



ÁNCORA

Centro de Pensamiento **ÁNCORA**
Amicus Curiae

Bogotá D.C., 20 de abril de 2020

Jueza

GLORIA MILENA PAREDES ROJAS

Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán

j05adminpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto.	<i>Amicus Curiae</i>
Proceso.	Acción de Tutela
Expediente.	190013333005 2021 00054 00
Accionante.	Consejo Regional Indígena del Cauca, CRIC
Accionado.	Ministerio del Interior

Jacobo Díaz Blandón, Diana Carrillo González, Jennifer Andrea Montaña Granados, Andrea Carmona Gutiérrez y Andrés Felipe Yasnó Hurtado, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en calidad de investigadores del Centro de Pensamiento Áncora, de manera respetuosa, presentamos el siguiente *amicus curiae* con el objetivo de proponer algunos argumentos en relación con la acción de tutela de la referencia. Nuestro objetivo es contribuir al debate para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales a la consulta y al consentimiento de Pueblos Indígenas, Afros, Negros, Raizales, Palenqueros y Rom (Gitanos).

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.

A través de este concepto, 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 y Rom (Gitanos). 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 de democracia participativa establecido en la Constitución Política de 1991.

En relación con los hechos expuestos por el accionante, consideramos que el Ministerio del Interior vulnera la consulta previa al actuar de forma contraria a los principios de previa, informada y buena fe propios del derecho fundamental. En consecuencia, de manera respetuosa, solicitamos al juzgado tutelar los derechos invocados por el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y ordenar al accionado a desistir de continuar con el trámite del [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 párrafo 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.*”

Adicionalmente, dado que la actuación del Ministerio del Interior afecta a todos los Pueblos Indígenas, Afros, Negros, Raizales, Palenqueros y Rom (Gitanos); recomendamos evaluar la posibilidad de modular el fallo con el fin de crear *efectos intercommunis* a favor de todos los sujetos titulares del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia.

El documento esta dividido en seis secciones, a saber: i) exposición del contexto sobre el estado normativo actual de la consulta previa, ii) explicación de la participación ciudadana en el proceso normativo y sus diferencias generales con la consulta previa, iii) análisis del carácter inconstitucional de las actuaciones del Ministerio del Interior frente al proyecto de decreto bajo discusión, iv) procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, v) efectos *inter communis* de la acción de tutela para el caso concreto, y vi) conclusiones.

1. Contexto sobre el estado normativo actual de la consulta previa

1.1. Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa (Decreto 2613 de 2013, unificado en el Decreto 1066 de 2015)

Mediante la [Directiva Presidencial 10 de 2013](#) y el [Decreto 2613 de 2013](#), el Ministerio del Interior creó el *Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa*, el cual fue concebido como

Un mecanismo de coordinación entre las entidades públicas, destinado a facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes y a compartir criterios e información actualizada que sirvan de soporte para la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas y para el desarrollo mismo de la Consulta Previa (art. 1, Decreto 2613 de 2013).

Organizaciones indígenas,¹ varios académicos² y el Ministerio Público³ han manifestado su preocupación sobre el Protocolo dado que, paradójicamente, fue creado vulnerando el derecho fundamental a la consulta previa; y con el propósito de agilizar la implementaciones del [Conpes 3762](#), el cual afirma que el derecho fundamental es uno de los “cuellos de botella que afectan la agilidad y viabilidad del desarrollo de Proyectos” de Interés Nacional y Estratégicos (PINES) (p. 7). Según organizaciones y academia, el Decreto y Directiva Presidencial debían ser objeto de consulta previa en tanto ambos reglamentan las etapas de la consulta previa, definen a las autoridades representativas, entre otros contenidos esenciales del derecho. Adicionalmente, las normas introducen el concepto de test de proporcionalidad,⁴ el cual ha sido altamente cuestionado.

¹ Destacamos los comunicados del [CRIC](#) y el [Foro sobre consulta previa](#) organizado por la Universidad Externado de Colombia con la participación de organizaciones indígenas.

² Algunos académicos que han cuestionado la expedición de las normas son [Natalia Orduz](#), [Gloria Amparo Rodríguez](#), [Diana Murcia](#) y [Juan Pablo Muñoz](#).

