

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY

“Por la cual se adopta el procedimiento administrativo de consulta previa, se ordena la creación de la Unidad para la Consulta Previa en el Ministerio del Interior, y se dictan otras disposiciones”

Importancia del proyecto

El Gobierno Nacional presenta a la consideración del Congreso de la República el proyecto de Ley No..... de 2017 *“Por la cual se adopta el procedimiento administrativo de consulta previa, se ordena la creación de la Unidad para la Consulta Previa en el Ministerio del Interior, y se dictan otras disposiciones”*. Esta iniciativa legislativa es necesaria para garantizar la implementación de un procedimiento uniforme que contribuya a la protección de los derechos de las comunidades étnicas y al desarrollo económico, social y político de nuestro país. Al mismo tiempo, es un proyecto indispensable para superar la inseguridad jurídica que impera actualmente por razón de la inexistencia de reglas procedimentales claras en materia de consulta previa, lo cual genera un incremento en los costos de los proyectos de ley y de actos administrativos, y aumenta también los costos de transacción de las obras, proyectos y actividades que se llevan a cabo dentro del territorio nacional.

El derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas es un pilar esencial de los Estados democráticos que se precian de contar con sociedades multiculturales. A través del ejercicio de la consulta previa las comunidades indígenas y tribales tienen la oportunidad de exponer sus puntos de vista sobre el diseño e implementación de las políticas públicas del Estado, y de los proyectos, obras y actividades sociales y económicas que se desarrollan en sus territorios, lo cual garantiza el reconocimiento y el respeto de la diversidad étnica y cultural.

El Convenio 169 de 1989 de la OIT es el instrumento internacional que sistematiza los principios y consagra los derechos que los Estados democráticos deben garantizar a las comunidades étnicas. La parte considerativa de dicha norma incluye como objetivos esenciales de los Estados la reafirmación de la identidad de comunidades indígenas y tribales, y su derecho a participar en la determinación de su desarrollo económico, social, cultural y político.

El artículo 6° del Convenio 169 de la OIT consagra dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales. De un lado, impone al

Estado el deber de no discriminar a las comunidades étnicas en el acceso de los medios de participación. De otro, el literal a) del artículo 6° establece el deber de consulta respecto de las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos, así:

“Artículo 6.

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

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

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

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

A su vez, el artículo 15 reconoce que las comunidades étnicas tienen derechos sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. Dicha norma también impone una obligación de consultar previamente a las comunidades étnicas cuando el Estado o los particulares tengan planes de afectar los recursos naturales en sus territorios, así:

“Artículo 15.

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

El Estado colombiano, fiel a su carácter pluriétnico y multicultural, ha dado muestras totales de su voluntad de cumplir con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT para asegurar la protección de la integridad cultural de las comunidades étnicas que habitan en el territorio nacional. Colombia es pionera en la protección de los derechos de las comunidades indígenas y tribales, es por ello que incorporó el Convenio 169 a la legislación interna a través de la Ley 21 de 1991, convirtiéndose en el tercer país en ratificar el tratado, después de México y Noruega.

Como se indicó previamente, el Convenio 169 de la OIT busca proteger la autodeterminación, participación y la subsistencia de las comunidades indígenas entre los Estados signatarios. Esta finalidad requiere, a su vez, el reconocimiento y la protección de la cultura como elementos esenciales para la supervivencia de las comunidades étnicas. En este sentido, la consulta previa procede cuando: el Estado pretenda adoptar leyes o actos administrativos (artículo 6.1.a), planes y programas de desarrollo (artículo 7.1) susceptibles de afectar a las comunidades indígenas o tribales de manera directa, y cuando aquel sea propietario de los recursos naturales del subsuelo, o tenga derechos sobre las tierras que dichas comunidades habitan o utilizan (artículo 15.2).

El ordenamiento jurídico colombiano también reconoce de manera explícita la importancia de la protección de la riqueza cultural de la Nación. El artículo 7° de la Constitución Política garantiza el carácter pluriétnico de la Nación colombiana a través de la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Por otro lado, el parágrafo del artículo 330 de la Constitución ordena al gobierno propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios.

La Corte Constitucional también considera que el carácter pluricultural del Estado colombiano se refleja a través de los mecanismos de participación de las comunidades étnicas. Así, a través de la Sentencia SU-039 de 1997, determinó que la consulta previa es un derecho constitucional fundamental innominado. Para llegar a esta conclusión incorporó el Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad por vía del artículo 93 de la Carta, conforme al cual los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia prevalecen en el orden interno:

“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas

a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.”

Actualmente no existe una normativa que defina las reglas específicas del procedimiento que deben llevar a cabo las agencias del Estado para consultar los proyectos de ley o de acto administrativo, y los particulares cuando pretendan adelantar proyectos, obras y actividades en los territorios de las comunidades étnicas, pese a que la consulta previa fue reconocido como un derecho fundamental por la Sentencia SU-039 de 1997. Si bien la Ley 21 de 1991 incorporó el Convenio 169 de la OIT al ordenamiento jurídico colombiano, dicha no establece reglas de procedimiento para llevar a cabo las consultas.

La falta de una ley de consulta previa que señale el procedimiento con que éstas se deben desarrollar ha generado una profunda inseguridad jurídica a entre quienes las efectúan y quienes tienen el derecho a ser consultados. Esta situación ha conllevado a que sean los jueces quienes definan cómo se debe llevar a cabo el procedimiento de la consulta previa.

