

Bogotá, D.C., martes, 20 de febrero de 2018.

Doctora
Claudia Isabel González Sánchez
Secretaria Jurídica
Presidencia de la República
Calle 7 No. 6-54
Bogotá

Asunto: Objeciones al Proyecto de Ley 113/16 Cámara – 257 de 2017 Senado “*Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*”.

Respetada doctora Claudia Isabel:

En atención al OFI17-00015017/JMSC 110200, radicado en este Ministerio bajo EXTM18-6033, mediante en el cual solicita el estudio jurídico correspondiente, dentro del término establecido en el artículo 166 de la Constitución Política, sobre el proyecto de Ley del asunto; de conformidad con las razones expuestas por la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras mediante MEM18-10237-DCN-2300 ¹, esta oficina informa que dentro del trámite al proyecto de ley en el Congreso de la República, el Ministerio del Interior a través de comunicación OFI18-33065 del 1 de septiembre de 2017 emitió concepto técnico al Honorable Representante a la Cámara Santiago Valencia González, en cual se manifestó lo siguiente:

“(...) se encuentra que, el Proyecto de Ley No 113/16C “Por la cual se establece la caracterización integral de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal”, tiene implicaciones de orden económico, legal, procedimental que impiden su adopción dado que:

- *NO abordó el proceso de consulta previa conforme advirtió esta dirección tal como fue expuesto en la audiencia pública llevada a cabo el 17 de Septiembre de 2015, pues afecta directamente a la población Negra, Afrocolombiana, Palenquera y Raizal.*
- *Su viabilidad presupuestal, está sujeta a la aprobación que al respecto pueda dar el Ministerio de Hacienda, quien es el ente competente para dirimir si se asignan recursos adicionales para la misma materia.*

¹ Anexo 1.

- *Ya existe viabilidad técnica y financiera por parte del DANE, como entidad competente en el marco del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018, para caracterizar socio demográficamente a la población de todos los grupos étnicos del país -incluida la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal-, el cual adelantó y cerró con éxito el proceso de consulta previa y concertación con las comunidades Afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras”.*

Aunado a lo anterior, es necesario resolver el siguiente problema jurídico: ¿la medida legislativa propuesta es susceptible de consulta previa?

Para ello, es necesario traer a colación el literal a) del párrafo 1 del artículo 6 de la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de 1989 de la OIT, a saber:

“a). Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;”

En este sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia C-366 de 2011 expuso los criterios de identificación de la afectación directa de una medida legislativa o administrativa:

“(i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una comisión legislativa relativa que las discrimine”.

Para aplicar al caso concreto, la Corte Constitucional determinó que con la identificación de un criterio se puede concluir que la medida legislativa afecta directamente a una comunidad étnica, que para el caso concreto son las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, como comunidad étnica titular del derecho fundamental a la consulta previa.

Al revisar el artículo 1 del proyecto de ley, es claro que el objeto y destinatario de la medida legislativa es única y exclusivamente la comunidad negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, por ende, se configura el requisito de afectación directa de las comunidades étnicas.

Dentro del trámite legislativo no se tiene evidencia del proceso de consulta previa de la medida propuesta, si bien es cierto, de manera paralela y separada el DANE adelantó un proceso de consulta previa con el Espacio Nacional de Consulta Previa (ENCP) sobre la aplicación del XVIII Censo de Población y II de Vivienda en el año 2018, el texto del proyecto de ley nunca fue sometido a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y el enfoque es diferente, razón por la cual no podría afirmarse que dicho proceso de consulta fue el proceso de consulta previa de esta medida legislativa, ya que la caracterización que se ordena en el proyecto de ley, aplicable en el mismo censo, desborda el alcance y aplicación dado en los acuerdos de protocolización con el ENCP, pues según el artículo 2 del proyecto de ley ordena abordar temas como salud, vivienda, educación, empleo, participación política, medio ambiente, y da la posibilidad de ampliar otros temas.