³ Al respecto, recomendamos los informes proferidos por la [Defensoría del Pueblo](#) y la [Procuraduría General de la Nación](#) sobre consulta previa.

⁴ Según la Directiva 10 de 2013, “Luego de realizar los intentos de convocatoria y si los representantes de las comunidades involucradas fueron efectivamente notificados más de una vez y no justificaron incapacidad de asistir o nunca se manifestaron, la DCP podrá dar por concluido el proceso consultivo. Para ello, la DCP convocará a una reunión con el Ministerio Público, invitará al ICANH y las entidades competentes en el ámbito del proyecto donde se advertirán sus posibles impactos para facilitar a la autoridad competente la construcción del test de proporcionalidad que soportará su decisión final.” Igualmente, en su [página web](#), el Ministerio del Interior explica cuándo procede el test. La profesora [Gloria Amparo Rodríguez](#) también explica detalladamente el mecanismo y señala sus problemáticas.

En respuesta a las críticas, el Gobierno nacional argumentó que las normas no desarrollan el contenido esencial del derecho, sino que aclaran a las entidades las etapas y mecanismos que deben surtir para adelantar las consultas, en especial lo relacionado con la certificación de presencia de pueblos en áreas donde se pretenden adelantar los PINES.

No obstante, en sentencia [SU-123 de 2018](#), la Corte Constitucional identificó que el procedimiento aplicado por el Ministerio del Interior para la certificación de presencia, propuesto en el Protocolo, generaba detrimentos al goce efectivo de la consulta previa y del derecho al territorio, al punto de ser el hecho más impetrado en sede constitucional. Igualmente, la sentencia explicó que la procedencia de la consulta previa se determinaba a partir de las posibles afectaciones directas que la medida, Proyecto, Obra o Actividad podía generar sobre los pueblos; y no por la presencia de pueblos en determinadas áreas. En consecuencia, la Corte 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 (orden sexta).

Para ello, la Corte estableció reglas constitucionales de carácter reglamentario y estatutario que debían adoptar el Gobierno nacional y el Congreso de la República, respectivamente, para garantizar el derecho fundamental. Por ejemplo, la sentencia señaló que

El Convenio 169 OIT prescribe que los principios de participación y consulta son fundamentales. En su artículo 6°, se establece el deber general del Estado de consultar a los pueblos indígenas y tribales que sean susceptibles de verse afectados directamente por la expedición de medidas administrativas o legislativas. Dispone que la consulta previa debe adelantarse con herramientas y procedimientos pertinentes y adecuados para llegar a un acuerdo con las autoridades representativas de la comunidad y el artículo 7.3 prevé que los Estados posibiliten la realización de estudios en cooperación con los pueblos interesados para evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente, que puedan recaer ante las actividades que se desarrollen (numeral 5.5).

La sentencia es de gran relevancia puesto que unifica criterios y reglas jurisprudenciales, y organiza los estándares nacionales e internacionales que deben regir para la consulta previa. Además, la Corte introdujo el estándar de debida diligencia de empresas y particulares, según el cual estas

Deben respetar los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para no vulnerar los derechos humanos o contribuir a vulnerarlos; (...) y proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos, a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades (numeral 13.2).

Sin embargo, estimamos que el Gobierno nacional promueve una interpretación errada de la sentencia, como exponemos a continuación.

1.2. Decreto 2353 de 2019 y Directiva Presidencial 08 de 2020

A raíz de la SU-123, el Ministerio del Interior decidió expedir el [Decreto 2353 de 2019](#) y la [Directiva Presidencial 08 de 2020](#), mediante los cuales reformó el Protocolo de Coordinación. Para ello, creó la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP), sustituyó la solicitud de certificación de presencia por la de procedencia de la consulta previa a partir del criterio de afectación directa, y amplió su aplicación para incluir toda medida o POA susceptible de consulta. Es decir, reformó la institucionalidad, el proceso y el campo de aplicación del derecho fundamental.

