

Bogotá, D.C., viernes, 13 de abril de 2018.

Señores y Señoras

DELEGADOS Y DELEGADAS

ESPACIO NACIONAL DE CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS DE AMPLIO ALCANCE SUSCEPTIBLES DE AFECTAR A LAS COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZALES Y PALENQUERAS.

Bogotá

Asunto: Solicitud a los miembros del Espacio Nacional de Consulta Previa para las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras de definir ruta metodológica para el proyecto de iniciativa legislativa *“Por medio del cual se adopta el procedimiento administrativo de Consulta Previa, se ordena la creación de la Unidad de Consulta Previa en el Ministerio del Interior y se ordenan otras disposiciones”*.
Constancia de renuencia sistemática.

Respetados delegados y respetadas delegadas del Espacio Nacional de Consulta Previa para las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras:

La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades afrocolombianas en virtud del Convenio 169 de la OIT, Ley 21 de 1991, que según la sentencia T-576 de 2014 *“... es un presupuesto básico para salvaguardar la subsistencia, la libre determinación, la autonomía y todos aquellos derechos fundamentales que se les atribuyen a los pueblos indígenas y tribales por cuenta de su diversidad étnica...”*, por ello se trata de que estas comunidades *“cuenten con la oportunidad de pronunciarse sobre aquellos proyectos o decisiones que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones...”*, por esto deben ser consultados *“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*.

A su vez la sentencia SU-039 de 1997, establece que la aplicación del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, comporta: *“... la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por relaciones de mutuo respeto y la buena fe entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos...”*, los mecanismos, los procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea

Sede correspondencia Edificio Camargo, Calle 12B No 8-38
Conmutador: 2427400 – Sitio web www.mininterior.gov.co
Servicio al Ciudadano servicioalciudadano@mininterior.gov.co - Línea gratuita 018000910403
Bogotá, D.C. – Colombia – Sur América

*enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos pueda conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la **oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda**, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, **valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada**" (negrita fuera del original).*

En la sentencia C-891 de 2002 la Corte planteó que la buena fe y los procedimientos apropiados se refieren a que "... al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos..."

En este sentido, es claro que la sentencia T- 576 de 2014 ordenó al Ministerio del Interior adelantar un proceso de consulta con las "comunidades negras" y afrocolombianas, incluyendo al pueblo raizal de San Andrés, Islas y al pueblo palenquero del Palenque de San Basilio, para definir las pautas de integración del "Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectarlas directamente", en cumplimiento de las Leyes 21 de 1991 y 70 de 1993.

Que el Ministerio del Interior y los delegados nacionales designados por las "comunidades negras" y afrocolombianas suscribieron preacuerdos de "las pautas para la Integración del Espacio Nacional de Consulta Previa, de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a las "comunidades negras" y afrocolombianas, incluyendo al pueblo raizal de San Andrés, Islas, y al pueblo palenquero del Palenque de San Basilio, como consta en las actas de protocolización suscritas en Santa Marta, el 12 de octubre de 2015, Girardot, 2 de abril de 2016 y Melgar, 19 de junio de 2016.

En los mencionados preacuerdos el Espacio Nacional de Consulta Previa se organizó en comisiones por ejes temáticos para la evaluación y trámite de las iniciativas normativas que el Gobierno Nacional pretenda expedir.

En este contexto es preciso recordar que del 29 de noviembre al 2 de diciembre de 2016, el Ministerio del Interior convocó una reunión del Espacio Nacional de Consulta Previa **en la cual los delegados no aceptaron desarrollar la consulta previa a la cual estaban siendo convocados, reclamando la expedición del decreto regulador del Espacio, la creación del Reglamento Interno y la Creación del protocolo de Consulta Previa: La Plenaria convocada entre el 29 de noviembre y el 2 de diciembre de 2016, tenía como único objetivo adelantar la etapa de pre-consulta ... del proyecto de norma "por la cual se reglamenta el derecho fundamental a las consulta previa, establecida en la Ley 21 de 1991 y de manera especial en el numeral 2 del artículo 40 y el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, concordante con el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011; se adopta el procedimiento especial para realizarla; se crea la Unidad Administrativa Especial para la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones.**

No obstante, el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior realizó todo lo que estuvo a su alcance para llegar a un acuerdo con todas las comunidades étnicas a través de sus representantes, y en particular, con las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras realizó una serie de actividades con el ánimo de acordar una ruta metodológica, tal como se describe a continuación:

