

Observaciones al Proyecto de Decreto mediante el cual se modifica el Decreto 1066 de 2015 en lo relacionado con la consulta previa

El Centro de Pensamiento Áncora es una corporación colombiana que pretende fortalecer la democracia a través de la construcción de paz, la protección y garantía de las libertades y derechos, y la redistribución y justicia social. Para lo cual, defiende las instituciones y los valores democráticos; promueve el respeto y goce efectivo de los derechos de personas de protección constitucional reforzada, históricamente excluidas o discriminadas; y coopera con procesos sociales encaminados a la construcción de escenarios democráticos en el marco del Estado social de derecho, la equidad y el modelo de diversidad étnica y cultural. Dichos propósitos se adelantan con énfasis en los Objetivos y Metas de Desarrollo Sostenible.

El presente documento pretende exponer algunas observaciones al Proyecto de Decreto “*Por el cual se adicionan unos títulos de la Parte XX del Libro XX del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, sobre lineamientos para el ejercicio del deber de consulta previa a cargo de las autoridades, en especial en lo relacionado con la coordinación interinstitucional y el relacionamiento con las comunidades étnicas, de acuerdo con el numeral 11 del artículo 189 y parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 1 de la Ley 21 de 1991, el artículo 44 de la Ley 70 de 1993, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, el artículo 70 de la Ley 1098 de 2006, el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011*”, el cual fue publicado en página web del Ministerio del Interior el 26 marzo de 2021, con el propósito de generar el debate público y ciudadano sobre su contenido.

A través de este ejercicio de participación, el Centro de Pensamiento Áncora no actúa -ni pretende actuar- en calidad de representante o vocero de autoridades, organizaciones o pueblos indígenas, afros, negros, raizales, palenqueros o Rom. Nuestro interés obedece al carácter y naturaleza democráticos de la consulta previa y, por lo tanto, a la obligación de todo ciudadano de intervenir públicamente para que, a través de una amplia deliberación, se garantice que todo mecanismo de participación se reglamente bajo estándares que permitan

avanzar hacia la consolidación del modelo democracia participativa establecido en la Constitución Política de 1991.

Teniendo en cuenta lo anterior, y luego de analizar la propuesta, consideramos que el Proyecto de Decreto desarrolla los mínimos del núcleo esencial de la consulta previa en su naturaleza de derecho fundamental y su carácter de mecanismo de participación. Dichos contenidos son de reserva estatutaria y, por lo tanto, no pueden ser objeto de reglamentación vía decreto reglamentario. Además, si bien el decreto retoma algunas de las reglas propuestas en la jurisprudencia constitucional y pretende avanzar en las órdenes de la sentencia SU-123 de 2018, ello no exime al Gobierno nacional de su deber de respetar los mandamientos constitucionales.

En esa medida, solicitamos al Gobierno de nacional desistir de su intención de continuar con el trámite para su expedición y, en su lugar, abrir un espacio de diálogo conjunto con todos los pueblos titulares del derecho a la consulta previa que concluya en un proyecto de ley estatutaria.

A continuación, expondremos brevemente dos argumentos que permiten concluir que la expedición del decreto implicaría la posible extralimitación de las competencias del Gobierno nacional y el desconocimiento de los mínimos constitucionales sobre la distribución de poderes entre las ramas del poder público. Dado lo anterior, insistimos, es necesario desistir de la iniciativa.

1. La propuesta desarrolla el contenido esencial del derecho a la consulta previa

El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) establece el derecho de los pueblos indígenas, afros, negros palenqueros, raizales y Rom a que el Estado les “consulte sobre las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” Para lo cual, el Estado también tiene el deber de establecer “los medios a través de los cuales los pueblos puedan participar libremente” con “la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Así, en materia de consulta previa, al Estado le asisten tres obligaciones de carácter positivo, a saber: a) consultar a los pueblos sobre las medidas que los afecten directamente, b) establecer el procedimiento para garantizar dicha participación, c) lograr un acuerdo u obtener el consentimiento. Las tres obligaciones están interrelacionadas y son interdependientes en tanto definen el qué, cómo y para qué del derecho fundamental, es decir, señalan elementos centrales del contenido esencial de la consulta previa.