Según el Ministerio,⁵ la Corte Constitucional exhortó a la cartera a que eliminara la certificación de presencia y, en su lugar, creara una institucionalidad que determinara la procedencia de la consulta previa a partir del estudio de las afectaciones directas que generan las medidas y los POA. Igualmente, en su interpretación sobre la debida diligencia, el Ministerio concluyó que las empresas y particulares son las obligadas a justificar técnica y jurídicamente la existencia o no de dichas afectaciones. Así, la DANCP es una entidad que estudia las solicitudes, soportes y pruebas aportadas por empresas y particulares, y decide de manera unilateral si procede o no la consulta previa.

Aplicando dicha interpretación, el Ministerio ha expedido más de [450 resoluciones](#) en donde define la procedencia o no de consultas previas a partir de los estudios aportados por las empresas y privados. De 454 actos administrativos, el 86% resuelve que la consulta previa no es procedente y, por lo tanto, la medida o POA puede implementarse sin garantizar la participación de los pueblos; aún cuando dichas medidas o POA se pretendan implementar en territorios Indígenas, Afros, Negros, Raizales, Palenqueros, o de tránsito de Rom (Gitanos).

De acuerdo con el Ministerio, la sentencia SU-123 de 2018 definió el carácter y naturaleza del concepto de afectación directa y estableció los casos en los cuales procede la consulta previa. Por ello, la DANCP argumenta que no es necesario abrir un diálogo con los pueblos sobre el posible impacto positivo o negativo que la medida o POA pueda generar. Es decir, según la cartera, la documentación aportada por empresas y privadas, así como el análisis de la DANCP, son suficientes para determinar si existe o no afectación.

⁵ En [webinar](#) de 7 de mayo de 2020, Luis Fernando Bastidas, exdirector de la Dirección de Consulta Previa, explicó la interpretación que el Ministerio del Interior adelantó sobre la SU-123 de 2018. Igualmente, expuso la reforma introducida mediante Decreto 2353 de 2019. Recomendamos revisar los minutos 43:23 y 51:56).

La interpretación desconoce lo establecido en el artículo 7.3 del [Convenio 169 de la OIT](#) que, como lo reiteró la Corte Constitucional, establece la obligación de los gobiernos de

Velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos.

Adicionalmente, a pesar de que son publicadas en la página web del Ministerio, la resoluciones solo son notificadas directamente a la empresa o particular que interpuso la solicitud. Es decir, los pueblos solo tienen conocimiento de la decisión del DANCP cuando la medida o POA sea ejecutada en los territorios o cuando el Ministerio inicie la consulta con afectaciones predefinidas de forma unilateral.

Si bien el nuevo procedimiento empezó a regir a partir de 2019, el Ministerio del Interior aún no ha unificado el lenguaje en los distintos instrumentos que reglamentan el derecho fundamental, entre ellos, el Decreto 2353 de 2013 (Capítulo 2 del Título 5 de la Parte 5 del Libro 2 del unificado en el [Decreto 1066 de 2015](#)). Por este motivo, con el fin de garantizar su armonía, el Ministerio del Interior debe introducir sendas modificaciones a su normatividad.

En todo caso, el Ministerio insiste que el Decreto 2353 de 2019 y la Directiva Presidencial 08 de 2020 no debían someterse a consulta previa porque constituyen mecanismos de coordinación que rigen únicamente al interior de las instituciones. Lo anterior, desconociendo los efectos y afectaciones de ambas normas sobre los pueblos.

1.3. Tres propuestas de modificación al Decreto 1066 de 2015

Desde septiembre de 2020, el Ministerio del Interior ha dado a conocer tres proyectos que versan sobre los derechos fundamentales a la consulta y el consentimiento previos, libres e informados. Los dos primeros pretenden introducir modificaciones puntuales al Decreto 2613 de 2013 con el fin de unificar el lenguaje. Mientras, el último deroga completamente dicho decreto y, en su lugar, propone una reglamentación detallada de la consulta y el consentimiento previos, libres e informados.

El [primer proyecto](#) fue publicado en la página web, en septiembre de 2020. En el documento se propone reformar cuatro artículos del Decreto 1066 de 2015. Ni en los considerandos o memoria justificativa se aclara que el proyecto de decreto debe ser sometido a consulta previa. Incluso, la memoria justificativa omite cualquier alusión al asunto. La propuesta fue objeto de [debate](#) de varios sectores que recomendaron al Ministerio del Interior someter la propuesta a consulta previa.