Según las actas de protocolización del proceso de consulta previa con el ENCP ², se acordó que las preguntas del formulario censal tuvieran un enfoque diferencial a través de las cuales el Censo Nacional de Población y Vivienda 2018 permitirá contar y caracterizar socio demográficamente a la población de todos los grupos étnicos del país -incluida la población negra, afrocolombiana, palenquera de San Basilio y raizal - permitiendo la medición de la población étnica en Colombia; mediante las preguntas del cuestionario se incluyó en una misma categoría de respuesta las opciones: negro, mulato, afrocolombiano, afrodescendiente, las dos primeras, hacen referencia al fenotipo de las personas y permiten contar a la población negra que, sin identificarse étnicamente, vive en condiciones de desigualdad; las dos últimas opciones (afrocolombiano, afrodescendiente) se refieren a la dimensión étnica y captan a la población que se reconoce por su identidad o culturalmente.

Así mismo, se deja claro que sin desconocer la libertad configurativa y deliberativa del Congreso de la República, lo cierto es que ésta no faculta al legislativo a expedir medidas complementarias a los acuerdos de consulta previa, pues desde 2016 se viene protocolizando acuerdos entre el DANE y el ENCP de cara al XVIII Censo de Población y II de Vivienda, la expedición de la medida conllevaría a desconocer los acuerdos ya protocolizados con las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, vulnerando directamente el derecho fundamental a la consulta previa.

En este sentido, dado que el texto del proyecto de ley nunca fue sometido a consulta al ENCP, como única instancia representativa de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, existe ausencia de consulta previa, e incumple lo ya expuesto por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

² Anexos 2 a 6.

“Estado deberá en todo momento y para todos los efectos, consultar de manera previa con las autoridades políticas de las comunidades étnicas e indígenas del país, respeto de todas aquellas decisiones que involucren sus interés, ya sea en sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales, para lo cual deberá desarrollar mecanismos de consulta que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas colectividades”³.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha expresado que la ausencia de consulta previa en una medida que afecte a una comunidad étnica en los términos del literal a) del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991, conlleva la inconstitucionalidad de la medida propuesta, lo cual fue expresado en los siguientes términos:

“Como se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica, la omisión de la consulta en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno. En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias. Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley. En ese evento, sería posible encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas”⁴.

³ Corte Constitucional, sentencia T- 737 de 2005.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008.

Sede correspondencia Edificio Camargo. Calle 12B No. 8- 38

Conmutador. 2427400 – Sitio web www.mininterior.gov.co

Servicio al Ciudadano servicioalciudadano@mininterior.gov.co - Línea gratuita 018000910403

Bogotá, D.C. – Colombia – Sur América

En conclusión, el proyecto de ley objeto del presente estudio requiere consulta previa, por ser una medida legislativa que afecta directamente a las comunidades étnicas, pero nunca fue sometido a dicho proceso ante el ENCP y la consulta efectuada por el DANE al ENCP sobre el XVIII Censo de Población y II de Vivienda tiene un alcance y objeto diferente, que por tanto no puede confundirse con el proceso de consulta previa de la medida legislativa en comento.

Solicitud

Por lo anterior, dentro del trámite establecido en el artículo 166 de la Constitución Política, el Ministerio del Interior, en calidad de garante de la consulta previa adelantada entre el ENCP y el DANE, cuyas actas de protocolización se adjuntan y de conformidad con la función de hacer seguimiento a la política pública de los grupos étnicos para la materialización de sus derechos en un enfoque integral, diferencial y social, señalada en el numeral 10 del Decreto Ley 2893 de 2011, solicitamos que se objete el proyecto de ley por inconstitucionalidad por ausencia absoluta de consulta previa.

Cordialmente,



Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexos: Documentos anunciados (1 a 6, formato .pdf)

Elaboro: Julián David Peña Gómez, Asesor externo.
Revisó: Natalie Cañas Londoño, Coordinadora de Actuaciones Administrativas.
Aprobó: Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso, Jefe Oficina Asesora Jurídica.
EXTMI18-6033