A su vez, los artículos 152 y 153 de la Constitución Política establecen que las normas relacionadas con derechos y deberes constitucionales, así como los procedimientos y recursos para su protección, dada su trascendencia material en el Estado social de derecho, tienen reserva estatutaria. Es decir, dichas normas son competencia exclusiva del Congreso de la República, requieren de una aprobación y mayoría cualificada, y son sometidas a control automático y previo por parte de la Corte Constitucional. Incluso, el artículo 150.10 constitucional prohíbe al Congreso revestir al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley sobre materias de carácter estatutario.

Además, es necesario recordar que la consulta previa constituye un mecanismo de participación democrático que materializa el principio de diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Así, el carácter estatutario de la consulta previa también se fundamenta en el artículo 152.d de la Constitución Política, el cual establece que esta reserva también aplica a las normas que regulan instituciones y mecanismos de participación ciudadana. Es decir, la consulta previa tiene restricción estatutaria reforzada.

En esa medida, dado su reconocimiento como derecho fundamental y mecanismo de participación, el Gobierno nacional carece de competencia alguna para reglamentar su contenido, en especial lo relacionado con la definición de la titularidad, obligaciones, principios, contenido y mecanismos de protección. Dicha facultad es exclusiva del Congreso de la República y requiere de control previo y automático por parte de la Corte Constitucional.

Sin embargo, el artículo 1 del proyecto de decreto establece como objeto reglamentar el procedimiento bajo el cual los titulares colectivos pueden gozar del derecho fundamental. En general, la norma pretende regular y definir los contenidos estatutarios sobre titularidad, principios, contenidos y mecanismos de la consulta previa. Por ejemplo, el artículo 2 define el concepto de afectación directa, el cual constituye la columna vertebral del derecho. Es

decir, a través de dicho decreto, el Gobierno nacional asume competencias que son exclusivas del Congreso de la República por disposición constitucional.

En esa medida, al desarrollar contenidos estatutarios, el Gobierno nacional extralimita sus funciones y vulnera en dos niveles el artículo 152 de la Constitución Política. Además, no solo desplaza al Congreso de su función inherente, sino que también impide el control previo y automático al que esta obligado la Corte Constitucional, desconociendo así la estructura básica del Estado social de derecho colombiano.

Es necesario señalar que la reglamentación vía decreto del derecho fundamental y mecanismo de participación genera un absoluto desbalance del principio de pesos y contrapesos que rige al Estado colombiano, dado que constituye un camino que impide a las demás ramas del poder público mantener un orden democrático a través de los mecanismos establecidos constitucionalmente para protegerlo. Incluso, dicho decreto constituye una concentración de poder en la Rama Ejecutiva, ajeno a lo establecido en el pacto constitucional.

Dado lo anterior, por principio de buena fe, y en respeto a las demás ramas del poder público y la Constitución Política, el Gobierno nacional debe desistir de continuar con la expedición del proyecto de decreto.

2. Retomar la jurisprudencia constitucional no exime al Gobierno nacional de respetar la reserva estatutaria

En los considerandos, el decreto enfatiza que los contenidos normativos desarrollados reflejan las reglas, principios y exhortaciones de la Corte Constitucional sobre consulta previa, en especial lo establecido en la sentencia SU-123 de 2018. Sin embargo, la citación de jurisprudencia en la propuesta de decreto reglamentario no exime al Gobierno nacional de respetar los mandatos constitucionales y, como consecuencia, las reservas estatutarias. Además, todo parece indicar que el Gobierno nacional promueve la iniciativa a partir de una interpretación errada de las exhortaciones propuestas por la Corte Constitucional.

El proceso que debe surtir para la expedición de contenidos estatutarios obedece a que dichas normas integran el bloque de constitucionalidad en su sentido débil (T128A/16). Por

lo tanto, requieren de aprobación y control por parte de la Corte Constitucional con el fin de determinar si sus contenidos, en efecto, se rigen o no bajo los preceptos constitucionales.

El bloque de constitucionalidad esta integrado por

Normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados 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. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu (C191/98, y C067/03).

Al pretender regular un derecho fundamental y mecanismo de participación vía decreto reglamentario se impide que la Corte Constitucional ejerza su función de evaluar si los contenidos materialmente reflejan lo pactado y establecido en la constitución política y, en consecuencia, si conservan la coherencia que debe primar en el bloque de constitucionalidad.

A través de su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha propuesto reglas y principios que sirven de criterio de interpretación al Gobierno nacional para que garantice el derecho a la consulta previa. Sin embargo, dichas reglas tampoco sustituyen el deber del Congreso de la República de expedir una regulación estatutaria. Por lo cual, deben comprenderse como una guía transitoria de cara a la omisión legislativa.

Por ello, en la sentencia SU123-2018, la Corte Constitucional exhortó al Gobierno nacional y al Congreso de la República a que

Adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT; así mismo se realicen los ajustes para que la institución encargada de otorgar los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas cuente con autonomía e independencia administrativa y financiera, necesarias para ejercer adecuadamente su función.

La esta exhortación debe comprenderse en el margen constitucional, esto es, diferenciar las competencias que le corresponden a cada una de las ramas del poder público. Así, el Gobierno nacional debe agotar la reglamentación administrativa y el Congreso de la República, una vez agotada la consulta previa legislativa, expedir una ley estatutaria que regule el contenido esencial. En otras palabras, la exhortación al Gobierno nacional se

restringía a realizar los ajustes administrativos necesarios para que la institución competente lograra actuar de forma eficiente. Dicha orden no otorgaba la competencia de definir lo relacionado con la afectación directiva ni demás componentes del contenido esencial del derecho y mecanismo de participación, los cuales son de competencia exclusiva del Congreso de conformidad con el artículo 152 de la Constitución Política.

Es importante recalcar que la Corte exhortó al Gobierno y al Congreso a que, de manera articulada, reglamentaran y regularan, respectivamente, la consulta previa en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT. Una interpretación distinta implicaría desconocer la integralidad del ordenamiento constitucional. Al proponer dicho decreto, el Gobierno nacional produce una interpretación errada de la sentencia que desconoce el bloque de constitucionalidad.

Igualmente, la Corte Constitucional ha manifestado que el procedimiento establecido para las leyes estatutarias también pretende garantizar una permanencia en el ordenamiento jurídico (C756/08, C053/19). Por ello, la expedición de dicho decreto no solo es inconstitucional, sino que también crea inseguridad jurídica por cuanto introduce en el ordenamiento nacional disposiciones de gran relevancia para el Estado social de derecho con efectos políticos, sociales y económicos abiertamente ilegítimos que deberán ser extraídos del ordenamiento y sus efectos revertidos o reparados integralmente por el Estado colombiano.

3. Conclusiones

En conclusión, dados los argumentos expuestos, el Gobierno nacional debe desistir del trámite para expedir el proyecto de decreto propuesto para reglamentar el procedimiento de la consulta previa. De lo contrario, el Gobierno nacional desataría el artículo 152 de la Constitución Política.

Desconocer el artículo 152 implicaría que el Gobierno nacional extralimitaría sus competencias constitucionales, desequilibraría el equilibrio que debe regir entre las Ramas del Poder Público, vulneraría el carácter fundamental de la consulta previa como derecho y mecanismo de participación, y crearía inseguridad jurídica.



ÁNCORA

Centro de Pensamiento **ÁNCORA**
Participación Ciudadana

La Corte Constitucional exhortó al Gobierno para que realizara ajustes institucionales y administrativos necesarios para garantizar el goce efectivo de la consulta previa. En ningún momento abrió la puerta para definir el contenido esencial de la consulta previa.