Posteriormente, en diciembre, el Ministerio del Interior radicó una [segunda propuesta](#) ante la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas ([Decreto 1397 de 1996](#), MPC) con el propósito de someterla a consulta previa. El documento no estaba acompañado por una

memoria justificativa, ni fue previamente publicado en la página web oficial, como sí ocurrió con la propuesta de septiembre.

En comparación con la primera propuesta, los considerandos del segundo proyecto incluyen apartados de la sentencia SU 123 de 2018 sobre afectación directa. Además, en el articulado se propone un campo de aplicación más amplio del Protocolo.

Desde diciembre, las organizaciones indígenas de la MPC iniciaron el proceso de participación y diálogo intercultural, así como el análisis de la medida legislativa propuesta. Sin embargo, por falta de garantías para continuar con la ruta metodológica pactada en diciembre, a principios de marzo, las organizaciones decidieron suspender las actividades hasta que el Ministerio lograra cumplir con lo pactado.

A pesar de la vigencia de la ruta metodológica, posteriormente, el 26 de marzo, el Ministerio del Interior publicó en su página web un nuevo proyecto con el mismo objetivo que sus antecesores. No obstante, esta nueva versión deroga el protocolo y, en su lugar, reglamenta los derechos a la consulta y al consentimiento de forma detallada.

Además, repitiendo la conducta de septiembre, el documento no fue radicado previamente ante las instancias de diálogo y concertación legítimas de los Pueblos Indígenas, Afros, Negros, Raizales, Palenqueros y Rom (Gitanos). Como claramente lo expone la acción de tutela bajo análisis, tanto en los considerandos como en la memoria justificativa se hace alusión a la necesidad de someter la propuesta a consulta previa. Sin embargo, de los documentos es imposible inferir si se agotaron o no las rutas metodológicas vigentes; o si, dada la suspensión, el Ministerio consideró superada la consulta previa y, en consecuencia, aplicó el test de proporcionalidad. Es decir, si el Ministerio pretende radicar el nuevo proyecto ante las instancias representativas; o, en su defecto, declarará la renuencia de los pueblos y, por tanto, continuará con su expedición una vez consolidado el informe sobre participación ciudadana.

Así, el contenido y trámite del proyecto suscitan varias dudas. Es más, en general, las actuaciones adelantadas por el Ministerio del Interior generan gran incertidumbre. ¿Por qué la cartera publicó dos proyectos en su página web mientras otro fue radicado directamente ante las instancias de consulta de los pueblos sin socialización previa por medios virtuales? ¿Por qué el Ministerio formuló un nuevo proyecto cuando actualmente los pueblos estudian el radicado en diciembre de 2020? ¿Por qué la entidad omite proporcionar información clara en sus canales virtuales o memorias justificativas? ¿Cuáles deben ser las restricciones del Ministerio del Interior para reglamentar la consulta previa vía decreto reglamentario?

Los siguientes acápite proponen algunos argumentos que podrían esclarecer estos interrogantes.

2. Participación de la ciudadanía en el proceso de producción normativa y diferencias generales con la consulta previa

De conformidad con el artículo 2 del [Decreto 1273 de 2020](#), el Gobierno nacional debe publicar los proyectos de regulación y sus memorias justificativas en los sitios web oficiales de la entidad responsable de la materia con el fin de garantizar la participación ciudadana. Así, los ciudadanos y grupos de interés cuentan con un plazo de quince (15) días calendario para enviar a la entidad correspondiente sus observaciones sobre los proyectos sometidos a debate. Una vez vencido el término, el funcionario responsable debe suscribir un informe sobre las observaciones remitidas por la ciudadanía, el cual también deberá ser publicado en la página web. Agotado dicho procedimiento, la entidad correspondiente deberá enviar el proyecto final a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para su expedición.

