

ACUERDO FINAL Y CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA.

Del Mecanismo
Abreviado al Ordinario

akubadaura



ACUERDO FINAL Y CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA. Del Mecanismo Abreviado al Ordinario

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera ha representado, sin duda, un reto importante para los Pueblos Étnicos. Partiendo del enorme esfuerzo para lograr ser escuchados e incorporar un capítulo étnico que incluyese salvaguardas y garantías para sus derechos en la interpretación e implementación de cada uno de los puntos del Acuerdo, sin mencionar el reconocimiento como pueblos afectados gravemente por el conflicto armado interno que, además, han sufrido condiciones históricas de injusticia, producto del colonialismo, la esclavización, la exclusión y desposesión de sus tierras.

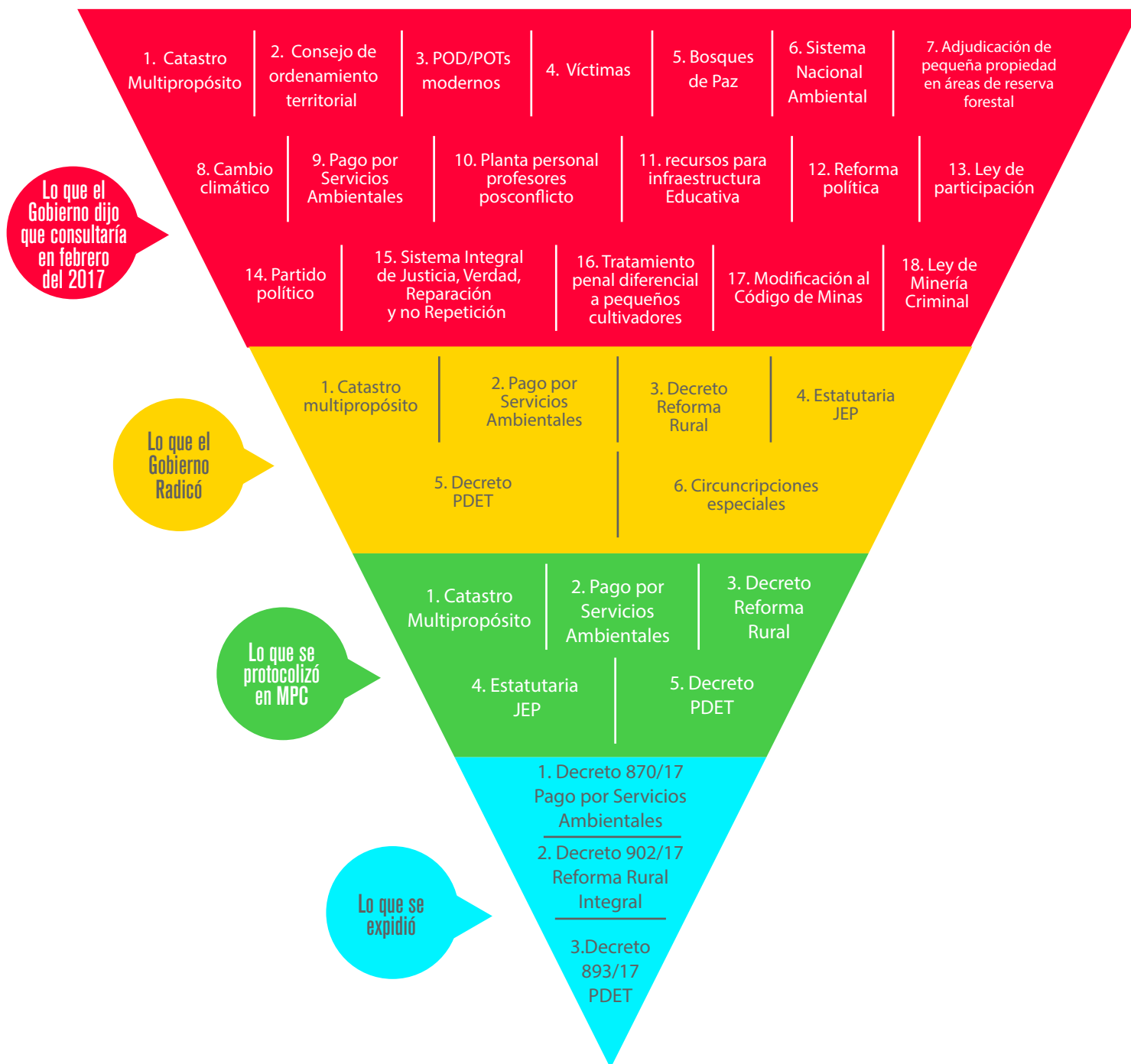
Para el caso de los Pueblos Indígenas, se logró concertar entre estos y el Gobierno Nacional una ruta metodológica para la Consulta Previa, Libre e Informada de los proyectos legislativos y administrativos a

