacional
GOBERNACIÓN DEL TOLIMA
Correo Electrónico: contactenos@tolima.gov.co
Carrera 3 entre Calle 10 y 11, piso 9
Ibagué, Tolima

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto sobre la procedencia o no de realizar consulta previa en la actualización de las políticas públicas departamentales indígena y afro.

Respetado Secretario Camacho Pérez, reciba un cordial saludo:

Atendiendo el asunto de la referencia allegado mediante correo electrónico del 17 de septiembre de 2021, en el cual se solicita a esta Dirección:

“(...) queremos que se nos informe si para la actualización de las políticas públicas departamental indígena y afro, las cuales fueron formuladas en el 2005 con las comunidades indígenas y 2006 para la población afro del departamento del Tolima, se requiere o debe adelantarse consulta previa, libre e informada. (...)”

En consecuencia, este Despacho se permite dar respuesta teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.1. DEL MECANISMO DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA.

El Convenio 169 de la OIT establece una serie de responsabilidades que deben asumir los gobiernos, a efectos de proteger los derechos de los pueblos, lo que se traduce en:

“1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

(a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

- (b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;*
- (c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”¹.*

Por lo tanto, la consulta previa es un derecho colectivo fundamental el cual consiste en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural a través del ejercicio del derecho a la participación efectiva de las comunidades étnicas en el marco de la implementación de medidas legislativas y/o administrativas, proyectos, obras o actividades que puedan llegar a afectarlos directamente.

En consecuencia, para el cumplimiento del mandato previamente señalado, la jurisprudencia constitucional ha fijado una serie de principios que gobiernan la actuación tanto de las autoridades administrativas intervinientes en los procesos de consulta, los interesados en el proyecto, obra o actividad o las medidas legislativas y administrativas, y las comunidades étnicas.

El primero de ellos, se refiere al principio de la **buena fe** que debe guiar la actuación de las partes, lo que significa que debe existir un ambiente de claridad y de confianza de cara al proceso, el cual se genera a partir de la información y transparencia entre las partes involucradas. En este sentido, la Constitución Política, previó en su artículo 83, qué:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Así mismo, se deberá atender al cumplimiento del **principio de igualdad**, bajo la perspectiva de que la consulta previa se constituye en un proceso de diálogo intercultural entre iguales; lo que se traduce en que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión² sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional (CP art 70).³

Adicionalmente a lo anterior, la jurisprudencia ha señalado que el proceso consultivo debe ser **flexible**, lo que se traduce en que debe adaptarse a las necesidades de cada asunto, en tanto que, debe atenderse a la diversidad de los pueblos indígenas y de las comunidades afro descendientes; lo que implica respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y que la misma sea efectuada mediante relaciones de comunicación.

Del mismo modo, se ha previsto que la consulta previa debe ser **informada**, en tanto que, a través de dicho procedimiento se le otorgan una serie de elementos a las comunidades para la toma de decisiones de manera libre y espontánea, por lo que no puede tratarse de

¹ Artículo 2. Convenio 169 de la OIT.

² Sentencia T-704 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ Sentencia SU 123 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos – Rodrigo Uprimmy Yepes

un asunto de mero trámite formal sino de un esfuerzo genuino del Estado y los particulares implicados por conocer las perspectivas de los pueblos afectados y por efectivamente lograr un acuerdo.

1.2. DEL CRITERIO DE PROCEDIBILIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

En reiterada Jurisprudencia Constitucional se ha determinado que no todo proyecto, obra, actividad, medida administrativa y/o legislativa implica *per se* el desarrollo del proceso de consulta previa con las comunidades étnicas. Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional manifestó:

*“(...) No todo lo concerniente 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”.*⁴ (Subrayado fuera del texto)

Por lo tanto, la consulta previa sólo debe agotarse en aquellos eventos en que el proyecto, obra o actividad, afecte directamente los intereses de las comunidades indígenas o tribales en su calidad de tales, es decir, que su obligación sólo resulta exigible cuando la actividad pueda:

*“(...) alterar el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios (...)”*⁵. La alta Corte ha definido la afectación directa como *“(...) la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias”*⁶. Que se puede manifestar cuando: *“(...) (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.”*⁷

1.3. MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS EN EL MARCO DEL DESARROLLO DE POA, MEDIDAS LEGISLATIVAS Y/O ADMINISTRATIVAS.