El Decreto 1273 omite esclarecer si las propuestas que afectan a los pueblos deben ser publicadas en la página web antes o después de la consulta previa. En ocasiones anteriores, el Gobierno nacional ha publicado el proyecto para observaciones ciudadanas después de la protocolización de las consultas previas celebradas en las instancias de representación de los pueblos.⁶

El mecanismo establecido en el Decreto 1273 no puede asimilarse ni reemplaza el derecho fundamental a la consulta previa. Tampoco puede considerarse que aquel agota la participación de los pueblos indígenas. Ambos mecanismos de participación democrática obedecen a dos dimensiones distintas. El primero pretende garantizar el derecho a la participación de todos los ciudadanos en términos de igualdad formal; mientras, el segundo, reconoce la discriminación histórica que han sufrido los pueblos y, por tanto, pretende garantizar la igualdad material.

Es importante reiterar que la consulta previa nace como un mecanismo de reparación frente al racismo, la exclusión histórica de los pueblos en la construcción del Estado y los obstáculos que impiden su adecuada participación política. En Colombia, la consulta previa, además, es un mecanismo para superar el actual riesgo de exterminio físico y cultural de los pueblos. No podemos olvidar que la [Ley 89 de 1890](#) etiquetó a los indígenas como salvajes y ordenó su “reducción a la vida civilizada”, lo que legitimó prácticas violentas y discriminatorias contra pueblos y comunidades, siendo el genocidio de las

⁶ Estos son algunos ejemplos de proyectos reglamentarios publicados después de la consulta previa y que incluyen tal información en sus considerandos y/o memoria justificativa: [Decreto por medio del cual se crea la Comisión Nacional de Mujeres Indígenas](#) del Ministerio del Interior; [Decreto por medio del cual se crea la Comisión Nacional Ambiental Indígena \(CNAI\)](#) del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; y [Resolución por la cual se expiden los Lineamientos Técnicos- Administrativos, los Estándares y las Condiciones Mínimas del Programa de Alimentación Escolar - PAE para Pueblos Indígenas](#) del Ministerio de Educación Nacional.

[Caucherías en Putumayo](#) un caso emblemático del fenómeno. Desafortunadamente, el discurso aún sigue vigente y es reproducido por algunos funcionarios.⁷

Dado lo anterior, hasta tanto no se superen prácticas de discriminación histórica, la consulta previa es un mecanismo de participación esencial para preservar el orden constitucional y democrático, así como para materializar el principio de diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. De ignorar el derecho fundamental, no solo se vulneraría la obligación de garantizar la igualdad material y la protección de minorías establecidos en el artículo 13 de la Constitución Política, sino que también se podría catalizar el exterminio físico y cultural de los pueblos.

Además, las consultas previas garantizan que el Gobierno nacional haga presencia en territorios periféricos caracterizados por el [aumento de víctimas del conflicto armado](#), abandono estatal, [falta de conectividad](#) o [medios para comunicarse](#) con las entidades públicas del orden nacional. Esta garantía no la alcanza el mecanismo propuesto en el Decreto 1273 dado que las observaciones deben remitirse mediante una comunicación vía correo electrónico.

La consulta previa, como mecanismo de reparación, también tiene por objetivo reconocer y respetar los sistemas orales, espirituales, culturales, políticos y organizativos de los pueblos al momento de tomar decisiones sobre sus destinos; así como lograr un diálogo intercultural entre los pueblos y el Estado (SU-123 de 2018). Con ello, el ordenamiento jurídico colombiano pretende reconocer y respetar la libre determinación de los pueblos indígenas, su derecho a la autonomía; así como sus facultades jurisdiccionales y legislativas en sus ámbitos territoriales.⁸ Por ende, es inconstitucional suponer que el derecho fundamental a la consulta previa se agota con el mecanismo establecido en el Decreto 1273.

Los argumentos expuestos por el CRIC permiten evidenciar que el Ministerio del Interior no ha sido explícito y diáfano sobre sus pretensiones y el procedimiento que pretende seguir para modificar el Decreto 1066 de 2015. Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que la cartera aún no ha respondido los derechos de petición elevados por el accionante. Dicho silencio impide a las partes regirse bajo un diálogo democrático y constitucional, por un lado; y genera inseguridad jurídica, incertidumbre y desconfianza nacional, por el otro.