expedir en el marco del Mecanismo Legislativo Abreviado, la cual se asumió como contribución de los pueblos a la Implementación del Acuerdo, bajo un procedimiento excepcional y único en lógica del Fast Track.

No obstante, de las más de 50 iniciativas de medidas legislativas previstas y/o adelantadas mediante el Procedimiento Legislativo Especial y de las cerca de 80 medidas administrativas emitidas por el Gobierno a través de Presidencia y sus dependencias, solo 18 fueron consideradas por el Gobierno Nacional para ser Consultadas a los Pueblos Étnicos. Sin embargo, solo 6 fueron radicadas ante la Mesa Permanente de Concertación Indígena (3 de ellas no se consideraron inicialmente), 5 protocolizadas en el mismo órgano y solo 3 expedidas, como se muestra a continuación:

Tabla 1. Normas a consultar, radicadas, protocolizadas en el marco de la MPC y expedidas.

Lo que el Gobierno dijo que Consultaría en febrero de 2017



Fuente: Elaboración propia según datos de la Secretaría Técnica Indígena de la MPC



Según la respuesta otorgada por el Ministerio del Interior¹, las consideraciones respecto a la necesidad de realizar o no la Consulta Previa de las medidas administrativas y legislativas relativas al texto del Acuerdo Final para la Paz, fueron definidas por el Viceministerio para la Participación e Igualdad de Derechos a partir del criterio de Afectación Directa y específica reiterado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional señalando que:

“En aquellos eventos en los cuales el análisis realizado a partir de los criterios jurisprudenciales (...) determinó la necesidad de realizar Consulta previa, el proyecto fue sometido a este trámite ante las respectivas instancias de representación. En cualquier caso, se trató de decisiones razonadas y desprovistas de arbitrariedad, sino que obedecieran a un ejercicio de confrontación del texto del proyecto normativo frente a los criterios fijados por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, en aplicación del antedicho test”

Según la señalada entidad, se estableció un test que respondía a las siguientes inquietudes:

1. ¿El proyecto implica una intervención (Política, Plan o proyecto) sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas?
2. ¿El proyecto se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT?
3. ¿El proyecto implica la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica?
4. ¿El proyecto implica una incidencia “diferencial” de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población?

¹ Respuesta del Ministerio del Interior OFI18-475-OAJ-1400 el 12 de enero de 2018 a Derecho de petición radicado por la Corporación Comunidad de Juristas Akubadaura bajo radicado Número EXTM117-57017

Como se observa, este cuestionario de identificación de afectación directa específica que realiza el Ministerio del Interior basándose en algunas de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional², desconoce métodos interpretativos que del mismo modo el Alto Tribunal ha determinado para lograr determinar las afectaciones en un marco de garantías al derecho fundamental en cuestión, tal es el caso de la Sentencia C-194/13, en la cual se señala que en principio, toda interpretación debe ser casuística, es decir, en cada caso se deberá examinar la situación concreta para establecer el grado de afectación. Ésta puede estar enmarcada en una **interpretación textual**, la cual se refiere a establecer si la medida (i) regula desde su texto una temática de aplicación general para todos los colombianos, que no tiene incidencia particular en la identidad diferenciada de las comunidades étnicas; o (ii) contienen expresiones normativas que refieren a posiciones jurídicas de las comunidades étnicas y, además, regulan asuntos que hacen parte de la construcción de dicha identidad, por lo que deben ser objeto de consulta. O puede ser una **interpretación sistémica**, es decir, desde un análisis a partir de los contenidos transversales, “a fin de determinar si estos interfieren de manera específica en asuntos propios de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas.”

