



Al responder cite este número:
OFI18-48394-DAL-3200

Bogotá D.C. jueves, 06 de diciembre de 2018

RECIBIDO
Nidia J. Torres B
6 DIC 10:20 am

Doctora
SYLVIA CRISTINA CONSTAÍN RENGIFO
Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
Edificio Murillo Toro Cra. 8a entre calles 12 y 1
Bogotá, D. C.

Asunto: Concepto sobre la procedencia de la Consulta Previa frente a los proyectos de Ley "Por la cual se moderniza el sector de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se suprime la autoridad Nacional de Televisión (ANTV), y se dictan otras disposiciones".

Doctora Sylvia Cristina, reciba un cordial saludo:
De la manera más atenta me permito remitir insumos relativos a la necesidad o no de someter al procedimiento de consulta previa el proyecto de ley número 152 de 2018 (Senado), y 202 de 2018 (Cámara), "Por la cual se moderniza el sector de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se suprime la autoridad Nacional de Televisión (ANTV), y se dictan otras disposiciones".

Para responder se precisan las siguientes **consideraciones**:

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

Así mismo, nuestra Carta Fundamental reconoció que Colombia es un Estado pluralista que garantiza y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación (Art. 1°, 7°, 8°, 10°).

De igual manera, el artículo 330 de la Constitución Política establece con relación a los territorios indígenas, lo siguiente:

*"Artículo 330: De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:
(...) PARÁGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades."*

En virtud de lo anterior y en consonancia con el compromiso de establecer especial protección a la diversidad étnica y cultural del país, el Estado Colombiano suscribió el Convenio 169 de

1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, el que fue adoptado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 21 de 1991, haciendo parte del bloque de constitucionalidad¹.

El mencionado Convenio consagra en el artículo 6°, el derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, conforme al siguiente texto:

"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 afectarlas directamente (...)"*

A su turno, el artículo 7° ibídem, dispone:

"Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente."

En este punto es importante recordar los tipos de decisiones que en nuestro ordenamiento jurídico deben ser consultadas previamente a las comunidades étnica, de conformidad con los lineamientos que la Corte Constitucional ha fijado a través de su jurisprudencia. En sentencia T-800 de 2014 y recogiendo otros pronunciamientos sobre la materia, nuestro máximo Tribunal Constitucional expresó:

La determinación de cuáles son las medidas que deben ser sometidas a consulta, la forma en que esta debe llevarse y las finalidades de la misma, fueron sintetizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-882 de 2011. En dicho fallo, a partir de los criterios sentados por sentencias como la C-030 de 2008 y T-769 de 2009, se indicó, respecto del alcance de la consulta previa, que esta resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, por lo que en cada caso concreto resulta necesario distinguir dos niveles de afectación: (i) el que se deriva de las políticas y programas que de alguna forma les conciernen y (ii) el que se desprende de las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente. De lo anterior, se dedujo que existían varios escenarios ante los cuales existe el deber de consulta. (Subraya fuera de texto original)

(i) "Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros".

¹ En Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional incorporó la noción de bloque de constitucionalidad, compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizadas como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

- (ii) "Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional".
- (iii) "Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades"
- (iv) "Medidas legislativas".

De acuerdo con lo anterior, de manera general puede afirmarse que la Consulta previa procede, en principio, frente a dos tipos de decisiones o medidas: i) la ejecución de proyectos, obras o actividades, y ii) la adopción de medidas administrativas o legislativas de carácter general. En ambas situaciones lo que determina la obligatoriedad de la Consulta Previa es que las medidas o decisiones que se pretendan adoptar causen una afectación específica y directa en las comunidades étnicas. En esta misma sentencia, la Corte Constitucional identificó una serie de criterios para determinar los casos en que las *medidas administrativas o legislativas* que les conciernen a las comunidades les ocasionan una afectación directa:

"La sentencia C-030 de 2008, precisó que por afectación directa debe entenderse toda medida que "altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios". En tal sentido, sostuvo que la afectación directa se da sin importar que sea positiva o negativa, pues es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados.

Ahora bien, entrando más a fondo, a efectos de determinar cuál es el grado de afectación, se señala que la especificidad que se requiere para que una medida deba ser sometida a consulta, "se puede derivar o bien del hecho de que regula una de las materias del Convenio 169 de la OIT, o bien de que aunque ha sido concebida de manera general, tiene una repercusión directa sobre los pueblos indígenas". Es decir, "puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercute de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales."

Ahora bien, tratándose específicamente de medidas administrativas o legislativas de carácter general, la Corte Constitucional se ha ocupado a través de su jurisprudencia de fijar los criterios de procedencia, elementos y alcance del derecho a la Consulta Previa frente a este tipo de decisiones, destacándose los siguientes pronunciamientos:

"Es así como para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Ello, sumado al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente."
²(Resaltado fuera de texto original)

² Corte Constitucional Sentencia C-175 de 2009 MP Luis Ernesto Vargas Silva.

Más adelante expresa:

"Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades, por lo que, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que si interfieran esos intereses." (Resaltado fuera de texto original)

"(...)

"En armonía con estas consideraciones, el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos." (Resaltado fuera de texto original)

"Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada." (Resaltado fuera de texto original)

"Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT³." (Resaltado fuera de texto original)

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, se adelanta en cada caso concreto. Sin embargo, en sentencia C-366 de 2011⁴, la Corte Constitucional identificó algunas materias que deben ser objeto de consulta previa:

³ Ibidem

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2011 MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

"En ese orden de ideas, las decisiones de la Corte han concluido, aunque sin ningún propósito de exhaustividad, que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada con la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria. A esta materia se suman otras, esta vez relacionadas con la protección del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos. Esto último según lo regulado por el parágrafo del artículo 330 C.P. el cual prevé que dicha explotación, cuando se realiza en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades diferenciadas. Por ende, en las decisiones que se adopten al respecto, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades. (Resaltado fuera de texto original)

En pronunciamiento posterior, la Corte Constitucional, ratificó los elementos que determinan la procedencia de la Consulta Previa de decisiones administrativas de carácter general o proyectos de ley, en los siguientes términos:

*"Como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte, de las normas constitucionales que prevén el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y, en especial, de las reglas previstas en el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, norma integrante del bloque de constitucionalidad, concurre un derecho fundamental a la consulta previa, consistente en que aquellas decisiones legislativas o administrativas que **afecten directamente** a las comunidades indígenas o afrodescendientes, deben ser consultadas con ellas por parte del Gobierno, bajo condiciones de buena fe y respeto por su identidad diferenciada. A su vez, ese mismo precedente dispone que (i) la afectación directa que obliga a la consulta **refiera a la regulación de asuntos que conciernen a la comunidad diferenciada** o que, siendo de carácter general, tienen **incidencia verificable en la conformación de su identidad**; y (ii) la omisión de la consulta previa, cuando se trata de medidas legislativa, genera prima facie la inexecutablez de la norma correspondiente, puesto que se trata de un vicio que, aunque tiene naturaleza sustantiva, afecta el trámite legislativo. Esto explica que, por razones metodológicas, el análisis sobre el cumplimiento del deber de consulta previa haga parte del estudio formal de la iniciativa, aunque en estricto sentido no haga parte del procedimiento de formación de la ley.⁵ (Resaltado fuera de texto original)*

⁵Corte Constitucional. Sentencia C-490/11 MP. Luis Ernesto Vargas Silva

De manera más reciente, la Corte Constitucional expresó que “*el criterio de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta hace referencia a un posible impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad étnica o tribal. La Corte ha calificado como eventos de afectación directa las medidas que resulten virtualmente nocivas o que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos*”⁶ (Resaltado fuera de texto original)

De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales en cita, el análisis de la procedencia o no de la consulta de medidas administrativas o legislativas, se hará observando los siguientes criterios:

1. La decisión administrativa o legislativa debe ser susceptible de afectar directamente los intereses de las comunidades étnicas. Para efectos de la consulta Previa, se entiende que hay afectación directa cuando:
 - a. Se regula una de las materias del Convenio 169 de la OIT.
 - b. El proyecto normativo refiera a la regulación de asuntos que conciernen a la comunidad diferenciada o que,
 - c. La regulación tenga una incidencia verificable en la conformación de su identidad.
 - d. Las medidas que resulten virtualmente nocivas.
 - e. Medidas que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos.
2. No están sujetas al deber de consulta las medidas administrativas o legislativas de carácter general, cuando:
 - a. Las mismas afectan de forma uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales,
 - b. La medida no se predique de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y,
 - c. El asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.

Así mismo, será exigible el deber de consulta en todos aquellos casos en los que el contenido de las medidas administrativas o legislativas se refiera específicamente a los siguientes aspectos:

- El aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 2014 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

- La conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas.
- Aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas.
- Explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas.

Teniendo en cuenta entonces el carácter fundamental del derecho a la Consulta Previa, así como su exigibilidad del mismo frente a medidas administrativas o legislativas de carácter general, se pasa a analizar el proyecto de acto legislativo puesto a nuestra consideración sin perder de vista estas consideraciones.

Análisis del proyecto de ley en concreto:

Hechas las anteriores precisiones, pasamos entonces a revisar de manera concreta el proyecto de ley *"Por la cual se moderniza el sector de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se suprime la autoridad Nacional de Televisión (ANTV), y se dictan otras disposiciones"*.

De acuerdo con la exposición de motivos que fue aportada el Proyecto de Ley número 152 de 2018 de Senado y 202 de 2018 Cámara, es una iniciativa de autoría del Gobierno Nacional, que fue radicado por la señora Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Secretaría de Senado y Cámara de la República el 19 de septiembre de 2018.

De acuerdo con los documentos enviados, se advierte que el proyecto de ley en cuestión tiene por finalidad *"alinean los incentivos de los agentes y autoridades del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), aumentar su certidumbre jurídica, simplificar y modernizar el marco institucional del sector, focalizar las inversiones para el cierre efectivo de la brecha digital y potenciar la vinculación del sector privado en el desarrollo de los proyectos asociados, así como aumentar la eficiencia en el pago de las contraprestaciones y cargas económicas de los agentes del sector"*.

Así mismo, se dice que el proyecto busca *"determinar el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de planes de inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información."*

Revisado el texto del proyecto de ley y de conformidad los criterios de procedencia de la Consulta Previa frente a medidas legislativas establecidos por la Corte Constitucional referidos en precedencia, no se evidencia que el mismo contenga disposiciones que configuren afectación directa a las comunidades étnicas en tanto i) no se regulan materias del Convenio 169 de la OIT, ii) el proyecto normativo no se refiere a la regulación de asuntos que conciernan a la comunidad diferenciada, iii) el contenido del proyecto no tiene una incidencia

verificable en la conformación de su identidad, iv) las medidas que pretenden adoptarse no resultan virtualmente nocivas, v) tampoco se configura como una medida que implique intromisiones intolerables en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos.

Mucho menos contiene regulaciones relativas al aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, a la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas, o aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas, ni tiene que ver con la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas, circunstancias que harían exigible el deber de consulta previa.

Ahora bien, el artículo 22 del proyecto de ley que modifica el artículo 35 de la Ley 1341 de 2009, que establece las funciones del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, indica que corresponde al mencionado Fondo "109. Financiar planes, programas y proyectos para promover el acceso con enfoque diferencial de las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales, palenqueras y Rrom, a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones".

No puede entenderse que respecto de la mencionada norma opere el deber de consulta previa, pues, lo que hace es fijar la función a cargo del Fondo único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de "financiar" planes, programas y proyectos para la promoción del acceso de las comunidades étnicas a las Tecnologías de la información y las telecomunicaciones. Será eventualmente, el desarrollo de los planes, programas y proyectos que en virtud de esa función se formulen y ejecuten, cuando los mismos cumplan los parámetros que la jurisprudencia constitucional ha fijado para su procedencia.

Expuestos las consideraciones precedentes, se impone concluir que frente a este proyecto de Ley no es necesario adelantar el proceso de Consulta Previa.

Conclusión:

Concluido el análisis del proyecto de Ley mediante el cual "*se moderniza el sector de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se suprime la autoridad Nacional de Televisión (ANTV), y se dictan otras disposiciones*", se advierte que para este proyecto de ley no es necesario el agotamiento del proceso consultivo, pues conforme a las razones expuestas en precedencia, no se impone la obligación de someter a consulta previa de las comunidades étnicas el proyecto normativo en los términos previstos en la jurisprudencia constitucional.

Cordialmente,



JUAN CARLOS SOLER PEÑUELA

Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos
Ministerio del Interior