- **Conversatorio de expertos en consulta previa para las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras (NARP):** Con la finalidad de avanzar en el proceso de consulta previa con las comunidades negras, el 30 de enero de 2017 en la ciudad de Bogotá, se realizó el Conversatorio con expertos de consulta previa, con el objetivo de conversar constructivamente frente al proyecto de ley estatutaria para la reglamentación de la consulta previa para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Durante la actividad se contó con la participación de 12 expertos, servidores públicos de las direcciones de asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y de consulta previa, y cooperantes.
- **Presentación y concertación de la ruta metodológica de la ruta metodológica para la garantía del derecho fundamental a la consulta y consentimiento previo, libre e informado:** Espacio que se desarrolló el 7 de marzo de 2017 en Bogotá, donde la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras (DACNARP) convocó a los delegados de la Comisión Sexta (jurídica, justicia ancestral, derechos humanos, víctimas, paz y postconflicto) del Espacio Nacional de Consulta Previa,

con el objeto de generar espacios para la reflexión y deliberación orientados a la concertación de la ruta metodológica para la garantía del derecho fundamental a la consulta y consentimiento previo, libre e informado.

- **Jornada de diálogo e interlocución para fomentar la cohesión del pueblo raizal, en los procesos de participación en el marco de la consulta previa:** Con el objetivo de propiciar un adecuado acercamiento con la comunidad raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, del 27 al 30 de abril de 2017 se realizó una jornada de diálogo e interlocución para fomentar la cohesión del pueblo raizal en los procesos de participación en el marco de la consulta previa.
- **Jornada de interlocución con la comunidad raizal, San Andrés, 28 de abril 2017:** La Dirección de asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras propuso una agenda en la que se contempló la revisión de compromisos del gobierno colombiano frente a la participación política y democrática para el Pueblo Raizal, entre los cuales se encuentra el derecho a la Consulta Previa, la socialización del Estatuto Raizal y la consulta previa del proyecto de Ley *“Por medio del cual se reglamenta la curul adicional a la Cámara de Representantes por la comunidad raizal que se elegirá en la circunscripción territorial conformada por el departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”*.
- **Capacitación en fundamentos conceptuales metodológicos de la identidad cultural, derecho fundamental de consulta previa y la participación ciudadana y política:** A través de conferencias y espacios de diálogo e interacción llevados a cabo los días 6 y 7 de mayo en la ciudad de Quibdó, Chocó, a la cual asistieron 509 personas entre líderes de Consejos Comunitarios de Chocó y líderes estudiantiles, expresaron y compartieron sus ideas frente al derecho a la consulta previa.
- **Jornada de capacitación en conceptos de consulta previa. Bogotá, 15 de junio de 2017:** Los jóvenes del Fondo Especial de Comunidades Negras se reunieron en Bogotá para discutir los aspectos relacionados a los desafíos que atañen a la población afrocolombiana respecto a la toma de decisiones y los procesos de consulta previa. Con el fin de enriquecer este espacio el Ministerio del Interior, a través de la DACNARP realizó una capacitación a los jóvenes, enfocada en la presentación de diferentes conceptos sobre consulta previa y en los derechos fundamentales de los jóvenes pertenecientes a estas comunidades, la cual fue realizada por dos conferencistas con amplia experiencia en procesos sociales orientados hacia la búsqueda de garantías de derechos de la población afrocolombiana.