Agrega la Corte en tal Sentencia que “cuando la Sala ha utilizado este mecanismo, suele también tener en cuenta otras regulaciones que integran el sistema normativo al que pertenece la disposición acusada. Ello con el fin de definir si concurre la afectación directa base de la obligatoriedad de la consulta previa.”

Esta última mención es importante en la medida que direcciona el análisis hacia la vinculación que exista entre la norma en estudio con otras, las cuales tengan una relación con los derechos de los Pueblos Étnicos, que es el caso de varias de las normas adelantadas mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la implementación del Acuerdo Final de Paz, toda vez que existen normas que están relacionadas con derechos de los pueblos, y no solo en temas de recursos naturales o tierras, que tienen como precedente el capítulo étnico, en materia de reforma rural, participación, solución al problema de drogas ilícitas, víctimas, fin del conflicto y los demás puntos del Acuerdo.

Señala además el Alto Tribunal en la Sentencia tratada que, existe un tercer método: **La interpretación histórica y contextual**, y declara: “Con base en él, la Corte ha tenido en cuenta los antecedentes legislativos de la medida analizada, al igual que los debates sociales y al interior del Congreso. Ello con el fin de definir si la normativa tenía el grado de incidencia exigido por el criterio de afectación directa (...)” Y en ese mismo sentido, podrían atenderse precedentes tan relevantes como el capítulo étnico y las acciones colectivas y jurídicas que en relación a éste adelantaron las organizaciones étnicas para incluir garantías a sus derechos en el Acuerdo Final.

Así mismo, plantea un cuarto método: **interpretación teleológica**, atendiendo a la finalidad de la medida y su grado de impacto a las comunidades étnicas.

De lo anterior, puede evidenciarse que el Ministerio del Interior podría estar atendiendo los asuntos formalmente bajo un método casuístico, dado que se concluye de su respuesta, que confronta el texto de los

² T-800/14 (De la cual basa las preguntas del cuestionario), C-030/2008, C-175/09, C-366/11, C-490/11, T-080/17,

proyectos con el test, pero dicho cuestionario solo tiene en cuenta los métodos de interpretación más básicos y menos flexibles, como lo son la textual, la sistémica y la teleológica, aunque no lo indique de manera expresa en sus afirmaciones, sin embargo, la histórica y contextual es dejada de lado, siendo ésta tan importante como las demás, en el sentido señalado por la Corte en la misma providencia: "en ese análisis casuístico, todos estos métodos operan de manera correlativa".

Adicionalmente, el aplicar el test de identificación de **afectación directa específica**, tanto en procedimientos ordinarios como en el marco de la implementación normativa del Acuerdo Final, se evidencia la no inclusión de un enfoque étnico en consonancia con los principios, garantías y salvaguardas acordadas en el capítulo étnico, incumpliendo con una de las más esenciales, el Derecho Fundamental a la Consulta Previa en su carácter principal.

Cabe resaltar, que la Corte Constitucional en su ejercicio de control automático de las normas tramitadas vía Procedimiento Especial, con base a lo ordenado en el Acto Legislativo 01 de 2016, ha acogido prácticamente el mismo criterio de **afectación directa específica** para identificar si la norma del caso debió surtir el "trámite" consultivo a los pueblos étnicos, lo que ha ocasionado que el ámbito de aplicación de este derecho se haya reducido sustancialmente, pese a que algunas de las normas estudiadas por el Alto Tribunal, evidentemente tocan temas que, incluso en un análisis de interpretación textual, sería indiscutible el deber de realizar la Consulta a los pueblos, pero como se realiza desde una lógica tan reducida, podría decirse que no se


hace un exámen casuístico sino que se reitera la jurisprudencia que les permite negar el amparo, aunque supuestamente protege, al derecho fundamental que es además salvaguarda de otros derechos. Esta situación, podría leerse como contraria al principio de No regresividad estipulada en el Acuerdo Final, dado que, se congela la progresividad del derecho y se desconoce que existen espacios institucionales para la concertación con una ruta ajustada a las condiciones del Procedimiento Legislativo Abreviado.