⁴ Sentencia C- 030 de la Corte Constitucional de 2008 del 23 de enero de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁵ Sentencia C-175 de 2009

⁶ Sentencia T – 745 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ Sentencia SU – 123 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

Como se mencionó de forma previa en el presente escrito la afectación directa de un POA, medida legislativa y/o administrativa a los derechos de las comunidades étnicas, se constituye como el criterio de procedencia efectivo para garantizar el derecho a la consulta previa de las comunidades. No obstante, la consulta previa no es el único mecanismo para garantizar el derecho fundamental a la participación efectiva de las comunidades.

Al respecto la Jurisprudencia constitucional ha exaltado los distintos tipos de participación con los que cuentan las comunidades étnicas, mecanismos que se ponen en marcha a partir de la aplicación de los criterios de la intensidad de la afectación y proporcionalidad. Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional por medio de la sentencia SU-123 de 2018, manifestó:

*“La consulta previa es constitucionalmente exigida cuando una medida puede afectar directamente a un grupo étnico. Pero **¿qué sucede si existe afectación al grupo étnico pero es de menor intensidad, al punto de que no pueda ser calificada de afectación directa?** O, por el contrario, **¿qué sucede en otros eventos en donde estamos en presencia de una afectación tan intensa que puede llegar, por ejemplo, a comprometer la existencia del pueblo indígena?** (...), en todos los casos, existe un cierto derecho de participación de los pueblos indígenas cualquiera que sea la afectación, como manifestación del derecho a la participación pero, conforme al principio de proporcionalidad, el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional han entendido que los tipos de participación son diversos.*

Las opciones son la participación de la colectividad en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos, el derecho a la consulta previa o la necesidad de la obtención del consentimiento previo libre e informado (CPLI). Esa diversificación por escalas es el resultado de una comprensión de los derechos de las comunidades indígenas en clave del principio de proporcionalidad. Se trata entonces de establecer límites en la aplicación de los derechos fundamentales, entre ellos los de los grupos étnicos diversos en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos naturales y participación, a partir del balance adecuado entre los principios.” (Negrilla por fuera del texto).

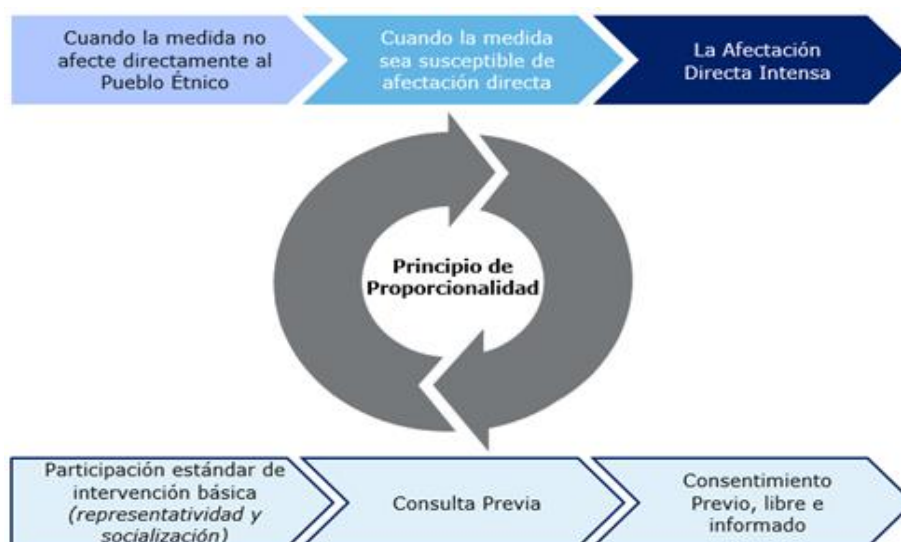
Por lo anterior, se puede concluir que la consulta previa no es el UNICO mecanismo de participación, ya que como lo establece la sentencia T-376 de 2012 que señala:

“la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho:

(i) la simple participación asociada a la intervención de las comunidades en los organismos decisorios de carácter nacional, así como la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen;

(ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente;

(iii) *El consentimiento previo, libre e informado cuando esta medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.”*



1.4. DE LAS COMPETENCIAS DE LA DIRECCIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR.

La Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior- DANCP, actúa de conformidad con la Carta Política de 1991, que consagró el reconocimiento y la especial protección de la diversidad étnica y cultural en el país, con la finalidad de dar cumplimiento al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el cual fue adoptado en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 21 de 1991, conformando así el bloque de constitucionalidad.

Así las cosas, 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, se trata entonces, de una competencia que ha sido fijada de manera única y exclusiva a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, sin que otra autoridad administrativa tenga competencia para ello.

De conformidad con lo esbozado, no es dable iniciar un proceso de consulta previa para un Proyecto, obra o actividad - POA, medida legislativa o administrativa, hasta tanto no se haya

determinado su procedencia de conformidad con la normatividad y jurisprudencia constitucional vigente para tal efecto.

Para este efecto, el ejecutor de un POA, medida legislativa o administrativa deberá presentar ante esta la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, solicitud de determinación de procedencia y oportunidad de la Consulta Previa, para que a partir de un análisis técnico se emita el acto administrativo que defina si procede o no la consulta previa en cada caso.

2. DEL CASO CONCRETO

Una vez realizadas las consideraciones preliminares sobre la procedencia de la Consulta previa y las competencias de esta Dirección, se hacen las siguientes precisiones:

1. De conformidad con la normatividad y jurisprudencia constitucional vigente no es dable el inicio de un proceso consultivo para un POA, medida administrativa y/o legislativa hasta tanto la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, no efectúe el proceso de determinación de determinación de la consulta previa basado en el criterio de afectación directa.
2. La determinación de la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas está supeditada a análisis jurídicos, cartográficos, geográficos y espaciales que permiten definir la existencia o no de posibles afectaciones directas de determinada medida a los colectivos étnicos.
3. Que, con relación a las medidas administrativas como el caso de *las políticas públicas departamental indígena y afro del departamento del Tolima*, es importante mencionar, que la determinación de procedencia de la consulta previa debe ir enmarcada al análisis del cuerpo normativo y/o de política pública que puede generar posibles afectaciones a los colectivos étnicos por su implementación.

Por lo cual, para poder hacer el citado análisis en el caso en concreto se deberá allegar a esta Autoridad Administrativa el texto de la Política Hídrica de Buenaventura.

4. Por otra parte, y como se expresó en la parte considerativa del presente escrito, el derecho a la participación de las comunidades étnicas no se circunscribe únicamente al desarrollo de la consulta previa, la cual está constituida desde su creación como un mecanismo diseñado para consultar y compensar a las comunidades frente a medidas o proyectos que les generan afectación directa. Contrario a ello, existen mecanismos de participación estándar donde las comunidades diferenciadas también pueden participar en el diseño y formulación de medidas de política pública tal como lo hace la comunidad en general.
5. De lo descrito se concluye, que en la formulación de una medida no se pueden definir las posibles afectaciones directas a las comunidades étnicas, toda vez que dicha política pública aún no existe ni se conocen sus alcances, por lo cual, se reitera

que el análisis de competencia de esta Autoridad Administrativa deberá realizarse una vez se constituyan las actualizaciones de *las políticas públicas departamental indígena y afro del departamento del Tolima*, y de ellas se analizarán específicamente que elementos que posiblemente puedan afectar directamente a los colectivos étnicos.

Con lo anterior damos respuesta a petición no sin antes reiterar nuestro compromiso en la garantía del derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, armonizado con el desarrollo adecuado y oportuno de los proyectos obras o actividades, medidas legislativas o administrativas a ejecutar en el país.

Quedamos a disposición para atender cualquier requerimiento adicional.

Cordialmente,



YOLANDA PINTO AMAYA
Subdirectora Técnica de Consulta Previa
Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa

[CODIGO-QR]

Documento emitido por el Ministerio del Interior. Verifique su autenticidad en:
[URL-DOCUMENTO]

Elaboró: Carlos Méndez – Abogado Contratista - Subdirección Técnica

Revisó y aprobó: Yolanda Pinto – Subdirectora Técnica