- **Diálogo Comisión Sexta, 10 de julio de 2017, Bogotá:** En este espacio los delegados del ENCP reflexionaron sobre los principales desafíos que aquejan al pueblo negro, permitiendo que visibilizaran las oportunidades que han surgido desde las comunidades para superar diferentes problemas y contribuir con esto a la garantía de sus derechos y la defensa de sus territorios. Sumado a ello, el espacio permitió concertar la ruta metodológica que surtirá efecto para las iniciativas normativas que se presentaren ante el ENCP, para las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, tramitadas con fundamento en el Acto Legislativo 1 de 2016.
- **Jornada de trabajo en San Andrés, Providencia y Santa Catalina con el Pueblo Raizal los días 17, 18 y 19 de octubre:** Los días 17, 18 y 19 de octubre se llevó a cabo en la ciudad de San Andrés, Providencia y Santa Catalina una jornada de trabajo convocada por la DACNARP. Esta mesa de trabajo tuvo como objetivo promover y dar continuidad el acercamiento que se viene llevando a cabo con el pueblo raizal, en lo referente al proyecto de ley de consulta previa, mediante la revisión del articulado y las posibilidades de incorporar parte de la reglamentación del derecho a la consulta previa dentro del Estatuto Raizal que se viene consolidando en trabajo conjunto con el Ministerio del Interior.
- **Asesoría especializada en consulta previa:** Con el objetivo de “analizar jurídicamente y constitucionalmente el proyecto de ley estatutaria sobre el derecho fundamental a la consulta previa desde su procedimiento, para proponer alternativas de solución a los eventuales riesgos de constitucionalidad” se contó con una asesoría especializada. Para cumplir con este objetivo y mejorar el proyecto inicialmente presentado se realizaron diferentes reuniones, entre ellas se encuentra la reunión precedida por el Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos, con las Direcciones de Consulta Previa (DCP), de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías (DAIRM), y de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, en la cual se definieron los lineamientos del proyecto de ley y metodología de trabajo. Adicionalmente se realizó una reunión de trabajo con las direcciones mencionadas para conocer el proceso que se había surtido con el proyecto de ley hasta ese momento.
- **Sesión del Espacio Nacional de Consulta Previa de medidas administrativas y legislativas de amplio alcance susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras (23 al 28 de octubre de 2017):** En sesión de los días 23 al 28 de octubre de 2017 en Bogotá se presentó a la Plenaria del ENCP, dentro del orden del día, el nuevo texto del proyecto de ley estatutaria *“Por medio del cual se adopta el procedimiento administrativo de Consulta Previa, se ordena la creación de la Unidad de Consulta Previa en el Ministerio del Interior y se expiden otras disposiciones”*, quedando

aprobado en el punto 9 de la agenda a desarrollar por parte de dicha plenaria, de acuerdo al acta suscrita

Sin embargo, no fue posible agotar esta agenda debido a las solicitudes elevadas por la plenaria del ENCP frente a los siguientes aspectos: (i) el seguimiento de los procesos de consulta previa ya protocolizados, (ii) el cumplimiento a la ruta concertada con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible respecto de la reglamentación de los capítulos IV, V, VIII y el componente de participación de la Ley 70 de 1993, (iii) la protocolización del Decreto por medio del cual se regula el Espacio Nacional de Consulta Previa de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, (iv) la presentación del proyecto de Ley *“por medio del cual se modifica la Ley 160 de 1994 y se dictan otras disposiciones”*, y (v) la designación de la comisión para el desarrollo del proceso de consulta previa respectivo. En esa medida, la plenaria del ENCP dejó la presentación del proyecto de Ley de Consulta Previa para la siguiente sesión.

- Antes de estos condicionamientos, es preciso señalar que los procesos en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible fueron presentados en plenaria del 20 de julio de 2017, donde también se estableció la ruta metodológica para el proceso de consulta previa de los proyectos de decreto por los cuales se reglamentan los Capítulos 4º, 5º, 7º y el componente de participación de la Ley 70 de 1993.
- Del referido proceso la plenaria asignó a las Comisiones II, V y VI del ENCP, el avance y la concertación de las rutas metodológicas de cada iniciativa normativa que reglamenta la Ley 70 de 1993 en cada uno de los capítulos antes descritos.
- Con el fin de avanzar en los compromisos que condicionaron la presentación de la ley de consulta previa planteados por la plenaria del 23 al 28 de octubre de 2017, el Gobierno Nacional ha dispuesto de los recursos necesarios para adelantar la rutas metodológicas concertadas de cada iniciativa normativa que reglamenta la Ley 70 de 1993 en cada uno de sus capítulos, no obstante, al momento de generar los espacios se presentan nuevos requerimientos por parte de los delegados.
- No obstante las exigencias adicionales (contratación de asesores y nuevas convocatorias) en coordinación con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se convocó a las Comisiones II y VI del ENCP a sesionar en Cali los días 19 a 23 de febrero de 2017.
- En sesión de la plenaria del ENCP los días 24 a 28 de febrero de 2018, en Santiago de Cali, se retomó la presentación de la iniciativa normativa *“Por la cual se adopta el procedimiento administrativo de consulta previa, se ordena la creación de la Unidad de Consulta Previa en*

el Ministerio del Interior, y se dictan otras disposiciones”; en la referida acta se estableció lo siguiente por parte del Ministerio del Interior:

(...) El Ministerio del Interior aclara que incluyó la presentación de la iniciativa normativa, “Por la cual se adopta el procedimiento administrativo de consulta previa, se ordena la creación de la Unidad de Consulta Previa en el Ministerio del Interior, y se dictan otras disposiciones” en atención al acuerdo de la anterior sesión del ENCP. Señala que la misma había quedado como punto pendiente en el acta de la sesión del 23 al 28 de octubre de 2017, para ser trabajada de manera conjunta con el protocolo de consulta previa y el reglamento interno del Espacio Nacional de Consulta Previa y había sido un punto de la sesión anterior.

