



Bogotá D.C., 12 de abril de 2021

**Honorables Representantes
Comisión Primera Constitucional
Cámara de Representantes**

Asunto: Comentarios al Proyecto de Ley Estatutaria No. 442 de 2020 de la Cámara de Representantes “Por el cual se regula el derecho fundamental a la consulta previa y se dictan otras disposiciones.

Respetados señores y señoras:

El Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” (Cajar), organización no gubernamental para la defensa de los derechos humanos agradece la invitación a presentar nuestro concepto con relación al Proyecto de Ley Estatutaria No. 442 de 2020 que pretende regular el derecho fundamental de los pueblos étnicos a la consulta previa. Respetuosamente, con fundamento en las reglas constitucionales e instrumentos de protección de derechos humanos y derechos de los pueblos, nos permitimos **solicitar el archivo** del proyecto en razón de su falta de consulta con la población interesada y otras razones que se expresarán a continuación:

I. Introducción

El Proyecto de Ley que se debate, se sustenta en la necesidad de una regulación estatutaria del derecho fundamental a la consulta previa, cuya relevancia ha sido destacada por la Honorable Corte Constitucional en sus exhortos al Congreso y al Gobierno Nacional para que, en el marco de sus competencias, doten de contenido y garantías de exigibilidad a la consulta previa, cuya protección se ha realizado por vía jurisprudencial. Así que una primera cuestión que surge y que debe ser respondida por las comunidades étnicas, es si es necesaria una reglamentación de la consulta previa, libre e informada.

De otro lado, es evidente el número creciente de conflictos socio ambientales en territorios étnicos por la implementación de proyectos sin la adecuada consulta con los pueblos que les habitan. El origen de la conflictividad no es reciente. El proceso de colonización europea significó el exterminio físico y cultural de gran parte de la población originaria en el territorio que hoy conocemos como las Américas. Los pueblos sobrevivientes fueron obligados a la asimilación, la esclavitud y la servidumbre, al tiempo que el proyecto evangelizador contribuyó a estos propósitos. El informe “Tiempos de Vida y Muerte” elaborado por la ONIC y el Centro de Memoria Histórica (2019) señala que “América nació como concepto y alegoría, vinculada directamente a una situación violenta, casi como una autorización a violar y reducir a esa “mujer salvaje” para que admitiera entregar sus tesoros y ser el recipiente y gestor de la fertilidad europea (p. 45)”.

La destrucción avasallante de las identidades, tradiciones y organizaciones sociales, no sólo indígenas, sino afrodescendientes y tribales, por parte de una mayoría occidentalizada a través del proceso colonizador, homogeneizante y modernista del Estado-Nación, es la razón práctica para que el Constituyente consagrara la diversidad étnica y cultural (art. 7) como un principio y valor de importancia superior, y que contemplara la autonomía de los pueblos étnicos. Es así, que toda regulación de derechos que pretenda hacerse sobre pueblos indígenas, afrodescendientes, y originarios debe tomar en cuenta la historia de exterminio y violencia física y cultural cometida a través de los siglos y la decisión del Constituyente de adoptar acciones para prevenir la consumación del genocidio. Es importante recordar que de acuerdo con la ONIC "39 pueblos enfrentan el riesgo del exterminio y 35 tienen menos de 200 habitantes".

En su informe publicado en marzo de este año, la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos, instó al Gobierno Nacional a garantizar efectivamente el derecho de consulta previa conforme los estándares internacionales en la materia y a que el Estado brinde garantías para que los pueblos puedan desarrollar de manera autónoma protocolos de relacionamiento con terceros (A/HRC/46/76, párr. 76, recomendación p). Igualmente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial elevó su preocupación por la falta de garantía del derecho a la consulta previa en Colombia, reconociendo que,

“[A]unque el derecho a la consulta previa está formalmente reconocido en la legislación colombiana, se ha recibido información en cuanto a que tanto los procesos legislativos en general, como la concesión de licencias para proyectos de inversión, de explotación turística, de pesca industrial o de extracción minera en particular, que se están llevando a cabo en territorios

indígenas y de comunidades afrodescendientes, se realicen sin la debida consulta previa, libre e informada en los términos recogidos en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sin las debidas precauciones ambientales”¹.

II. Consideraciones jurídicas que sustentan la solicitud de archivo del proyecto de ley estatutaria No. 442

A. Inconstitucionalidad por falta de consulta con los pueblos interesados

El Proyecto de la referencia, no responde a toda esta carga histórica de destrucción, expropiación y exterminio. Este proyecto es un claro ejemplo de cómo la reglamentación de aspectos determinados de la vida social de grupos históricamente marginados se piensa y se construye desde el pensamiento colonizado y colonizador, sin tomar en cuenta el lugar de enunciación de aquellos directamente afectados y regulados.

Ya la Corte Constitucional, con relación al Decreto 1320 de 1998 que regula la consulta previa para casos de licenciamiento ambiental, expresó en las sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2002, T-880 de 2006 y T-652 de 2018 que aquel era inconstitucional por falta de consulta previa con los pueblos afectados como lo establece el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT². En el mismo sentido se pronunció en su momento la Organización Internacional del Trabajo, mediante el informe GB. 282-14- 3777 que se refirió a la expedición inconsulta de esta norma y reiteró que dicha norma “constituye una medida legislativa susceptible de afectar directamente a dichas comunidades. Por lo tanto, del artículo 6, inciso 1, apartado a) claramente se desprende la obligación de consultar con los pueblos indígenas del país antes de la adopción y promulgación de dicho decreto”³.

Actualmente, en la Mesa de Concertación con Pueblos Indígenas se discute el proyecto de decreto por el cual se modifica el Decreto 1066 de 2015, Protocolo de Coordinación

¹ CERD/C/COL/CO/17-19. Observaciones finales sobre los informes periódicos 17º a 19º combinados de Colombia, 12 de diciembre de 2019, disponible en: <https://undocs.org/es/CERD/C/COL/CO/17-19>, párr. 18.

² La Corte Constitucional de Colombia ha ordenado la inaplicación del Decreto 1320 de 1998 en varias ocasiones. Véase, por ejemplo, las siguientes providencias: Corte Constitucional, Sentencia T-652/18, 10 de noviembre de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Resuelve cuarto, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>, Corte Constitucional, Sentencia SU.383/03, 13 de mayo de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 4.2.2(f), disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/su383-03.htm>; Corte Constitucional, Sentencia T-880/06, 26 de octubre de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Resuelve Quinto, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-880-06.htm>

³ OIT. GB.282/14/3. Ginebra noviembre de 2001, 282ª reunión. Disponible en: <https://bit.ly/38vijau>. En igual sentido GB.282/14/4.

Interinstitucional de Consulta previa, en consecuencia, podría constituir un acto de mala fe, el que avance un proyecto de ley estatutaria inconsulto, mientras se ha detenido la consulta del Decreto por falta de recursos.

La falta de consulta es suficiente para solicitar el archivo del presente proyecto. Sin embargo, el análisis del articulado propuesto nos permite identificar otras falencias y elementos regresivos que a continuación desarrollaremos.

B. La incongruencia de los principios.

A pesar de que el proyecto contempla, en su **artículo 2, un compendio extenso de principios** que debe guiar el procedimiento de consulta, varios de sus elementos no son acordes con el marco constitucional, y han sido elaborados desde una lógica colonial, discriminatoria y racista.

Así, la redacción del **principio de buena fe**, por ejemplo, no responde a los postulados constitucionales, que supone el ajuste de toda actuación con trascendencia jurídica a una *“conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”*, así como una forma de garantizar *“la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*.⁴ La corresponsabilidad que implica la buena fe se desdibuja en la redacción propuesta en el proyecto, por cuanto supone deberes solamente en cabeza de los pueblos indígenas, desconociendo toda la responsabilidad jurídica e histórica que recae sobre el Estado al limitar derechos de los pueblos ancestrales. En ese sentido, la credibilidad de la información, la cual es un elemento determinante de un proceso donde la buena fe prima, es un aspecto central que no tiene una debida garantía a lo largo del articulado, como se mencionara más adelante.

Asimismo, la inclusión del **principio de racionalidad**, entendido como la identificación de relaciones costo-beneficio que van más allá de lo monetario; desconoce la definición jurisprudencial de razonabilidad, que es el principio correcto de aplicación en el caso de la Consulta Previa. Igualmente, se plantea desde la lógica occidental, sin tomar en cuenta principios de cada pueblo que seguramente podrían primar en un ejercicio consultivo.

Finalmente, la redacción del **principio de No Veto**, aún cuando responde a los criterios jurisprudenciales que reconocen que la Consulta Previa no puede erigirse como un poder de veto a decisiones de las autoridades legítimamente constituidas, desconoce los diferentes alcances que la Honorable Corte Constitucional ha dado, tanto a la consulta previa como al Consentimiento Previo, Libre e Informado, como distintas

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2008.

facetas del derecho a la participación de los pueblos étnicos⁵. Aún cuando este último se encuentra definido y sus supuestos establecidos en el numeral 9 del artículo 3, en el resto del articulado no se le distingue claramente de la consulta previa como un derecho con implicaciones diferentes, lo cual pretende desnaturalizar la principal característica del Consentimiento Previo, y es su vinculatoriedad definitiva.

C. Definiciones insatisfactorias.

Al igual que el acápite de los principios, aquel que contempla las definiciones relevantes para el texto legal, en el artículo 3, contiene varias incongruencias con el marco constitucional aplicable, que generan las preocupaciones sobre el carácter intercultural de esta regulación legal. Principalmente, la **definición de territorio**, propuesta en el numeral 7, deja de lado la decantada discusión sobre este concepto, en el que la jurisprudencia ha dejado sentado de manera pacífica que va más allá de la concepción física del derecho civil clásico. El territorio deja de lado la observancia estricta de aspectos geográficos del espacio, para concentrarse en las relaciones lingüísticas y no lingüísticas que las comunidades humanas construyen con el espacio en el que interactúan⁶.

El proyecto solo define el territorio como el área titulada, habitada, ocupada o explotada por determinado pueblo, en contravía del Convenio 169 de la OIT que protege la concepción ancestral del territorio y los aspectos sociales y culturales que encarna, los cuales también deben ser valorados, no sólo en relación con la determinación del territorio, sino en clave de las afectaciones directas que las medidas del Estado pueden generar sobre los pueblos étnicos y sus relaciones territoriales.

Asimismo, la **definición de afectación directa (numeral 5)**, aunque clara y completa en sí misma, se confunde con la **definición de impacto (numeral 6)** que ofrece el proyecto, y que aluden de forma similar a alteraciones o efectos consecuentes a la ejecución de una medida. En pocas palabras, ambas definiciones aluden a lo mismo, y es a las consecuencias positivas o negativas de la implementación de una medida, que puede ser normativa o un POA. Por su parte, la Honorable Corte Constitucional define afectación directa como el *"impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica"*⁷, acepción que termina siendo más clara a la hora de definir un aspecto tan relevante del proceso de consulta previa como esta verificación.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 2017.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018. Fundamentos 8.3 a 8.10.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018. Fundamento 7.2.

D. El Registro Único de Pueblos.

Otro aspecto que llama la atención del Proyecto de Ley, es que contempla la creación del Registro Único de Pueblos en el artículo 52 y lo consagra como i) una obligación del Estado (numerales 6 y 7 del artículo 4); ii) una condición para la definición de pueblos étnicos (artículo 6); iii) una fuente documental para el proceso de certificación de que trata el artículo 15; y iv) una causal de invalidez del proceso de consulta (numeral 5 del artículo 49). La relevancia otorgada a este instrumento operativo, que pretende unificar la información sobre la existencia plena y verificable de pueblos y autoridades étnicas en el país, se sustenta en la situación que la propia Corte Constitucional ha evidenciado en varias de sus decisiones, donde ha constatado que la certificación de existencia y representación de las comunidades afectadas por POA's, ha sido una labor que han realizado indistintamente entidades territoriales y el Ministerio del Interior.

Por otra parte, resultan contradictorios con el principio de autodeterminación de los pueblos, los artículos 6 y 49, en los cuales se establece como condición para la definición de pueblos étnicos y de procedencia de la consulta el registro en este instrumento. Una consulta previa no puede ser invalidada por un defecto formal como lo es una inscripción en un registro. Asimismo, la definición de pueblo étnico, bajo ninguna circunstancia, está supeditada a una "**susceptibilidad**" al registro, cómo indica el artículo 6, sino que es un proceso constante en disputa sobre la identidad colectiva frente a una alteridad ante la cual se refracta⁸.

Lo anterior, por cuanto las certificaciones o declaratorias del Estado, no son constitutivas de la condición de etnicidad, por cuanto aquellas son meros reconocimientos posteriores de la condición social, política y cultural del pueblo étnico. Si bien el Estado precisa de herramientas con las cuales aprehender la realidad que busca regular, no es claro en qué consiste la aludida "susceptibilidad" al registro, y a lo largo del articulado que prevé un proceso de certificación respecto de las comunidades étnicas, en éste no resultan claros los procesos a través de los cuales los propios pueblos ejerzan su posibilidad de **autodeterminación** ante la evidencia de afectaciones directas⁹.

E. La determinación de las afectaciones directas e impactos.

Ahora bien, en lo atinente a la determinación de la afectación directa, el proyecto contempla en su articulado los casos en los cuales ésta se configura (artículo 10) y su

⁸ Al respecto, el debate sobre la identidad cultural y la autonomía y autodeterminación, se encuentra decantado en la sentencia SU-217 de 2017, párrs. 99 en adelante.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-172 de 2019.

forma de determinación (artículo 11). Esta temática resulta ser el eje central de la discusión que genera la necesidad de una consulta previa, como ha sido expresado en la jurisprudencia constitucional relacionada. Esta normativa propuesta, además de tener los errores evidenciados en su definición, también resulta limitante por dos razones centrales.

En primer lugar, porque la afectación directa ha sido un concepto que la Corte Constitucional ha considerado difuso, por cuanto está determinado por las situaciones particulares que envuelven determinado pueblo étnico involucrado. Si bien la Corte ha esbozado una definición general de este tema, como indicamos en el segundo acápite, que busca aprehender el conjunto de los fenómenos que producen afectaciones directas a los pueblos étnicos; en el mismo sentido ha reconocido que esta definición es siempre incompleta, y su determinación debe ser producto de estudios y análisis en los cuales la posición de los pueblos es central.

En segundo lugar, porque la realización de estos estudios **en cooperación** con los pueblos étnicos, no es algo que esté previsto expresamente en algún lugar del articulado. Tan solo el artículo 12 pone en cabeza de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la definición del impacto de las medidas, dejando la determinación de las afectaciones directas **a un conjunto de presupuestos taxativos** enlistados en el artículo 11, que terminarían limitando los supuestos en que se genera una afectación directa, yendo en contravía con las posturas jurisprudenciales que han evidenciado el carácter particular y específico de las afectaciones directas, que deben ser evidenciadas, de manera conjunta y dialógica con los pueblos étnicos en cada caso particular.

En estos dos artículos es clara la confusión que se genera entre los términos afectación directa e impacto, al punto de que su determinación en los casos concretos sigue cursos disímiles. La identificación de los impactos o afectaciones debe ser el resultado de un proceso intercultural, dialógico y **basado en la cooperación**, tal y como lo dispone el numeral 3 del artículo 7 del Convenio 169, que impone a los Estados la obligación de realizar estudios *"a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente"* sobre la base de la cooperación con los pueblos interesados. A pesar de que el articulado propuesto retoma varios aspectos del Convenio, se omite incorporar la debida participación de los pueblos de los estudios que determinen impactos o afectaciones, que a lo largo del proyecto es bastante difusa, y en los artículos aquí mencionados se pone sólo en cabeza de la Dirección de Consulta Previa esta determinación, sin dar cuenta de la debida cooperación que debe darse con las

comunidades étnicas, así como la debida valoración de su postura en consideración a la carga histórica que pesa sobre sus formas de vida.

F. El proceso de certificación.

Otro tema que también genera preocupación del análisis del articulado, es el que alude al proceso de certificación de la presencia de pueblos y comunidades, contemplado como la primera etapa dentro del procedimiento de consulta previa en el artículo 14. Este primer paso, tiene como objeto establecer si existen o no comunidades o pueblos que ocupan o utilizan el área de influencia del POA, y determinar si tales son susceptibles de sufrir afectaciones directas, como lo establece el artículo 18. Para cumplir con este objeto, la Dirección de Consulta Previa tiene a su alcance la documentación que repose en el Registro Único de Pueblos (inciso 2 del artículo 15), así como a posibilidad de realizar visitas de verificación (artículo 19) con el fin de establecer la presencia de comunidades dentro del área de influencia de POA's, como de delimitar el espacio geográfico efectivamente utilizado u ocupado para actividades culturales, económicas y sociales.

En consonancia con lo que hemos venido mencionando, este proceso de certificación carece de herramientas efectivas que garanticen la participación y cooperación de los pueblos étnicos directamente interesados en la determinación de las afectaciones directas, dejando exclusivamente en la Dirección de Consulta Previa la potestad para realizar este proceso. Igualmente, los objetivos de las visitas de verificación, lejos de procurar un espacio de diálogo intercultural en la cual los pueblos étnicos tengan la posibilidad de dar cuenta de sus afectaciones, busca principalmente evidenciar la ocupación o utilización por parte de comunidades étnicas de un espacio geográfico determinado: el área de influencia de un POA.

Este proceder contemplado en estos artículos, desconoce la posición jurisprudencial que identifica el presupuesto de la Consulta Previa, con la evidencia de impactos directos en el modus vivendi de una comunidad étnica, el cual está atravesado por el conjunto de relaciones que configuran la territorialidad, y que conciben al territorio más allá de un espacio geográfico. Asimismo, desconoce que la Honorable Corte Constitucional ha sido reiterada en afirmar que los análisis sobre las afectaciones directas van mucho más allá de la concepción de área de influencia, teniendo en cuenta que los impactos no sólo tienen que ver con el aprovechamiento del espacio físico, sino

con el entramado simbólico que una comunidad ha tejido con diversos puntos espaciales¹⁰.

A pesar de que el proyecto contempla el proceso de certificación como el mecanismo a través del cual se determinan las afectaciones directas, en el articulado no existen disposiciones que permitan evidenciar de manera específica y real posibles impactos en la vida espiritual, cultural o social de las personas, más allá del espacio geográfico definido como área de influencia. En algunas ocasiones, la Corte Constitucional ha considerado pertinente la vinculación de entidades especializadas en el estudio de estos aspectos, tales como el Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, o instituciones académicas como las universidades¹¹, para garantizar el aporte de datos e información pertinente, suficiente y satisfactoria para una debida determinación de las afectaciones directas.

Es necesario que el proceso de certificación, así como el trámite para la determinación de las afectaciones directas, garanticen una participación real y efectiva de los pueblos étnicos afectados, no sólo en razón de su inherente interés en los asuntos que los afectan, sino también en la situación de desigualdad en la que se encuentran respecto de los demás interesados en la Consulta Previa, como pueden ser particulares que buscan ejecutar POA's, o el propio Estado, quienes ostentan capacidades para realizar estudios, análisis y procurar todo un andamiaje discursivo para justificar su actuación, en detrimento de los ethos de las comunidades étnicas, ontológicamente apartadas de los cánones de definición de conocimiento válido. Por esta razón resulta de gran relevancia que, tanto los pueblos étnicos como actores académicos especializados, sean partícipes necesarios de este proceso, puesto que desde saberes como la antropología o la sociología, se puede dar cuenta con mayor detalle el conjunto de relaciones bioculturales que configuran, tanto el territorio como el ethos cultural de los pueblos.

Finalmente, el artículo en mención desconoce la posición jurisprudencial respecto al Consentimiento Previo, Libre e Informado (CPLI), como una instancia adicional y reforzada de protección del derecho a la participación de las comunidades indígenas, como señalamos en el tercer acápite de este documento en relación con el principio de No Veto. La realización del test de proporcionalidad implica ejecutar un mecanismo a través del cual la autoridad estatal decide unilateralmente la ejecución del proyecto aplicando los principios constitucionales, contemplando como uno de los supuestos para su ejecución la existencia de desacuerdos totales. Sin embargo, en esta posibilidad

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018. Fundamentos 8.3 a 8.10.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018. Fundamento 12.10.

de decisión unilateral, se desconocen los casos en los cuales opera la exigencia del CPLI, el cual tiene plena vinculatoriedad como manifestación de acuerdo o desacuerdo con una medida que afecte los pueblos étnicos. Es un yerro del artículo aquí debatido, prever todos los casos de desacuerdo para la aplicación de un test de proporcionalidad que busque tomar una decisión independiente que no tenga en cuenta el CPLI, lo cual es también una omisión generalizada del texto legal.

G. El test de proporcionalidad.

Con el fin de dar trámite a la Consulta Previa en aquellos casos en los cuales no se llegó a acuerdos en la ejecución de las medidas objeto de análisis, el proyecto de articulado faculta a la Dirección de Consulta Previa, junto con las entidades interesadas, para determinar la mejor manera de materializar las medidas normativas o POA's realizando un test de proporcionalidad, en cuyo desarrollo se buscará analizar las afectaciones que puedan sufrir las comunidades, estableciendo las formas de prevención, corrección, mitigación o compensación de los efectos adversos, según sea el caso.

En el artículo 38 se contempla el procedimiento y los presupuestos para la aplicación del test, así como cinco criterios que la Dirección de Consulta Previa, en conjunto con las entidades interesadas, deberán tener en cuenta para tomar una decisión proporcional. Algunos de ellos, como la carencia de arbitrariedad o autoritarismo, la contemplación de instrumentos o medidas idóneas para mitigar los impactos adversos, y la aplicación de criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Aún cuando los criterios de desarrollo del test de proporcionalidad sean pertinentes para la evaluación de la afectación directa, cuando la participación del pueblo étnico no se logre por renuncia, renuencia, conflictos de representatividad o acuerdos parciales; y que ésta evaluación ha sido también contemplada por la Corte para la efectiva ejecución de las medidas; resulta importante vincular a este proceso a instituciones, entidades y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que puedan ofrecer un panorama lo suficientemente amplio y elementos de comprensión y análisis completos, para así compensar la ausencia de participación de las comunidades étnicas, garantía que en todo momento debe buscar ser protegida por el Estado, en todas las instancias de ejecución del proyecto.

H. Las medidas que no requieren consulta.

Finalmente, el artículo 50 excluye doce situaciones en las cuales no opera el mandato de realización de la Consulta Previa, como una forma de limitar el ejercicio del derecho a través de la vía negativa. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha limitado el ejercicio de este derecho solamente en aquellos casos en los cuales no exista evidencia de afectación directa a un pueblo o comunidad étnica, así como aquellas decisiones que sean de la órbita exclusiva de la autonomía de las autoridades propias. Actividades que tiendan al mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de infraestructuras o proyectos; aquellas relacionadas con la salud, los derechos humanos y la atención de desastres naturales; y las desarrolladas por las Fuerza Pública en uso exclusivo de sus competencias; fueron excluidas en el proyecto de la exigencia de Consulta Previa, sin sustento normativo aparente.

Estas excepciones a la regla general de exigencia de consulta previa, contradicen la casuística que la Corte Constitucional ha estudiado al respecto, donde ha reafirmado que la única excepción admitida es la ausencia de afectaciones directas, y aún en ese caso se exige un mínimo de participación en cabeza de los pueblos étnicos, en el mismo nivel en que el resto de la población tiene acceso. Es preocupante observar cómo en el artículo en mención se excluye de esta exigencia actividades que busquen el mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de infraestructuras, cuando la Corte ha ordenado la participación de los pueblos étnicos en cualquier fase de ejecución de cualquier proyecto, obra o actividad, teniendo en cuenta su potencial de afectación directa en la vida social y cultural incluso después de implementado¹².

La importancia de permitir que los pueblos étnicos expresen de manera satisfactoria y suficiente su postura sobre las actividades que los afecten, en cualquier momento de ejecución de determinado POA, tiene razón de ser en el hecho de que aquellos, en algunos casos, generan efectos permanentes en el modus vivendi de las poblaciones étnicas afectadas, y es necesario concertar medidas para mitigar o compensar las afectaciones, sin discriminar en medidas. Es un precedente jurisprudencial relevante aquel en el cual la Corte ordenó la consulta previa en favor de una comunidad étnica afectada por la construcción de un batallón, en ejercicio de las competencias constitucionales de la Fuerza Pública, aún cuando aquel llevaba varias décadas de construido, en razón a la persistencia de las afectaciones directas¹³.

Estas excepciones, conforme lo anteriormente expuesto, implican limitar de manera injustificada el ejercicio de la consulta previa en los casos detallados en el listado que

¹² Corte Constitucional. Sentencias T-436 de 2016 y T-021 de 2019.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-005 de 2016.

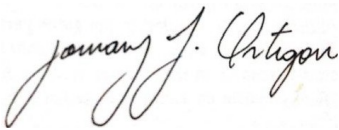
propone el artículo 50, exceptuando actividades con gran potencial de afectación directa como mejoras en proyectos ya realizados, actividades realizadas por la Fuerza Pública, la afectación en la misma intensidad que el resto de la población, y medidas ya ejecutadas. De manera particular, esta excepción contradice el artículo 30.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que establece que “los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”.

No se entienden las razones por las cuales estos supuestos fueron excluidos de la exigencia de consulta, cuando el ordenamiento constitucional busca maximizar la participación y autonomía indígena en todos los asuntos que les afectan y atañen, sin más condición que el carácter directo y específico de los impactos.

III. SOLICITUD

Con fundamento en las consideraciones de derecho presentadas, nos permitimos recomendar el archivo del proyecto que se discute.

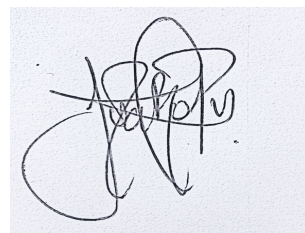
Agradeciendo la atención prestada,



JOMARY ORTEGÓN OSORIO

Coordinadora Área de Litigio
Internacional

C.C. 52.537.603



JUAN DAVID ROMERO PRECIADO

Abogado Acciones Públicas

C.C. 1.032.480.857