Pese a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado el derecho de la consulta previa, subsiste incertidumbre sobre la manera en que éstas deben llevarse a cabo entre agencias del gobierno, empresarios y las mismas comunidades indígenas, debido a la inexistencia de una línea constante sobre este derecho. A su vez, la aplicación de los criterios diseñados por la Corte por parte de los jueces de tutela dista de ser uniforme en cada caso concreto. De esta forma, el diseño de los procedimientos de consulta previa a cargo de cada juez puede generar una vulneración del principio de equidad.

Esta judicialización del derecho a la consulta previa en Colombia ha sido puesta en evidencia por la Organización Internacional del Trabajo. En efecto, la Oficina Regional de la Organización Internacional del Trabajo para América Latina y el Caribe subrayó que la inexistencia de unas reglas de procedimiento claras y uniformes en materia de consulta previa impide que se genere un clima de confianza entre los inversionistas del sector privado. La institución indicó:

“El estudio realizado para Colombia establece que la falta de un instrumento normativo con fuerza de ley que se ocupe exclusivamente de detallar aspectos sumamente importantes de los procesos de consulta, es una dificultad relevante, aun

cuando la jurisprudencia constitucional ha ido llenando algunos vacíos importantes sobre criterios y lineamientos mínimos para efectuar la consulta previa. De esta forma el estudio señala que “la latente posibilidad de variación de la jurisprudencia, así como la implementación de nuevas políticas estatales o los posibles cambios de concepción o de interpretación al interior de los organismos del Estado encargados de liderar los procesos de Consulta Previa” constituyen incertidumbres de peso para la inversión del sector privado.”¹

Ahora bien, la judicialización de los procedimientos de consulta ha generado un aumento significativo de los costos de transacción para las partes en proyectos económicos, además de implicar un desgaste innecesario del aparato judicial. Por un lado, los procedimientos de consulta pueden tardar meses o años, lo que impide que las comunidades étnicas tengan garantizados sus derechos en un plazo razonable y que el Estado y los empresarios tengan seguridad jurídica para adoptar decisiones económicas de inversión. Por otro lado, es notoria la congestión judicial en los despachos del país, la cual se agrava con la existencia de constantes procesos judiciales de consulta previa que los jueces no pueden atender.

Aunado a lo anterior, la falta de normas específicas que regulen los procedimientos de consulta previa ha repercutido en la inconstitucionalidad de varias leyes nacionales. En la Sentencia C-030 de 2008 la Corte Constitucional estableció que la falta de consulta previa de una ley que afecte de manera directa y específica a los pueblos y comunidades indígenas constituye un vicio de constitucionalidad que la hace susceptible de una declaratoria de inexecutable. Desde entonces al menos diez leyes han sido declaradas inexecutable o su executable ha sido condicionada por falta de consulta previa. Así, importantes proyectos para el desarrollo de la Nación, como la Ley 1021 de 2006 “*Por la cual se expide la Ley General Forestal*”, y la Ley 1152 de 2007, “*por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones*”, entre otras, fueron declaradas inexecutable por violación del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, consagrado en el Convenio 169 de la OIT.

Desde 1997, diferentes gobiernos han intentado incorporar reglas de procedimiento para llevar a cabo la consulta previa. El Gobierno Nacional ha

¹ Al respecto, ver el “Reporte Regional Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile, Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión.” Obtenido en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf

realizado evidentes esfuerzos por garantizar los derechos a las partes a través de actos administrativos que contienen parámetros para la protección de los derechos involucrados. La Directiva Presidencial No. 10 de 2013 contiene una guía para la realización de las consultas en los territorios de las comunidades étnicas, e incorpora los principios delineados en el Convenio 169 de la OIT y en la jurisprudencia constitucional. La directiva establece varias orientaciones dirigidas a los funcionarios y empleados del gobierno sobre el procedimiento de consulta, e incluye las fases del proceso tal como las ha consagrado la jurisprudencia (preconsulta y consulta propiamente dichas) y establece las obligaciones y deberes de los funcionarios públicos involucrados en dichos procesos. La Directiva No. 10 de 2013 ha generado efectos positivos, como es el caso de la reducción drástica de los tiempos para la realización de la consulta. Sin embargo, aún persisten los inconvenientes provenientes de la ausencia de una legislación detallada sobre los procesos. La Organización Internacional del Trabajo se refirió a los altos costos provenientes de la falta de certidumbre de un procedimiento administrativo claro en materia de consulta previa. Dicha institución indicó:

“En Colombia, antes del 2014 los procesos de consulta se extendían en promedio por más de 2 años, pero luego de la dictación de la directiva presidencial el año 2013, se logró avanzar en la implementación de procesos más eficientes, destacando 16 que a la fecha los procesos de consulta en promedio se extienden por 8 meses. En relación a los costos, el estudio realizado para Colombia, evaluó el costo de estos procesos considerando tanto los costos explícitos (costos logísticos, costos de recursos humanos, costos de consultorías) y los costos implícitos (costo oportunidad por el retraso del proyecto a causa de la consulta previa). En particular el modelo presupuestal empleado estima que en promedio la demora de un proceso de Consulta Previa complejo le puede generar un sobrecosto aproximado a un proyecto de USD 600 mil dólares mensuales aproximadamente, incluyendo costos implícitos y explícitos, sin importar el tipo o naturaleza del proyecto. En estos costos si bien se consideran costos inherentes a la logística necesaria para poner en marcha los procesos de Consulta Previa, también consideran que en algunos casos se ha hecho necesario suscribir contratos con terceros que llegan en promedio a USD 176.000. Finalmente, en el caso de Colombia se indica que en promedio, a causa del desarrollo de un proceso de consulta, el Estado gasta aproximadamente USD 5.000 mensuales por cada consulta por proyecto, considerando viajes, logística interna de los funcionarios del Estado, entre otros.”²

La ausencia de un procedimiento administrativo claro y general para todos los procesos de consulta previa ha aumentado exponencialmente los costos de los proyectos económicos que se realizan en territorios de comunidades étnicas, los cuales son asumidos tanto por el Estado como por los empresarios privados. Esta

² Ibid.

inseguridad jurídica impacta directamente la inversión en el territorio colombiano, por razón de los altos riesgos de retrasos y sobrecostos en. La ausencia de una regulación específica y detallada del proceso de consulta previa impide que el país atraiga mayor inversión extranjera, puesto que existen países en la región con una mayor claridad en los procedimientos, como es el caso de México, Chile y Perú.

Una regulación adecuada del procedimiento de consulta previa debería respetar tanto los derechos fundamentales a la integridad cultural, a la autonomía, y al territorio de las comunidades étnicas, como los derechos e intereses legítimos de quienes pretendan desarrollar obras, proyectos y actividades de desarrollo, o expedir leyes o actos administrativos susceptibles de afectar a las comunidades étnicas.

En conclusión, el Estado colombiano se encuentra en mora de diseñar un procedimiento que permita a las partes en los procesos de consulta armonizar los derechos e intereses, y llegar a puntos de encuentro en la mayor medida posible. Colombia ha probado su voluntad de garantizar los derechos de sus pueblos étnicos, lo cual queda demostrado con la realización de más de siete mil procesos de consulta desde el año 1995. No obstante, es necesario que exista un marco de regulación del procedimiento, una legislación que establezca con claridad las etapas y actuaciones que las partes deben llevar a cabo en el transcurso del proceso para garantizar los derechos y las posibilidades de acuerdos entre las partes. El proyecto de ley que se presenta a consideración recoge y desarrolla las reglas constitucionales en materia de consulta previa para brindar certeza y seguridad jurídica a todos los actores involucrados. Esperamos que el presente proyecto de ley propenda por la claridad, la transparencia y el entendimiento recíproco en los procedimientos de consulta.

II. Alcance del proyecto

El proyecto de ley busca establecer el procedimiento administrativo de consulta previa con fundamento en la regulación del derecho fundamental consagrada en la Ley 21 de 1991. De esta forma, el Gobierno pretende brindar seguridad jurídica a las comunidades étnicas y a los interesados en expedir normas jurídicas y en ejecutar obras, proyectos y actividades.

Es importante decir que la finalidad del proyecto de ley no es regular el derecho fundamental a la consulta previa, pues este derecho ya fue regulado mediante la

Ley 21 de 1991, que aprobó el Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas. Como se indicó en el acápite precedente, por medio de la Ley 21 de 1991 Colombia adoptó dicho tratado, el cual contiene, entre otras, los elementos estructurales del derecho a la consulta previa. Esta precisión respecto del alcance del presente proyecto de ley es importante, pues siendo la consulta previa un derecho fundamental, a pesar de ser un derecho innominado no contenido expresamente en los capítulos sobre derechos fundamentales, es necesario establecer que no tiene reserva de ley estatutaria. Para ello es necesario recordar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, no toda regulación de un derecho fundamental está sujeta a reserva de ley estatutaria. La Corte ha dicho al respecto que la competencia general la tiene el legislador ordinario, y que el legislador estatutario tiene una competencia limitada. Conforme a la Sentencia C-756 de 2008, que recoge la jurisprudencia existente y ha sido citada por la misma Corte en incontables oportunidades, en materia de derechos fundamentales la competencia del legislador estatutario está circunscrita por las siguientes cinco reglas:

*“(i) La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario; (ii) La regulación estatutaria u ordinaria no se define por la denominación adoptada por el legislador, sino por su contenido material (...). En consecuencia, el trámite legislativo ordinario o estatutario será definido por el contenido del asunto a regular y no por el nombre que el legislador designe; (iii) Mediante ley estatutaria se **regula únicamente el núcleo esencial del derecho fundamental**, de tal forma que si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria; (iv) Las **regulaciones integrales de los derechos fundamentales** debe realizarse mediante ley cualificada y, (v) Los **elementos estructurales esenciales del derecho fundamental** deben regularse mediante ley estatutaria. De esta forma, es claro que la regulación puntual y detallada del derecho corresponde al legislador ordinario”*

La presente ley no regula aspectos que hagan parte del núcleo esencial del derecho a la consulta previa, ni lo regulan de manera integral, ni regulan sus elementos estructurales esenciales. Sólo regula el procedimiento administrativo, de conformidad con los elementos estructurales ya establecidos en la Ley 21 de 1991. Para ver cómo ello es así, vale la pena hacer una breve reseña de los elementos básicos del derecho a la consulta previa que define la Ley 21 de 1991.