Señala que conforme a la jurisprudencia Constitucional es un deber de las autoridades de los pueblos y comunidades atender a las consultas previas, incluso cuando no estén de acuerdo con el proyecto, obra o actividad que se pretende llevar a cabo, o con el proyecto de ley o de acto administrativo respectivo. Señala que “El ejercicio del derecho a la consulta implica una serie de deberes correlativos, como pueden serlo el velar por los derechos de los pueblos y comunidades respectivas y, en consecuencia, entre otros, el de asistir y participar en las consultas. Por lo tanto, como regla general, no pueden las autoridades de un pueblo o comunidad dejar de asistir a una consulta, o desatender una convocatoria, so pretexto de representar con ello los intereses de la comunidad. Esto implicaría desatender los deberes que tienen como representantes válidos de su comunidad.

*Frente a lo anterior los delegados del Espacio señalan que no se oponen a la presentación de la iniciativa normativa de Consulta Previa, sino que **ésta será atendida una vez se agoten los temas que se encuentran pendientes entre el Gobierno Nacional y el Espacio Nacional de Consulta Previa**, como son la construcción del reglamento interno y del protocolo de consulta previa. Lo anterior, no puede ser considerado como renuencia. (sic)” (resaltado fuera de texto).*

Nótese que los delegados inclusive han intentado dejar constancias de que a su juicio su conducta de exigir condicionamientos no constituye renuencia, pero en la realidad han incurrido en ésta.

El agotamiento de los temas, que los delegados han considerado como elementos condicionantes para el avance del proceso de consulta previa del proyecto de ley estatutaria “Por medio del cual se adopta el procedimiento administrativo de Consulta Previa, se ordena la creación de la Unidad de Consulta Previa en el Ministerio del Interior y se ordenan otras disposiciones” corresponde a una agenda con temas no sólo ajenos al proyecto de ley en cuestión, sino muy diferentes entre sí, desconectados de los que acordados por el Gobierno Nacional y por el ENCP. Esta estrategia de condicionar los temas que el Gobierno Nacional

somete a consulta, cuya discusión fue acordada por las partes, y que fueron o constituye una clara manifestación de condicionamientos del ENCP para consultar la norma que inclusive van en contravía de lo previamente acordado, que es de vital importancia para regular los mismos procesos de consulta previa que hoy día se ven afectados por la falta de reglas claras.

Ante las situaciones manifestadas, es pertinente indicar que la consulta previa no exige llegar a un acuerdo, sino adelantar un proceso de buena fe, con el ánimo de llegar a un acuerdo y presentando la información necesaria adecuada y suficiente, permitiendo la participación de las comunidades. Cuando no sea posible llegar a un acuerdo, la actuación del Gobierno Nacional debe estar exenta de arbitrariedad y permitir la participación en la medida en que ello sea posible. Exactamente lo que ha hecho el Ministerio del Interior durante ya alrededor de dos años, sin lograr que los delegados del ENCP permitan el avance del proceso de consulta del proyecto de norma.

Ahora bien, para determinar hasta dónde tienen las autoridades el deber constitucional de intentar llegar a un acuerdo es necesario referirse a la naturaleza y alcance del derecho a la consulta previa, y en particular, la características de ser un derecho-deber.

El derecho a la consulta previa como derecho-deber

Titulares del derecho a la consulta previa

Para entender la naturaleza de derecho-deber que tiene la consulta previa es necesario empezar por identificar a sus titulares. El Convenio 169 de 1989 de la OIT establece que los titulares del derecho a la consulta previa son las comunidades indígenas y tribales. Es decir, se trata de un derecho fundamental de carácter colectivo, no individual. El sujeto de derechos es la colectividad, es decir, el respectivo pueblo o comunidad indígena, negra, afrocolombiana, raizal o palenquera, y no sus miembros individualmente considerados o sus delegados. Tanto el artículo 6.1.a), como el 7.1, y en convenio en general utilizan el término "los pueblos interesados", indicando claramente el carácter colectivo del derecho.