Es necesario señalar que la negación de la protección a este derecho también se ha reiterado para casos que han llegado entre 2017 y 2018 a la Corte Constitucional, como se muestra a continuación:

Tabla 2. Número de Sentencias emitidas por la Corte Constitucional – Clasificación de protección

Año	2017	2018
Total sentencias sobre medidas legislativas y administrativas temas inconexos al Acuerdo final	12	4
Total protegen derecho	7	0
Total niegan derecho	5	4
Total sentencias control procedimiento "fast track"	8	4
Total protegen derecho	1	0
Total niegan derecho	7	4

Fuente: Elaboración propia a partir de las Sentencias emitidas por la Corte Constitucional entre 2017 y 2018



Ahora bien, ha agregado la Corte en las providencias que, pese a que no es obligatorio llevar a cabo la Consulta Previa, sobre lo cual ya se ha indicado las consideraciones respectivas, sí deberá respetarse el derecho a la participación de las comunidades³ en el desarrollo de proyectos y programas tendientes a la implementación de tales medidas; sin embargo, es reiterada la queja de comunidades y organizaciones étnicas sobre la no realización de Consultas para el desarrollo de programas⁴ en los territorios o la equiparación de socializaciones con el ejercicio de su derecho fundamental, lo que a todas luces es violatorio de este y los demás derechos. No puede dejarse de lado tampoco, los hallazgos de la Contraloría⁵ en relación con la poca importancia que le da el Gobierno Nacional a la Consulta Previa, notorio en la falta de medidas para su ejercicio y eficacia:

“La subestimación de la importancia de la concertación y de la consulta previa con las comunidades étnicas con respecto a las leyes que las afectan entorpece la construcción de legitimidad de las políticas públicas y la confianza comunitaria en las instituciones. Además, impide que el Gobierno, primero, tenga una aproximación más precisa a los problemas que debe resolver la política pública

y, segundo, adecue sus intervenciones a las realidades particulares de las comunidades, de manera que la inversión pública sea más efectiva y se reduzca la necesidad de repetir procesos que puedan requerir nuevas inversiones.”⁶

Por otro lado, la vida jurídica del Mecanismo Legislativo Especial o Fast Track terminó en noviembre de 2017. Se tramitaron cerca de 120 medidas para la implementación del Acuerdo, tanto administrativas como legislativas, de las cuales, como ya se indicó, solo cinco fueron Consultadas efectivamente con los Pueblos Indígenas. Las normas que a esa fecha estaban cursando trámite en el Congreso fueron archivados⁷, por lo que, excepto dos de ellas⁸ que siguieron su curso normal, todas debieron ser radicadas nuevamente ante el Parlamento para ser tramitadas bajo el procedimiento ordinario de acuerdo a la Ley 5° de 1992, esta vez ya no solo por iniciativa del Gobierno y sus dependencias sino de las demás estimadas por la Ley.

El panorama actual de los proyectos legislativos tendientes a la implementación o relacionados con el tema que fueron radicados nuevamente en el Congreso de la República son los siguientes :

³ Corte Constitucional Sentencia T-713 de 2017 Caso Pueblo Yukpa de la Serranía del Perijá frente a la implementación inconsulta de las Zonas Veredales transitorias de Normalización del municipio de la Paz en el departamento del Cesar.

⁴ Fundación Ideas para la Paz FIP. Informe semestral 02. Septiembre 2017. Efectos colaterales de la implementación del PNIS: “Es relevante destacar la inconformidad por parte de las poblaciones afrodescendientes e indígenas, que han manifestado no sentirse incluidas y consultadas. Diferentes organizaciones afirman que la creación y el desarrollo del PNIS desconoce la consulta previa, libre e informada. En esta medida, es necesario rediseñar o adecuar los escenarios de deliberación para disminuir la incertidumbre y la falta de claridad, sobre todo, cuando la complejidad del PNIS aumenta a medida que avanza su implementación”

⁵ Contraloría General de la República. Agosto de 2018. Segundo informe al Congreso sobre la ejecución de los recursos y cumplimiento de las metas del componente para la paz del Plan Plurianual de Inversiones. Pág. 132
<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/787219/Segundo+informe+al+Congreso+sobre+la+ejecuci%C3%B3n+de+los+recursos+y+cumplimiento+de+las+metas+del+componente+para+la+paz+del+Plan+Plurianual+de+Inversiones+1+de+enero+de+2017+a+30+de+marzo+de+2018.pdf/6af3e981-05e3-44b0-8d3d-c334edbc60c6>

⁶ Cita 156 del informe: “Según lo señalado por el Programa en la respuesta dada al requerimiento 2018ER0044991, el enfoque se limita a la socialización del PNIS con las comunidades. Además, en el documento de descripción de la ruta metodológica en el PNIS no especifican fases de intervención que incluyan el componente étnico.”