En efecto, el artículo 1º en concordancia con los artículos 6.1 a), 7.1 y 15.2 del convenio establece quiénes son los titulares del derecho a la consulta previa, y consagra los elementos mediante los cuales los Estados partes deben identificar a dichos titulares. Así, es claro que son los pueblos y comunidades indígenas y tribales quienes son los titulares del derecho a la consulta previa. Es decir, de conformidad con el tratado se trata de un derecho colectivo que tiene como

objetivo la protección de la integridad étnica y cultural de dichos pueblos, y el mejoramiento de las condiciones de vida de la colectividad. Por lo demás, el mismo tratado contiene unos parámetros generales para establecer qué pueblos son indígenas y tribales, y unos criterios objetivos y subjetivos a partir de los cuales los Estados los deben identificar.

Adicionalmente, el convenio establece las condiciones para el ejercicio del derecho a la consulta previa. Por tratarse de un derecho colectivo cuyos titulares son los pueblos y no los individuos, también el mismo artículo 6.1 a) del tratado establece que no cualquiera puede ejercer este derecho a nombre de la colectividad. El derecho a la consulta previa deben ejercerlo los legítimos representantes de los pueblos y comunidades o, en los términos del lenguaje utilizado en el convenio, deben ejercerlo sus “instituciones representativas”. De tal modo, el Estado debe llevar a cabo la consulta con estas instituciones, y no con miembros del pueblo o comunidad que no la representen.

En relación con el contenido del derecho, el convenio consagra tres principios del procedimiento de consulta. Aun así, el convenio no establece requisitos especiales que se deban cumplir dentro del procedimiento de consulta previa. Por el contrario, le otorga a los Estados parte un nivel amplio de flexibilidad para adoptar las medidas establecidas en el mismo convenio de conformidad con sus circunstancias. Sin embargo, sí consagra tres principios básicos que se encuentran protegidos como parte del derecho. Estos tres principios son: a) las partes deben llevar a cabo el procedimiento de buena fe, b) el procedimiento debe ser apropiado a las circunstancias, y c) la consulta debe llevarse a cabo con el objetivo de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento de los pueblos.

Por otra parte, en relación con el alcance del derecho, el Convenio también trae un parámetro para establecer cuándo deben llevarse a cabo los procedimientos de consulta previa. En primer lugar, conforme al artículo 6, deben realizarse cuando un proyecto de ley o de acto administrativo sea susceptible de afectar a estos pueblos de manera directa. El artículo 7 dispone lo mismo frente a los planes y programas de desarrollo nacional o regional. Finalmente, el artículo 15.2 ordena que se realicen tales consultas cuando el Estado sea dueño de los recursos naturales del subsuelo o tenga derechos sobre recursos que se encuentren sobre sus tierras, y pretenda explotarlos. En esta última categoría entra la obligación de llevar a cabo consultas previas cuando se ejecuten obras, proyectos y actividades sobre los territorios de estos pueblos.

Ahora bien, en relación con el alcance del derecho a la consulta previa frente a la explotación de recursos naturales el Convenio también define qué se debe entender como “tierras” de los pueblos y comunidades consultados. Por un lado, el artículo 13 afirma que el concepto de tierras cobija al de territorios, y define qué son territorios en el sentido particular en que el convenio usa el término. Así mismo, el artículo 13 aclara que el Convenio no sólo protege los predios formalmente titulados en cabeza de los pueblos indígenas y tribales, sino todos aquellos que éstos ocupan o utilizan de algún modo para sus actividades tradicionales o de subsistencia.

En cuanto al alcance del derecho en relación con algunos proyectos, obras y actividades, el artículo 16.2 del Convenio ordena que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos afectados por proyectos que requieran su reasentamiento. Así mismo, ordena que los pueblos sean indemnizados por los daños producidos como consecuencia del reasentamiento o de otras afectaciones que sufran como consecuencia de un proyecto, obra o actividad que se lleve a cabo en su territorio. Finalmente, el artículo 6.2 ordena que dichos pueblos deben percibir los beneficios de la explotación de los recursos naturales que se lleven a cabo en sus territorios.

En vista de lo anterior, es necesario concluir que los elementos estructurales del derecho a la consulta previa, como lo pueden ser la titularidad del derecho, las condiciones para su ejercicio, su contenido, y alcance, están reguladas de manera integral en la Ley 21 de 1991.

Esta ley está dirigida a regular el procedimiento administrativo de consulta previa, que como la Corte Constitucional lo ha sostenido reiteradamente, no es un fin en sí misma, sino un medio para proteger otros derechos, como la integridad cultural, la autonomía y la identidad. Al respecto, en la Sentencia T-737 de 2005, aquella Corporación sostuvo:

“Los procesos de consulta previa no son fines en sí mismos, sino medios para asegurar la protección de la supervivencia colectiva, la integridad cultural, los intereses comunitarios y los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes.”

Con el presente proyecto el Gobierno pretende formular un marco normativo detallado y específico para darle uniformidad a los procedimientos de consulta previa que se vienen desarrollando en ausencia de un marco normativo general. La aplicación de la ley propuesta le dará homogeneidad a los requerimientos

procedimentales para garantizar el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa que ya se encuentran regulados en otras normas jurídicas. En este sentido, el proyecto de ley se asemeja a una codificación de las reglas de procedimiento que deben observarse en los procesos de consulta previa.