Esto mismo ha sostenido la Corte, cuando al referirse a la consulta previa sostuvo:

*"La Corte había considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que **éstos no sólo se predicán de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace 'a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana'.**"*

Posteriormente, en la sentencia T-969 de 2014, se refirió a la naturaleza del derecho e identificó quiénes son sus titulares:

"La Corte ha reconocido que éste es un derecho fundamental innominado, de carácter colectivo, cuyos titulares son las comunidades indígenas, negras, raizales, palenqueras y afrocolombianas. Más aun, ha dicho que es un derecho susceptible de protección por vía de la acción de tutela, a partir de la regla establecida en la sentencia SU-037 de 1997".

Lo anterior significa que el derecho está en cabeza del respectivo pueblo o comunidad susceptible de verse afectado de manera directa y específica por una medida de carácter legislativo o administrativo, y no de sus miembros individualmente considerados. Sin embargo, contrario a lo que ocurre con otros derechos, la titularidad del derecho y su ejercicio no están en cabeza del mismo sujeto, y esa particularidad del derecho a la consulta previa tiene una serie de consecuencias.

Ejercicio del derecho por parte de las instituciones o autoridades representativas

En efecto, la consulta previa es un derecho que no ejercen directamente las comunidades, sino que lo hacen a través de sus "instituciones representativas" o de sus autoridades. En términos del artículo 6 del Convenio:

"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;..."

En efecto, esta particular estructura del derecho a la consulta previa en el cual la titularidad está separada del ejercicio del derecho trae consigo una serie de diferencias frente a los derechos tradicionales de libertad. En particular, el ejercicio del derecho a la consulta previa supone una representación del titular del derecho, que es la colectividad. La Corte Constitucional ha sido consciente de esta situación, y ha distinguido entre unos derechos y otros. En la sentencia T-969 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), lo planteó de la siguiente manera:

"25. Esta breve reseña histórica de la génesis del Convenio 169 de la OIT resulta relevante, pues ayuda a entender la finalidad y estructura del derecho a la consulta previa. En efecto, como se observa de la breve reseña, el Convenio surge como una reacción a la visión tradicional que enfatiza únicamente los derechos liberales individuales. Por el contrario, el Convenio 169 de la OIT busca conservar las tradiciones de los pueblos

indígenas y tribales, que habían sido consideradas atávicas y contrarias al desarrollo económico y político de los Estados nación.

26. En esa medida, **el derecho a la consulta previa**, como aporte del Convenio 169 de la OIT al desarrollo de un modelo de entendimiento intercultural, **no puede entenderse en los mismos términos en que se conceptualiza un típico derecho individual de libertad**. A los derechos individuales les es inherente un ejercicio negativo que es protegido por el Estado. Esto significa que el Estado debe proteger tanto la potestad que los individuos tienen para ejercer tales derechos como para no hacerlo. Esta potestad concierne únicamente al fuero interno de cada individuo, y ni el Estado ni los particulares pueden interferir ni en el ejercicio positivo ni negativo del derecho.

27. Por el contrario, conforme al literal a) del numeral 1º del artículo 6º del Convenio 169, el derecho a la consulta previa lo ejercen las “instituciones representativas” de los pueblos y comunidades interesadas. Sin embargo, es un derecho de carácter colectivo, cuyos titulares son, precisamente, estos pueblos y comunidades, y no sus autoridades o instituciones representativas. Es decir, contrario a lo que ocurre con los derechos de libertad, en la consulta previa el derecho no lo ejerce directamente el titular, sino el representante de dicha comunidad. Es decir, **el ejercicio del derecho a la consulta previa supone una representación del titular, que es una colectividad, por parte de sus autoridades o instituciones representativas** (negrita fuera del original).

En esa medida, es necesario determinar cuáles son los alcances del mandato que ejercen las autoridades en representación de sus comunidades y las responsabilidades que tienen en el ejercicio de dicho mandato.