El Gobierno nacional esta obligado a regirse bajo los principios de previa, libre, informada y buena fe de la consulta y el consentimiento (SU-123 de 2018). Sin embargo, teniendo en cuenta la exposición anterior, las actuaciones de la entidad no reflejan el cumplimiento de su deber constitucional. Por

⁷ En mayo de 2020, en redes sociales se compartió una grabación en la cual un funcionario del Gobierno nacional agredía verbalmente a las autoridades del CRIC con frases como “siempre serán unos miserables” y otros calificativos peyorativos. El hecho fue reportado por [El Tiempo](#), [Revista Semana](#), [W Radio](#), entre otros medios.

⁸ La jurisprudencia constitucional ha sido bastante reiterativa, por ejemplo T-172 de 2019, T-315 de 2019, [SU-383 de 2003](#), entre otras.

ejemplo, es bastante probable que el Ministerio del Interior pretendiera incumplir su deber de consultar el proyecto que socializó en septiembre, en tanto no hizo referencia alguna sobre la consulta previa, como ha sido la costumbre en otros proyectos. Por su parte, es posible que en diciembre aspirara a legitimar medidas vigentes en los Decreto 2353 de 2019 y Directiva 08 de 2020. Finalmente, sin explicación alguna a los pueblos, en marzo socializó una propuesta que guarda silencio sobre la ruta metodológica o sus verdaderas intenciones, lo que genera mayor zozobra entre los pueblos. Todo lo anterior permite inferir que existe un alto riesgo de que el Ministerio del Interior esté actuando de mala fe.

Dicha probabilidad aumenta si se analiza el contenido propuesto en el proyecto de decreto socializado en marzo. A continuación, expondremos algunos argumentos por los cuales consideramos que el proyecto es abiertamente inconstitucional y se deben adoptar decisiones en sede de tutela para evitar un perjuicio irremediable.

3. **Carácter inconstitucional de las actuaciones del Ministerio del Interior frente al proyecto de decreto bajo discusión**

Consideramos que el Proyecto de Decreto publicado en marzo regula los mínimos del núcleo esencial de la consulta previa en su carácter de derecho fundamental y mecanismo de participación. Dichos contenidos son de reserva estatutaria y, por lo tanto, no pueden ser objeto de reglamentación vía decreto. 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.

A continuación, expondremos brevemente algunos argumentos que permiten concluir que la expedición del decreto implicaría la posible extralimitación de las competencias del Gobierno nacional y el desequilibrio entre las ramas del poder público.

3.1. **La propuesta desarrolla el contenido esencial del derecho fundamental 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, Raizales, Palenqueros y Rom (Gitanos) 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) garantizar los medios, las instituciones, los procedimientos y las condiciones para la participación; y 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.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el caso [Sarayaku vs. Ecuador](#), explicó que la consulta previa es un principio del derecho internacional público dado que su propósito es garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos reconocidos a los pueblos. Así, la consulta se constituye en un metaderecho que protege los derechos al territorio, la cultura, el ambiente y demás reconocidos a los sujetos colectivos.

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, tienen reserva estatutaria dada su trascendencia material en el Estado social de derecho. Es decir, dichas normas son de 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.

Igualmente, 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 regular 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 protección de la consulta previa. Por ejemplo, el artículo 2 define el concepto de afectación directa, el cual constituye la columna vertebral del derecho (SU-123 de 2018). 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 está obligado la Corte Constitucional, desconociendo así la estructura básica del Estado social de derecho colombiano.

Es necesario señalar que la regulación del derecho fundamental y mecanismo de participación vía decreto genera un absoluto desbalance en el principio de separación de poderes que rige al Estado colombiano e impide que las demás ramas del poder público puedan mantener el 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 y otros proyectos con normas del mismo alcance que sean abiertamente inconstitucionales.

3.2. 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, citar a la jurisprudencia 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 ([T-280A de 2016](#)). 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 ([C-191 de 1998](#), y [C-067. de 2003](#)).

Al pretender regular un derecho fundamental y mecanismo de participación vía decreto reglamentario se impide a la Corte Constitucional evaluar si los contenidos materialmente reflejan lo pactado y establecido en la constitución política y, en consecuencia, si conservan o no 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.

La exhortación de la sentencia SU123-2018 al Gobierno nacional y al Congreso de la República 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 regular la consulta previa a través de una ley estatutaria. 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 directa 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. Una interpretación distinta implicaría desconocer la integralidad del ordenamiento constitucional. Por ello, al proponer dicho decreto, el Gobierno nacional aplica una interpretación errada de la sentencia que desconoce el bloque de constitucionalidad.

4. Procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable

Como lo señala el CRIC, la acción de tutela es procedente frente a los hechos narrados dado que no existe otro mecanismo jurídico que garantice la protección de los derechos invocados y el perjuicio irremediable que acarrea desdibujar la separación de poderes y el respeto a las competencias constitucionales. Además, la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que la acción de tutela es el mecanismo preferente para la protección de los Pueblos Indígenas, Afros, Negros, Raizales, Palenqueros y Rom (Gitanos).

La decisión de consultar previamente o no el decreto genera dos escenarios. Primero, si el Gobierno nacional decide someter el proyecto de marzo a consulta, entonces, será necesario iniciar de nuevo el proceso de participación; lo que implicaría formular una nueva ruta metodológica, y fijar un nuevo presupuesto y cronograma, a pesar de que algunos recursos ya fueron ejecutados y comprometidos para la consulta actualmente en curso. Lo anterior, dado que los contenidos de la nueva propuesta son distintos a lo formulado en diciembre. Desafortunadamente, el Ministerio promueve esta incertidumbre ignorando su deber de racionalizar y ejecutar los recursos de forma eficiente debido a la [crisis económica](#) que actualmente atraviesa la nación colombiana.

En el segundo escenario, si los pueblos se niegan a realizar la consulta debido a que sus contenidos son estatutarios, el Gobierno podría aplicar el test de proporcionalidad, declarar la renuencia y expedir el decreto.

De expedirse el decreto, procedería el medio de control de nulidad por el Consejo de Estado. Sin embargo, entre este momento y la posible demanda, se habrán vulnerado varios derechos fundamentales de los pueblos y generado un profundo detrimento al orden constitucional y democrático del Estado social de derecho. Por ejemplo, el decreto será aplicado para desarrollar consultas que tendrán como fundamento una norma que viola los estándares sobre consulta previa; esto implicará graves afectaciones sobre los territorios, la espiritualidad, cultura y pueblos. Además, la actuación podría constituir un precedente para que la Rama Ejecutiva siga expidiendo leyes de reserva legal mediante decretos, lo que implicaría regresar a un [estado de excepción de facto](#), como vivió nuestra nación hace tres décadas, antes de entrada en vigencia la Constitución Política de 1991.

Finalmente, la Corte ha manifestado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales de los pueblos dadas las barreras de acceso a la administración de justicia, riesgo de exterminio físico y cultural, entre otros factores que se constituyen en prerrogativas que habilitan a la acción de tutela como mecanismo preferente para la protección de sus derechos ([T-001 de 2019](#), [T-228 de 2019](#), [A004 de 2009](#)).

En conclusión, como se ha expuesto a lo largo del documento, es posible aseverar que las actuaciones del Ministerio del Interior constituyen vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas que afectan su participación mediante consulta previa y, dado su carácter de metaderecho, los demás derechos de los que son titulares como sujetos colectivos. Por lo cual, y dado la gravedad de ellos frente al Estado social de derecho, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para garantizar un perjuicio irremediable contra los pueblos y la nación.

5. Efectos *inter comunis* de la acción de tutela

Por regla general, las acciones de tutela tienen efectos *inter partes*. Sin embargo, la Corte Constitucional también ha establecido que, en casos concretos y con el objetivo de proteger los derechos fundamentales vulnerados y respetar el principio de igualdad, el juez constitucional “también puede determinar o modular los efectos de sus fallos, decidiendo en un caso concreto cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales fundamentales y garantiza su plena eficacia” ([T-149 de 2016](#)).

Así, la Corte Constitucional ha estimado que la acción de tutela, en estricto cumplimiento de los preceptos que la rigen, puede tener efectos que trascienden su carácter *inter partes*. Por ello, el alto tribunal aplica los efectos *inter communis* de la acción de tutela cuando

Advierte, en un determinado asunto, que amparar exclusivamente los derechos invocados por quien promueve la acción, sin considerar los efectos que tal decisión tendría respecto de quienes en circunstancias comunes no acudieron a dicho mecanismo, podría implicar el desconocimiento de otras garantías fundamentales (T-149 de 2016).