El texto del proyecto armoniza con el planteamiento que acabamos de exponer. El artículo 1° del proyecto de ley indica que su objetivo es establecer un procedimiento administrativo de consulta previa. En este sentido, la norma no crea, modifica o suprime el derecho fundamental a la consulta, sino que incluye pautas procesales para su ejecución. Veamos lo que indica el artículo 1°:

“Artículo 1. La presente ley establece el procedimiento administrativo especial de consulta previa y ordena crear la Unidad para la Consulta Previa, en adelante UCP, como dependencia en el Ministerio del Interior, con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, encargada de adelantar este procedimiento.”

El texto del proyecto también reconoce que la regulación del derecho fundamental a la consulta previa se encuentra consagrada en la Ley 21 de 1991, y que por lo tanto, no se pretende superponer una nueva regulación a la mencionada norma. De esta manera, el artículo 7° reitera que el Gobierno Nacional tiene la obligación de garantizar el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa regulado en la Ley 21 de 1991. En el artículo consta:

“ARTICULO 7. DIRECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO. El gobierno colombiano garantizará el ejercicio efectivo del derecho fundamental colectivo a la consulta previa regulado en la Ley 21 de 1991, a través del procedimiento de consulta previa que estará dirigido por la Unidad para la Consulta Previa, UCP, del Ministerio del Interior.”

Asimismo, el artículo 2° expresamente refiere que la regulación del derecho fundamental a la consulta previa se encuentra en la Ley 21 de 1991 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema. De esta manera, el proyecto de ley se limita a organizar los principios y reglas ya consignados en dichas normativas y desarrollados por el juez constitucional. El proyecto dice lo siguiente:

“ARTICULO 2. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA. Conforme a lo establecido en el numeral 2° del artículo 6° de la Ley 21 de 1991, la consulta previa tiene como objeto procurar un acuerdo entre los interesados en la ejecución de proyectos, obras y actividades, en adelante POAs, o en expedir leyes o actos administrativos de carácter general y los pueblos y comunidades indígenas, Rom, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.”

*Sin embargo, salvo las **excepciones establecidas en la jurisprudencia constitucional, y contempladas en la presente ley**, no es indispensable que dichas partes lleguen a acuerdos para que se cumpla el objeto del procedimiento.”*

Así, queda claro que el proyecto de ley que se somete a aprobación del Honorable Congreso de la República contiene una organización de normas procedimentales de carácter administrativo para hacer efectivas las garantías contenidas en la Ley 21 de 1991 y desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, éste no regula el derecho fundamental a la consulta previa en sí.

Ahora bien, la materia del presente proyecto de ley se ajusta a las facultades generales del Congreso de la República para expedir leyes ordinarias. Es importante recordar que la facultad que tiene el Congreso de la República para codificar o sistematizar la ley se encuentra contenida en la cláusula general de competencia conferida a este órgano legislativo a través del artículo 150 de la Constitución Política. El numeral 2° expresamente señala que dicho órgano legislativo tiene la potestad de expedir códigos en todos los ramos de la legislación, así:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.”

La Corte Constitucional ha reiterado que la expedición de códigos se realiza a través del procedimiento previsto para las leyes ordinarias incluso de aquellos relacionados con derechos fundamentales (como el Código Penal, en materia de libertad personal; o los Códigos de Procedimiento, relacionados con el debido proceso y acceso a la administración de justicia). Para la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional, la competencia del legislador ordinario sería inocua si se le exigiesen mayores requisitos para la sistematización o codificación de leyes. Veamos la opinión de la Corte Constitucional al respecto en la Sentencia C-013 de 1993:

*“Ahora bien, como se menciona en la transcripción del Informe-Ponencia, las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos. **Esto no supone que toda regulación en la cual se toquen aspectos relativos a un derecho fundamental deba hacerse por vía de ley***

estatutaria. De sostenerse la tesis contraria, se vaciaría la competencia del legislador ordinario. La misma Carta autoriza al Congreso para expedir, por la vía ordinaria, códigos en todos los ramos de la legislación. El Código Penal regula facetas de varios derechos fundamentales cuando trata de las medidas de detención preventiva, penas y medidas de seguridad imponibles, etc. Los Códigos de Procedimiento sientan las normas que garantizan el debido proceso. El Código Civil se ocupa de la personalidad jurídica y de la capacidad de las personas. En resumen, mal puede sostenerse que toda regulación de estos temas haga forzoso el procedimiento previsto para las leyes estatutarias”

Recientemente, la Corte Constitucional reiteró que el Legislador tiene la potestad de expedir códigos en virtud de la cláusula general de competencia. El máximo órgano de la jurisdicción constitucional subrayó que el trámite de este tipo de leyes es el de una ley ordinaria, y que por lo tanto, no deben exigirse requisitos adicionales en el análisis de constitucionalidad. La Sentencia C-007 de 2017 indicó:

“Por último, cabe señalar que en materia de códigos el artículo 150-2 otorga expresamente al Legislador ordinario esta competencia. En esa dirección, esta Corporación ha sido uniforme al reiterar que, en principio, el trámite que les corresponde es el de una ley ordinaria y no el especial de una ley estatutaria, a pesar de que este tipo de normativa regule temas relacionados con derechos fundamentales y la administración de justicia, dos de las materias previstas por la Constitución Política en el artículo 154 para ser aprobados mediante el trámite cualificado. De ahí que se haya concluido que al Congreso le corresponde expedir códigos en todas las ramas de la legislación mediante leyes ordinarias, como regla general”.

El presente proyecto de ley regula el procedimiento de consulta previa en forma detallada, pero no incluye alguna limitación, ampliación o modificación sustancial del núcleo del derecho fundamental en sí. En este sentido, su naturaleza es similar a los códigos de procedimiento, por cuanto incluye en un mismo cuerpo normativo las normas y principios que han sido adoptadas por el Estado colombiano en diferentes normativas, pero que han sido objeto de una aplicación dispar por parte de los jueces de la República. En consecuencia, el presente proyecto guarda las características de una ley ordinaria y por lo tanto, no deberán exigirse requisitos adicionales para su trámite.

III. Arreglo Institucional; Creación de la Unidad de Consulta Previa, Fondo Especial para la Consulta Previa y Tasas.

En 2011 mediante el Decreto 2893 del mismo año, fue creada la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la cual está conformada por quince

(15) funcionarios de planta, y se apoya para el desarrollo de sus labores en un importante número de contratistas.

De acuerdo con el artículo 16 del mencionado Decreto las funciones de la Dirección de Consulta Previa, se enfocan en cinco aspectos: La dirección y coordinación interinstitucional de la consulta previa; la dirección y asesoramiento para la generación de política pública en el mismo tema para lo cual desarrolla diversas herramientas y metodologías así como propone iniciativas normativas; la expedición de certificaciones de existencia de comunidades, para lo cual compila y analiza la información procedente de diversas entidades sobre comunidades y pueblos étnicos y realiza visitas de verificación en campo; finalmente el seguimiento a compromisos y el manejo de crisis sociales derivados del proceso de consulta previa.

Para cumplir sus funciones la Dirección se ha organizado por áreas, las cuales se encargan de tareas específicas dentro de la gestión necesaria para el desarrollo de la consulta previa, estas áreas son: de certificaciones, de gestión de la consulta previa, jurídica, de capacitación, asesoría y asistencia técnica, y finalmente área de recursos. De esta manera la Dirección actúa con un alto grado de autonomía e independencia, y ha generado las capacidades necesarias para desarrollar todas las actividades requeridas la materialización de la consulta previa.

No obstante lo anterior, persisten dificultades y debilidades institucionales que es preciso superar:

AREA	DEBILIDADES Y DIFICULTADES
Certificaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Continuos reprocesos por diversas causas: deficiencia de la información, cambio en las condiciones del POA por el interesado, órdenes judiciales, entre otras.
Gestión	<ul style="list-style-type: none"> • Dificultad de estandarizar tiempos y desplazamientos debido a la diversidad de los territorios. • Deficiencias en la logística • Deficiente capacidad frente al incremento de las solicitudes de consulta desde 2011. • Dificultad de la coordinación interinstitucional • Reprocesos por órdenes judiciales
Jurídica	<ul style="list-style-type: none"> • Dificultades para la práctica de pruebas en terreno • Alto número de tutelas y PQRs • Necesidad de mejorar el manejo del archivo para facilitar la defensa judicial
Recursos	<ul style="list-style-type: none"> • Dependencia de los convenios para todas las acciones de apoyo a la gestión: contratación de recurso humano, desplazamiento a terreno (tiquetes y viáticos) suministro de insumos básicos, de puestos de trabajo y equipos de cómputo.
Capacitación, asesoría y asistencia técnica	<ul style="list-style-type: none"> • Imposibilidad de poner en marcha propuestas de capacitación, asesoría y asistencia por la falta de recursos.

Finalmente es preciso anotar que la falta de recursos de funcionamiento afecta la operación de todas las áreas, y genera acumulación y retraso en los procesos de

consulta previa. El poder contar con otras fuentes de recursos mejoraría además las capacidades institucionales por ejemplo de manejo de información, lo cual disminuiría los reprocesos y los tiempos de respuesta.

Justificación del arreglo Institucional que propone el Proyecto

Con el objeto de mejorar la capacidad institucional del Estado para la consulta previa el proyecto incluye varias iniciativas así:

- 1) El fortalecimiento de la autonomía y capacidades de la Dirección, incluyendo una ampliación de sus funciones y su transformación en la Unidad de Consulta Previa,
- 2) La creación de un fondo que permita una financiación estable y permanente de la consulta previa,
- 3) La creación de dos tasas que financien la gestión de la consulta previa,
- 4) La definición de costos de la consulta a cargo del interesado en la misma.

Creación de la Unidad de Consulta Previa: La figura jurídica con la cual se recomienda estructurar la Unidad de Consulta Previa corresponde a la creación de una dependencia interna del Ministerio con autonomía administrativa y financiera pero sin personería jurídica, de acuerdo a lo indicado en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, sobre los principios y reglas generales con sujeción a las cuales el Gobierno Nacional puede modificar la estructura de los ministerios, que desarrolla la competencia del Presidente de la República conforme a las previsiones del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política.

Es decir que una vez expedida la ley de consulta previa se requerirá de un Decreto que concrete en todos sus elementos la creación de la UCP, de conformidad con lo establecido en el literal j del artículo 54 de la Ley 489 de 1988 que dice: **“j. Se podrán fusionar, suprimir o crear dependencias internas en cada entidad u organismo administrativo, y podrá otorgárseles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica”.**

Para avanzar en la coordinación institucional y el establecimiento de prácticas estandarizadas se propone: primero, una redistribución de funciones con la cual la Unidad asumiría la solución de conflictos de representatividad, el registro y reconocimiento de comunidades y pueblos étnicos, y la consulta previa de las medidas de carácter general, funciones que actualmente se encuentran en cabeza de otras Direcciones del Ministerio del Interior. En segundo lugar se crean nuevos instrumentos: el certificado de procedibilidad y el sistema de información denominado Registro Único Nacional de Etnias – RUNE.

Creación del Fondo Especial para la Consulta Previa: el objetivo es contar con un mecanismo más transparente y eficaz para el recaudo y gestión de recursos para la consulta previa. Actualmente la gestión de la consulta previa depende de convenios entre las entidades del gobierno responsables de la

estructuración de proyectos de inversión estratégicos y el Ministerio. Lo cual hace dispendiosa y lenta la gestión de los recursos, además no garantiza un flujo continuo y acorde a las necesidades de cada proceso, sino a las capacidades de cada entidad interesada. El fondo manejado directamente por la Unidad sería un mecanismo que fortalecería su ejecución y gestión de recursos.

Creación de tasas para la consulta previa: Se propone la creación de dos tasas, la tasa por la expedición de la certificación de presencia de comunidades y la tasa por la realización de la consulta previa, cada una de ellas referida a momentos diferentes durante el proceso de la consulta previa. Esto en desarrollo del mandato artículo 338 de la CP que permite a las autoridades establecer tasas para recuperar los costos de los servicios que presten o como participación en los beneficios que proporcionen a los contribuyentes de las mismas. La propuesta establece los elementos exigidos por la Constitución y deja a la Unidad la responsabilidad de fijar la tarifa de la tasa.

Las tasas propuestas sirven como mecanismos de financiación estandarizados que facilitan una proyección costos acorde a las necesidades de cada caso según parámetros que se definen en la propuesta y no de los interesados en la consulta. Pues actualmente al depender la consulta de convenios interinstitucionales su trámite se relaciona con la relevancia y prioridad de los proyectos para cada entidad o sector interesado.

Determinación de costos a cargo del interesado en la consulta: la propuesta también establece claramente cuáles son los costos asociados a la consulta que no se encuentran cubiertos por las tasas y que deben ser asumidos por el interesado en la consulta.

En conclusión el fortalecimiento de la institucionalidad responsable de la consulta previa se justifica desde diversos aspectos, como: Superar la asimetría entre los ejecutores de proyectos que genera a su vez, asimetría en el acceso y resultado de la consulta; dar un reconocimiento institucional de mayor nivel a la Consulta previa con la creación de la Unidad; mejora la administración y generación de información: RUNE; mejora y hace; mejora la trazabilidad y la transparencia en la financiación y manejo de los recursos requeridos para la consulta mediante la creación del fondo y las tasas; en general mejora la capacidad institucional de ejecución y respuesta sobre el tema al hacer más eficaz la gestión de la consulta.

IV. El proyecto de ley

Con base en las consideraciones expuestas, a continuación se presentan los principales temas desarrollados en el proyecto de ley:

El **primer título** se encarga de regular el objeto y alcance de la ley, y provee

unas definiciones esenciales en el marco de los procedimientos de consulta previa. Este título, a su vez, se encuentra subdividido en tres capítulos, los cuales se explicarán en detalle a continuación.

El primer capítulo brinda una aproximación general al objeto de la ley y provee algunas consideraciones preliminares contenidas en las normas que regulan el derecho a la consulta previa. El artículo 6° define varios de los términos utilizados en los procedimientos administrativos de consulta, los cuales brindan un marco conceptual tanto para las comunidades como para los operadores jurídicos encargados de llevar a cabo las consultas.

Por otro lado, el artículo 2° establece que el objeto del procedimiento de consulta es la búsqueda de un acuerdo entre los interesados en la ejecución de proyectos, sin que ello implique un derecho de veto; el artículo 3° señala que las comunidades indígenas y tribales son los titulares del derecho fundamental a la consulta previa; el artículo 4° menciona que la consulta previa se ejerce a través de las instituciones representativas de las comunidades en los casos en que puedan verse afectados por una medida legislativa o proyecto económico en sus territorios (artículo 5°). Igualmente, el artículo 7° establece la obligación del Gobierno Nacional de liderar los procesos de consulta con las comunidades étnicas que ocupan el territorio nacional. Todas estas disposiciones refieren los desarrollos que tanto la Ley 21 de 1991 como la Corte Constitucional han realizado sobre el derecho a la consulta previa.

El segundo capítulo desarrolla el ámbito de aplicación y los principios de la ley, los cuales están en consonancia con los principios del Convenio 169 de la OIT, a saber, buena fe, bilingüismo, interculturalidad, preservación de la integridad cultural, armonización de los derechos de las comunidades contenidos en otras normativas, razonabilidad y proporcionalidad en las actuaciones del Estado, participación, equidad, y el carácter colectivo de la consulta previa. En este acápite del proyecto también se reseñan las características de los pueblos y comunidades indígenas, negras, raizales, palenqueras y ROM, y se indican los aspectos que las diferencian de otros pueblos.

El tercer capítulo incluye una regulación de las partes en los procedimientos administrativos de consulta previa, y realiza las distinciones en casos de leyes o actos administrativos del orden nacional y regional. Asimismo, indica las responsabilidades que tienen las partes de asistir a las convocatorias de consulta previa, las obligaciones de los participantes en los procesos de consulta, y

establece en la Unidad de Consulta Previa el deber de coordinar las entidades que hacen parte del proceso de consulta. En este acápite también se reseñan los tipos de consulta previa que requieren el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades, los cuales han sido reiterados por la Corte Constitucional, y se señalan algunas disposiciones para solventar situaciones problemáticas en los procesos de consulta, como es el caso del ausentismo.

El **segundo título** regula la creación de la Unidad para la Consulta Previa y del Fondo Especial Para la Consulta Previa, y lo relacionado con la certificación y verificación de presencia de grupos étnicos.

Este título incluye la creación de la Unidad para la Consulta previa, entidad adscrita al Ministerio del Interior con autonomía administrativa y financiera. El artículo 33 del proyecto de ley indica que dicha entidad tendrá la obligación de dirigir, coordinar y ejecutar el procedimiento administrativo de consulta previa, en consonancia con las previsiones del Convenio 169 de la OIT y bajo la dirección del Ministerio del Interior y del Consejo Asesor para la Consulta Previa. Asimismo, el proyecto otorga facultades extraordinarias al Presidente por un periodo de seis meses en tanto el Ministerio del Interior deberá ser reestructurado para incluir dichas entidades. Asimismo, el artículo 38 crea un Fondo Especial para la Financiación de las Consultas Previas, el cual recibirá y administrará los recursos del presupuesto para la puesta en marcha de los procedimientos de consulta previa.

El título segundo también regula la etapa de certificación de presencia de pueblos y comunidades, la cual tendrá vigencia de un año y será expedida por la UCP. El artículo 40 del proyecto indica que la finalidad de esta certificación es la obtención de certeza sobre la presencia de comunidades étnicas en las áreas de influencia de los proyectos y de afectaciones directas que requieran el adelantamiento de la consulta previa. En este capítulo también se especifican los requerimientos administrativos para la obtención de la certificación y los recursos que pueden presentarse para impugnar dicho acto administrativo.

El **tercer título** regula las etapas de preparación y alistamiento para la consulta previa una vez haya sido expedida la certificación de presencia de pueblos y comunidades étnicas. El proyecto señala que es necesario aportar una solicitud de consulta previa y un plan de consulta, los cuales deberán incluir un diagnóstico de las posibles afectaciones y de la importancia de llevar a cabo la consulta (artículo 59).

En el **cuarto título** se hace una regulación específica del procedimiento de consulta previa, que incluye aspectos sobre las etapas y duración del proceso, la formulación y protocolización de los acuerdos y la etapa de seguimiento y cierre de la consulta. Los artículos 61 y 62 del proyecto señalan que el proceso de consulta empieza con un auto de inicio expedido por la UCP, y que posteriormente tendrán lugar las etapas del procedimiento. La primera etapa es la de preconsulta en la que se informa a las comunidades sobre los alcances del proyecto. Posteriormente se incluye una fase de talleres identificación y análisis de Impactos y Formulación de Medidas de Manejo, que busca la participación activa de la comunidad en los asuntos que le conciernen. Finalmente, en la etapa de formulación y protocolización de acuerdos y cierre de la consulta las partes discuten y redactan los acuerdos definitivos a los que llegaron como resultado de la consulta previa.

El **quinto título** regula el proceso de consulta previa frente a leyes y actos administrativos de carácter nacional. El proyecto de ley contempla que las leyes y los actos administrativos de carácter general del nivel nacional que sean susceptibles de afectar de manera directa y especial a las comunidades étnicas son sujetos de consulta previa, la cual debe realizarse antes de la expedición del acto. Adicionalmente, indica que los actos administrativos de carácter general que afecten de manera general y homogénea a la población colombiana no son susceptibles de consulta previa. También se incluyen varias disposiciones sobre el procedimiento de consulta, a saber, el término para la realización de éstas (artículo 108), las fases del procedimiento (artículos 110 y 111) y algunas consideraciones específicas sobre los pueblos ROM (artículo 112) y comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras (artículo 114).

El **título sexto** brinda consideraciones de los costos y gastos derivados de los procedimientos de consulta previa, por lo que incluye una regulación de la tasa por realización de consultas previas, los gastos que deben asumir los interesados en el proceso de consulta, y la obligación de promoción de las consultas de la UCP.

Finalmente, el **título séptimo** incluye algunas disposiciones sobre los pueblos indígenas que se encuentran en aislamiento voluntario en el territorio colombiano. En efecto, el artículo 120 del proyecto garantiza que estos pueblos no podrán ser intervenidos para ser consultados, ni afectados sus territorios, ni serán objeto de políticas, programas o acciones, privadas o públicas, que promuevan el contacto o realicen intervenciones en sus territorios para cualquier fin.