⁷ Información proporcionada por Alejandro Parada, Politólogo, experto en procedimiento legislativo y seguimiento a la implementación normativo del Acuerdo final.

⁸ Proyecto de reforma a la ley 152 de 1994 y el Proyecto de adjudicación de baldíos en reserva forestal.

⁹ Boletín #30 noviembre de 2018. “Observando la implementación del Acuerdo de paz”.

1. Circunscripciones especiales transitorias de paz¹⁰.
2. Reforma política.
3. Adjudicación u otorgamiento de uso de baldíos en reservas forestales protectoras-productoras y de reserva forestal de la Ley 2° de 1959, sin sustracción y se dictan otras disposiciones¹¹.
4. Tratamiento penal diferenciado a pequeños cultivadores.
5. Reforma a la ley 160 de 1994.
6. Jurisdicción Agraria.
7. Reforma a la ley 1448 de 2011 (restitución de tierras).
8. Reforma a la ley 152 de 1994.
9. Adecuación de tierras.
10. Tipo penal de paramilitarismo.
11. Modificación al acceso de información reservada por parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).
12. Abuso sexual como delito no conexo al delito político.
13. Beneficios y creación de salas especiales en la JEP para miembros de la fuerza pública.

Ahora bien, para el trámite de estas iniciativas, los Pueblos Étnicos deberán establecer el camino para que el Estado cumpla con su obligación de garantizar el Derecho Fundamental a la Consulta Previa, Libre e Informada, incluso aquellas que ya han sido expedidas, que no se consultaron y que atendían a criterios realmente en la lógica de un Estado garantista de derechos a los colectivos étnicos, en especial, en un país donde dichos pueblos se encuentran en un rezago social tan enorme que los ubica en situaciones de riesgo de pervivencia.

De las normas que están cursando trámite ordinario para la implementación del Acuerdo Final, a consideración de la Comunidad de Juristas Akubadaura, las siguientes como mínimo, debieron ser radicadas ante la Mesa Permanente de Concertación y demás instancias étnicas, previa radicación en el Congreso:

Tabla 3. Normas en trámite ordinario para la implementación del Acuerdo Final que debieron ser radicadas en los espacios de concertación étnicos según la Corporación Comunidad de Juristas Akubadaura

Proyecto legislativo en trámite ordinario para implementación del Acuerdo Final	Estado
Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz	Hundida en Plenaria de Senado
Reforma Política	Aprobada en Senado con modificaciones
Adjudicación u otorgamiento de uso de baldíos en reservas forestales	Radicado por iniciativa parlamentaria
Tratamiento penal diferenciado a pequeños cultivadores	Radicado por iniciativa parlamentaria
Reforma a la Ley 160 de 1994	Radicado por iniciativa gubernamental
Jurisdicción Agraria	Radicado por iniciativa gubernamental
Reforma a la Ley 1448 de 2011	Radicado por iniciativa parlamentaria
Reforma a la Ley 152 de 1994	Aprobada en Comisión en Cámara
Adecuación de tierras	Radicado por iniciativa gubernamental
Modificación al acceso de información reservada por parte del SIVJRNR	Radicado por iniciativa parlamentaria
Abuso sexual como delito no conexo al delito político	Trámite en Senado

¹⁰ Hundido en Plenaria del Senado el 14 de noviembre de 2018 y que por términos ya no podrán ser tramitados en Cámara en lo que resta a la legislatura.