Responsabilidades de los representantes con los titulares del derecho a la consulta previa

La circunstancia de que el ejercicio del derecho suponga una representación del titular tiene dos consecuencias importantes: a) en primer lugar, aun cuando el ejercicio del derecho supone un amplio grado de autonomía en cabeza de los representantes del respectivo pueblo o comunidad, el alcance de dicha autonomía no es ilimitado. Por el contrario, el representante actúa conforme a un mandato del pueblo o comunidad representado y no puede exceder dicho mandato, y en consecuencia, b) el ejercicio del derecho implica una serie de deberes y responsabilidades en cabeza los representantes. Así lo ha establecido la Corte Constitucional, que en la misma sentencia T-969 de 2014, sostuvo:

“28. En la medida en que las instituciones o autoridades del respectivo pueblo o comunidad están ejerciendo una representación del titular del derecho, que es la comunidad, **el mandato que reciben es limitado**. Sin duda las autoridades de estas comunidades cuentan con un amplio margen de autonomía en la toma de decisiones en lo que atañe a su comunidad. Así lo ha reconocido en reiterada jurisprudencia la Corte

*Constitucional. Sin embargo, la autonomía que otorga la Constitución a las autoridades de las comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras tiene como propósito garantizar los derechos colectivos de dichas comunidades, como pueden ser su integridad cultural, su territorio y su fortaleza organizativa y política. **El propósito de la autonomía marca también los límites constitucionales del ejercicio de la misma. Por lo tanto, las actuaciones y las decisiones de las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras deben estar encaminadas a proteger los derechos y valores que les son propios.***

*29. **El ejercicio del derecho a la consulta implica una serie de deberes correlativos, como pueden serlo el velar por los derechos de los pueblos y comunidades respectivas, y en consecuencia, entre otros, el de asistir y participar en las consultas. Por lo tanto, como regla general, no pueden las autoridades de un pueblo o comunidad dejar de asistir a una consulta, o desatender una convocatoria, so pretexto de representar con ello los intereses de la comunidad. Esto implicaría desatender los deberes que tienen como representantes válidos de su comunidad*** (negrita fuera del original).

En efecto, la Corte establece que un deber de las autoridades de los pueblos y comunidades es el de atender a las consultas previas, incluso cuando no estén de acuerdo con el proyecto, obra o actividad que se pretende llevar a cabo, o con el proyecto de ley o de acto administrativo respectivo. Ello es así por dos razones básicas. En primer lugar, porque no hay identidad entre el titular y quien ejerce el derecho. Tratándose de derechos de libertad, los titulares del derecho son quienes lo ejercen. Por lo tanto, una persona es libre de ejercer su derecho de asociación sindical de manera positiva, haciéndose miembro de un sindicato, o por el contrario, no haciéndose miembro del mismo. No ocurre lo mismo con el derecho a la consulta previa. Al no tratarse de un derecho de libertad en el cual el titular y quien lo ejerce son la misma persona, la consulta previa no es susceptible de un ejercicio negativo del derecho. En segundo lugar, porque el objeto de la consulta previa es el de prevenir o mitigar los impactos negativos que produce la ejecución de un proyecto, obra o actividad, o de una ley o acto administrativo. En esa medida, no se trata de si la autoridad o incluso la comunidad está de acuerdo o en desacuerdo con el proyecto, sino de prevenir o mitigar las afectaciones. Si las autoridades deciden no asistir o no participar en la construcción conjunta de las medidas para mitigar los efectos negativos de los proyectos, obras o actividades, o de los proyectos de ley, estarían incumpliendo un deber que tienen para con las comunidades a las cuales representan. Así la Corte en la sentencia mencionada sostuvo:

“35. Como este deber supone además un respeto por la identidad cultural específica de las comunidades potencialmente afectadas, lo que se considera un impacto negativo o positivo no puede quedar al arbitrio del ejecutor o del Estado. Por el contrario, corresponde precisamente al objeto de la discusión dentro de la consulta con las comunidades. Por esta razón, **tanto la identificación de los impactos del proyecto,**

obra o actividad, como el diseño y la adopción de las medidas de manejo, deben ser el resultado de una construcción conjunta entre las comunidades, el Estado, y los ejecutores del proyecto, obra o actividad. De lo que se trata, entonces, es que las partes lleguen a acuerdos en relación con todos los aspectos en que ello sea posible.”

(...)