Es más, mediante sentencia [SU1023 de 2001](#) estableció que

Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.

En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado (...).

Pero además, la modulación de los efectos de la sentencia de tutela se justificó por otras cuatro razones: i) para evitar que la protección del derecho de uno o algunos de los miembros del grupo afectara los derechos de otros; ii) para asegurar el goce efectivo de los derechos de todos los miembros de una misma comunidad; iii) para responder al contexto dentro del cual se inscribe cada proceso; y iv) para garantizar el derecho a acceder a la justicia que comprende la tutela judicial efectiva.

En ese orden, según [Catalina Botero Marino](#), los efectos *inter comunis* de la acción de tutela, propuestos por la Corte Constitucional, proceden cuando:

- a. Se trate de personas en la misma situación de hecho.
- b. Exista identidad en los derechos fundamentales vulnerados.
- c. Concurra identidad del hecho generador de la vulneración.
- d. Conste la misma identidad del accionado.
- e. Asista el reconocimiento del derecho.
- f. Se evidencie identidad en la pretensión.

Desde esa óptica, los efectos *inter comunis*, según la sentencia T-149 de 2016, proceden en un fallo de tutela cuando, de manera excepcional, los efectos pueden extenderse a situaciones específicas de personas que:

- a. No promovieron la acción constitucional, pero se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó.
- b. Son afectadas por el actuar de una misma autoridad o particular.
- c. Tienen derecho a un trato igualitario que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En últimas, los efectos *inter comunis* deben comprenderse como una base de garantía de igualdad y no discriminación, que se justifica frente a la necesidad de dar a todos los integrantes de una misma comunidad, que ven afectados sus derechos de la misma manera, el trato equitativo y justo que produce la acción de tutela, a pesar de que solo uno de sus integrantes haya acudido a ella.

Frente al caso en concreto, como se ha manifestado, las actuaciones del Ministerio del Interior no solo afectan de manera particular al accionante, sino que también constituyen graves perjuicios a los Pueblos Indígenas, Afros, Negros, Raizales, Palenqueros y Rom (Gitanos). En esa medida, consideramos que es procedente declarar efectos *inter comunis* para la protección de todos los pueblos étnicos colombianos.

Finalmente, es importante evitar que el Gobierno nacional expida contenidos estatutarios vía decreto que pueden afectar a la sociedad colombiana. En el caso bajo estudio, el análisis se relaciona con el derecho a la consulta previa, lo que facilita el debate en sede constitucional. Sin embargo, la nación colombiana, en general, no cuenta con mecanismos expeditos que impidan que sus derechos fundamentales sean reglamentados vía decreto ejecutivo. Por lo cual, los efectos *inter comunis* también podrían interpretarse como una defensa del Estado social de derecho frente a este tipo de actuaciones.

6. Conclusiones

En conclusión, 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. Por lo cual, es necesario modular las actuaciones del Gobierno nacional en sede constitucional.

En ese sentido, y teniendo en cuenta lo expuesto, es necesario adoptar medidas para que el Gobierno nacional desista del trámite para expedir el *“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.”*

De lo contrario, es posible que se habilite al Gobierno nacional para que extralimite sus competencias constitucionales, quebrante el principio de separación de poderes, vulnere el carácter fundamental de la consulta previa como derecho y mecanismo de participación, y fomente la inseguridad jurídica. Por lo cual, consideramos oportuno analizar la procedencia de una sentencia con efectos *inter comunis*.

Igualmente, estimamos oportuno que el Ministerio del Interior garantice el derecho fundamental de petición del CRIC y, en consecuencia, responda los oficios remitidos por el CRIC.

Finalmente, la acción de tutela también puede proceder como un mecanismo para que el Ministerio del Interior exponga a los pueblos indígenas cuáles son sus pretensiones frente a la reforma del Decreto 1066 de 2015. De esta forma podría promoverse un diálogo intercultural, respetuoso, coordinado y de buena fe que garantice efectivamente los derechos fundamentales de los pueblos, en especial a la consulta y consentimiento previos, libres e informados.

Esperamos que los argumentos aquí expuestos sirvan como elementos para decidir sobre la acción de tutela.