¹¹ <http://www.imprenta.gov.co/documents/10280/3796703/g83B.pdf/bbd13f7b-0844-47db-9961-a9f6c3c81ec9>

Estas iniciativas legislativas debieron y deben ser consultadas a los pueblos étnicos en la medida que: tanto las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz como la Reforma Política, hacen parte del punto 2 del Acuerdo Final y se circunscriben a lo plasmado en el inciso B sobre salvaguardas y garantías del capítulo étnico, igualmente, estas fueron identificadas por el Gobierno Nacional como aquellas normas a ser radicadas ante la MPC para consulta, por su parte, el proyecto de modificación al acceso de información reservada por parte del SIVJRN, cuyo diseño y ejecución –que incluye modificaciones-, fueron contemplados en el apartado E de salvaguardas y garantías del capítulo étnico del Acuerdo Final.

Al hablarse de Reservas Forestales en Colombia, se está involucrando sin duda alguna, el territorio y en especial a los territorios indígenas, esto en la medida que de las 240 mil hectáreas que conforman el total del área de las Reservas Forestales de la ley 2° de 1959, cerca de 195 mil de ellas corresponden a zonas de Resguardos constituidos; sin mencionar que, más allá de la delimitación territorial, para las comunidades indígenas, muchas de las zonas de bosques representan espacios sagrados que deben ser respetados y protegidos.

Adicionalmente, la conexidad entre la Ley 1448 de 2011 con el Decreto Ley 4633/11 para la restitución de derechos territoriales a pueblos y comunidades indígenas, implica que el curso que siga la primera podría extenderse hasta la segunda. Así como la Modificación de la Ley 152 del 94, sobre planeación y que claramente los estándares internacionales y nacionales señalan deben ser consultados, lo cual se ha realizado en los últimos dos Planes Nacionales de Desarrollo, precedente que indica la necesidad de incluir el enfoque étnico en dicha norma.



En relación con los temas agrarios, no se deben desconocer los problemas existentes entre colonos y comunidades indígenas, lo que conlleva a que, para no propiciar desde el Estado el aumento de los conflictos territoriales, la modificación a la Ley 160 del 94 como la creación de la jurisdicción agraria, sea informada y consultada a los pueblos étnicos que pueden llegar a tener interés sobre dichas iniciativas. Porque el negar reiteradamente el derecho a la Consulta bajo preceptos estables, va en contravía a la naturaleza cambiante de la interpretación de derechos atendiendo las realidades que van surgiendo en las sociedades.

En relación a las iniciativas en trámite que deben ser consultadas: ¿Cómo reconocer que los pueblos étnicos han sido víctimas del Conflicto armado interno y desconocer que las mujeres indígenas han sido las principales afectadas no solo culturalmente sino física y sexualmente? De allí que, independientemente, de quién sea la iniciativa sobre abuso sexual como delito no conexo al delito político, esta debió ser informada y consultada ante los órganos correspondientes para tal efecto.

Finalmente y en concordancia con la Corte Constitucional, se recomienda que para establecer si la normatividad a expedir requiere o no ser consultada, se generen instancias bilaterales entre el Gobierno Nacional y los Pueblos Étnicos, en donde, por cada iniciativa normativa se establezca como mínimo y con una mirada integral:

- Si existen elementos que tengan incidencia en los pueblos étnicos
- Contienen expresiones normativas sobre pueblos étnicos
- Los asuntos de la medida interfieren en asuntos de la identidad de los pueblos étnicos
- Si existen otras normas relacionadas con la iniciativa, con relación a Pueblos Étnicos
- Antecedentes legislativos de la medida, para determinar si existe incidencia sobre Pueblos Étnicos
- El grado de impacto de la iniciativa en los Pueblos y comunidades étnicas.
- Afecta o no las salvaguardas y principios establecidos en el capítulo étnico del Acuerdo Final.



ACUERDO FINAL Y CONSULTA PREVIA, LIBRE
E INFORMADA. Del Mecanismo Abreviado al Ordinario

Elaborado por:
Corporación Comunidad de Juristas Akubadaura.

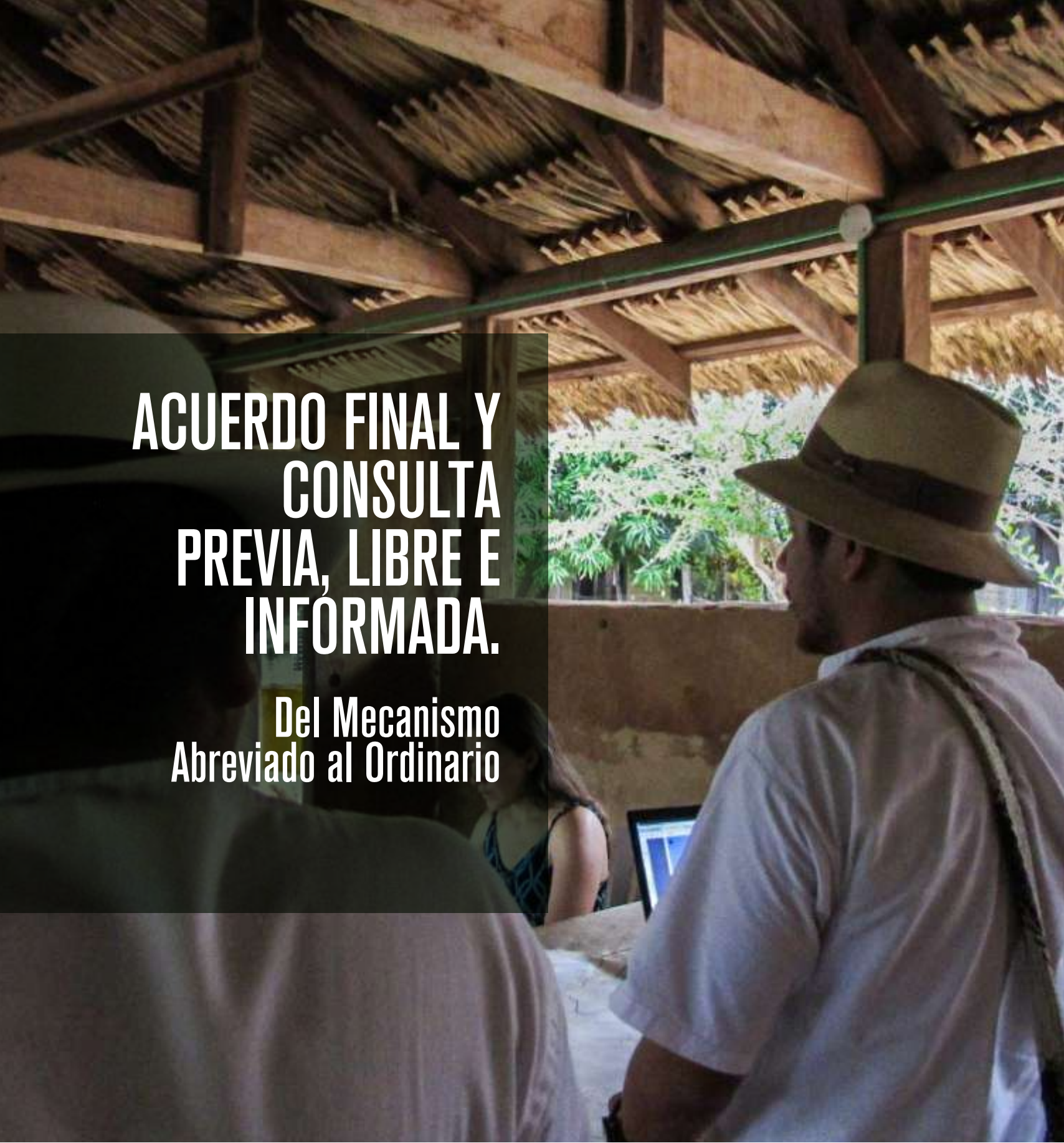
Contenidos:
Linda Marcela Acosta Ortiz
Maryis Del Rosario Pacheco Carvajal

Revisión:
Lina Marcela Tobón Yagarí

Diagramación:
Julián Darío Mejía Hernández

Fotografía:
Archivo Corporación Comunidad de Juristas Akubadaura

Diciembre de 2018

A photograph of a man wearing a light-colored shirt and a wide-brimmed hat, looking out from a structure with a thatched roof. The background shows lush greenery. The text is overlaid on the left side of the image.

ACUERDO FINAL Y CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA.

Del Mecanismo
Abreviado al Ordinario

The logo for 'akubadaura' features the name in a bold, lowercase, sans-serif font. Above the text is a stylized green silhouette of a mountain range, and below it is a thin green horizontal bar with a white silhouette of a landscape at the bottom.

akubadaura