En ese mismo orden de ideas, la Corte debe anotar que **el principio de prevención implica un deber correlativo por parte de las instituciones legítimas y autoridades de las comunidades étnicas**. En virtud de la representación que ejercen de los derechos colectivos de sus respectivas comunidades sobre sus territorios, **estas autoridades tienen el deber de contribuir con los ejecutores para prevenir, mitigar, y corregir las afectaciones que se presenten como consecuencia de la respectiva obra, proyecto o actividad**. El hecho de que la empresa haya incumplido algunas de sus obligaciones para con la comunidad no constituye una excusa válida para que las autoridades del pueblo o comunidad étnica impidan que se lleven a cabo las obras de prevención, mitigación o corrección de las afectaciones” (negrita fuera del original).

Una situación similar se presentó con ocasión de la Ley 1530 de 2012, que la Corte Constitucional resolvió mediante sentencia C-068 de 2013 en los siguientes términos:

“La Corte verificó que las entidades gubernamentales cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades tradicionales el proyecto de ley de regalías, acorde con el principio de la buena fe y de manera libre e informada, con el propósito de que éstas pudieran participar e intervenir activamente en la redacción final de su articulado, al tiempo que **constató la renuencia a participar y la decisión autónoma por parte de los pueblos indígenas de apartarse del proceso**, con fundamento en varias razones que –más allá de la especial protección que demandan del Estado– exteriorizan su derecho a decidir sobre sus prioridades y estrategias de desarrollo.

Para este Tribunal, no cabe duda de que el Gobierno Nacional está obligado a propiciar espacios efectivos y razonables de participación en los asuntos que afectan directamente a las comunidades indígenas. **Sin embargo, si no se llega a un acuerdo o el mismo se frustra por la decisión autónoma de dichos pueblos, no existe razón para frenar el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general**, como ocurre con las regalías, y en las que se dispuso por el Constituyente obligaciones concretas de actuación con el fin de realizar precisos objetivos constitucionales. **No sobra recordar que el derecho a la consulta previa no es absoluto, y que tampoco las comunidades tradicionales tienen un poder de veto”** (Corte Constitucional, sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, negrita fuera del original).

En el presente caso, es preciso referir que los miembros del ENCP han venido incumpliendo su deber como autoridades o instituciones étnicas en representación de todas las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país, mandato que les fue otorgado en


virtud de la sentencia T-576 de 2014 y el auto de cumplimiento A-392 de 2016. Así las cosas es claro para el Gobierno Nacional advertir que se han brindado todas las garantías, que se ha actuado de buena fe y se han adelantado una serie de actividades por un espacio alrededor dos años, con el ánimo de lograr la concertación y llegar a un acuerdo con el Espacio Nacional de Consulta Previa para una ruta metodológica que permita consultar el proyecto de iniciativa legislativa *"Por medio del cual se adopta el procedimiento administrativo de Consulta Previa, se ordena la creación de la Unidad de Consulta Previa en el Ministerio del Interior y se ordenan otras disposiciones"*; sin que se hayan obtenido actos de buena fe y muestras de querer avanzar por parte de los delegados, por el contrario, no se ha observado ese deber de corresponsabilidad en la necesidad de lograr la regulación del derecho fundamental a la consulta previa de tanta relevancia para las mismas comunidades étnicas.

En este sentido, el Gobierno Nacional desprovisto de toda arbitrariedad y consciente de que ha desplegado en los últimos dos (2) años una cantidad considerable de recursos físicos y económicos, así como los espacios de diálogo y concertación necesarios para mostrar la voluntad de llegar a un acuerdo, los cuales han sido condicionados repetidamente por los delegados del Espacio Nacional de Consulta Previa por circunstancias ajenas al mismo; el Ministerio del Interior, insta a que se discuta el proyecto de iniciativa legislativa *"Por medio del cual se adopta el procedimiento administrativo de Consulta Previa, se ordena la creación de la Unidad de Consulta Previa en el Ministerio del Interior y se ordenan otras disposiciones"* y que los representantes de las comunidades cesen la intención de renuncia así intenten dejar constancia de que no han incurrido en renuncia, puesto que no existen garantías para continuar desplegando la voluntad de llegar a un acuerdo en una ruta metodológica para el proyecto referido; no sin antes mencionar que el Gobierno Nacional siempre ha estado y quedado abierto al diálogo y a promover la participación de la comunidades étnicas.

Cordialmente,



GUILLERMO RIVERA FLÓREZ
Ministro del Interior

Elaboró: Reineiro Galeano - German H. Medellín 
Revisó: Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso, Jefe Oficina Asesora Jurídica
Aprobó: Eduardo Garzón Torres - Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos 