

#ENDEFENSADELOSPUEBLOSÉTNICOSYLAVIDA

**LA EMERGENCIA SOCIAL DEBE RESPETAR
LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA
PARA PROTEGER NUESTROS
PUEBLOS**

Presentado por:



Acciones Jurídicas

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CIRCULAR DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, QUE PERMITE CONSULTAS PREVIAS VIRTUALES

La Comunidad de Juristas Akubadaura, organización social y sin ánimo de lucro, que presta asesoría legal, asistencia jurídica y acompañamiento a las acciones de defensa y promoción de los derechos humanos y colectivos a los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas de Colombia.

En virtud de la Circular 2020 – DMI – 1000 expedida el pasado 27 de marzo por la Ministra del Interior, Dra. Alicia Arango Hoyos y por medio de la cual “se recomienda, promueve y permite, el uso de medios virtuales para la realización de la consulta previa de medidas legislativas y administrativas, para la prevención de los contagios del COVID19”

CONCEPTÚA

PRIMERO: que el artículo 125 de la Constitución Política (sobre Estados de Emergencia Económica, Social y Ecológica) en que se justifica, no autoriza la emisión de disposiciones que suspendan los derechos humanos y libertades fundamentales, o limiten la aplicación y vigencia de los Tratados y Convenios Internacionales en que se basan:

Sentencia C252 -2010 “...si bien la carta Política le confiere al Presidente de la Republica poderes extraordinarios, no revisten un grado absoluto, al encontrarse limitados por diversos tipos de controles (políticos y jurídicos) que buscan impedir los excesos y a la vez garantizar los principios fundamentales del Estado. En esa medida, las facultades excepcionales son restrictivas, no pueden suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales...”

Ley 137 de 1994 (Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia) **Artículo 3°.** Prevalencia de tratados internacionales. De conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política, los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Congreso de Colombia, prevalecen en el orden interno. En todo caso se respetaran las reglas del derecho internacional humanitario, como lo establece el numeral 2° del artículo 214 de la Constitución. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

SEGUNDO: que en ese sentido, el Decreto 417 de 2020 (*Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*), tampoco autorizó (ni lo puede hacer) disposiciones que modifiquen el alcance de derechos fundamentales como el de la consulta previa, libre e informada, sobre lo contemplado en el Convenio 169 de 1989, la norma que lo ratifica (Ley 21 de 1991) y jurisprudencia de la materia:

“ARTÍCULO 3 (del mismo Decreto). *El Gobierno nacional adoptará mediante Decretos Legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este Decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo”*

TERCERO: la decisión de la Ministra del Interior, de permitir de forma inconsulta y por vía de Circular, desarrollar consultas previas por medios virtuales, desconoce las realidades y circunstancias de los pueblos indígenas de Colombia, frente a sus límites en el acceso universal y efectivo a tecnologías de la información y comunicación, y frente a sus formas tradicionales de comunicación y decisión, en desacato del principio de adecuación cultural de las Consultas, y del enfoque diferencial de las medidas administrativas, del que tratan fallos judiciales como la Sentencia T025 de 2004, y los Autos 004 de 2009 y 277 de 2017 de la Corte Constitucional, restringiendo la vigencia y acceso a este derecho por parte de los mismos, en términos de lo establecido en el Convenio 169 -89 de la OIT y normas derivadas.

Convenio 169 - 89 de la OIT

Art 7 num. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 8 num. 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario

CUARTO: que la Circular en cuestión desborda su naturaleza legal, en tanto no se limita a orientar o expresar el pensamiento de un funcionario con respecto a alguna norma existente, sino que busca flexibilizar el acceso y goce de un derecho fundamental como la consulta previa “recomendando, promoviendo y **permitiendo**” mecanismos y canales de materialización de este derecho, no dispuestos en la norma ni concertados con los pueblos étnicos:

Sentencia 2556 de 2012 del Consejo de Estado (Sala Plena)

“Ha precisado esta Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial. Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. Conforme a lo señalado, se parte de la premisa de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados.

No obstante puede ocurrir que, por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo”.

QUINTO: que este desbordamiento de facultades administrativas (acto administrativo disfrazado de Circular), constituye una extralimitación de funciones con implicaciones judiciales, tanto para el funcionario emisor de la Circular, como para la vigencia de la disposición contemplada en la misma:

Ley 137 de 1994 (Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia)

Artículo 20. Control de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.

Artículo 52. Responsabilidad. Cuando se declaren los Estados de Excepción sin haber ocurrido los casos de Guerra Exterior, Conmoción Interior, o Emergencia Económica, Social y Ecológica, serán responsables el Presidente de la República y los Ministros. También lo serán los demás funcionarios y agentes del Gobierno por los abusos y extralimitaciones que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades y en la aplicación de las medidas de que tratan estas materias.

Para tal efecto, durante estos Estados, también regirán las disposiciones constitucionales y legales sobre responsabilidad política, civil, administrativa y penal. En los decretos respectivos serán establecidas las medidas, sistemas y procedimientos que impidan o eviten excesos en la función que corresponde cumplir a los representantes o agentes gubernamentales.

Por lo que esta organización:

RECOMIENDA

PRIMERO: solicitar la modificación urgente y parcial de la segunda y tercera disposición de la Circular descrita, para subsanarla y armonizarla al bloque de constitucionalidad colombiano en lo descrito, quedando así:

II. Concertar con las autoridades de pueblos y comunidades étnicas en proceso de consultas previas territoriales y nacionales, los alcances y posible uso de herramientas tecnológicas y canales virtuales para el desarrollo de las mismas, como medida excepcional y transitoria, durante el aislamiento preventivo obligatorio de todos los habitantes de la Republica de Colombia por causa del COVID 19.

III. Una vez se levante la medida de aislamiento preventivo obligatorio, se reanudaran de inmediato, las actividades misionales en campo y aquellas derivadas de las rutas metodológicas de consulta previa concertadas, que implican reuniones y demás actividades presenciales con pueblos y comunidades étnicas en sus territorios.

Los mecanismos virtuales, digitales y otras formas no presenciales de consulta previa son de carácter excepcional y transitorio, por lo que en el evento de concertarse, las consultas se reanudaran luego del aislamiento obligatorio preventivo, dentro del principio de adecuación cultural y demás estándares de los instrumentos internacionales de derechos humanos y en general, del bloque de constitucionalidad colombiano en la materia.

SEGUNDO: adicionar una cuarta y quinta disposición a la Circular descrita y en el siguiente sentido:

IV. En caso de consentimiento por parte de los pueblos y comunidades étnicas en proceso de consulta previa, sobre el uso excepcional y provisional de las herramientas y canales descritos, el Ministerio del Interior se coordinará con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y demás entidades vinculadas a las consultas, para garantizar la cobertura, calidad y efectividad en el acceso y uso de los mismos durante estas, como parte de la garantía al goce de este derecho.

V. Con la Mesa Permanente de Concertación Indígena - MPC, se concertará el mecanismo y metodologías, para la implementación de esta Circular en el territorio nacional.

Dirección: Lina Marcela Tobón Yagarí
Oficina de Comunicaciones Akubadaura
Teléfono:3002037484
Página web: www.akubadaura.org



@CJAkubadaura



Comunidad De Juristas Akubadaura



Akubadaura Juristas



@CJAkubadaura

