



FOTO: Diócesis de Riohacha

LA CONSULTA PREVIA EN EL MUNICIPIO #16

En el departamento de la Guajira, se viene planteando una propuesta de convertir a la alta guajira en municipio, y separarlo de su cabecera municipal; he observado con detenimiento tal propuesta, con el respeto que me caracteriza hacia los demás desde mi postura profesional me referiré al tema y solo en ese alcance, sin zanjar debate en contrario, y en adelante hare un análisis jurisprudencial con el fin de ampliar y contribuir al debate académico.

Sobre la propuesta muchas opiniones planteadas coinciden en que están dados los requisitos que establece la ley, algunos actores manifiestan que la propuesta no es nueva y que ya ha sido planteada en otrora, otros manifiestan que no es viable financieramente por lo que

el nuevo municipio no obtendría los tributos necesarios para su auto sostenimiento por la exención de impuestos por ser territorios indígenas, varios actores han salido apoyar dicha propuesta desde el deseo, sin tener en cuenta la magnitud de los requisitos y del debate que deben darse en la Asamblea Departamental con apego a los tratados internacionales, la constitución, la ley, y la jurisprudencia incluso.

Los requisitos de ley que principalmente deben estar establecidos en la exposición de motivos del proyecto de ordenanza para la creación del municipio están en el artículo 11 de la ley 1551 del 2012, traigo acotación el numeral 3 y el párrafo 1º a su tenor reza los requisitos:

#3- Que el municipio propuesto garantice, por lo menos, ingresos corrientes de libre destinación anuales equivalentes a doce mil (12.000) salarios mínimos mensuales vigentes, durante un período no inferior a cuatro (4) años; de conformidad con certificación previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Parágrafo 1°. El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del Gobernador, de los miembros de la Asamblea Departamental o por iniciativa popular, de conformidad con la ley. **Sin embargo, el Gobernador estará obligado a presentarlo cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos residentes en el respectivo territorio, así mismo la ordenanza que expida la respectiva asamblea deberá establecer los activos y pasivos que le son inherentes tanto al nuevo municipio, como al municipio del cual se escindió este. Cuando no hubiere precedido la consulta popular a la ordenanza que apruebe la creación de un nuevo municipio, una vez esta se expida será sometida a referendo en el que participen los ciudadanos del respectivo territorio. El referendo deberá realizarse en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de sanción de la ordenanza. Si el proyecto de ordenanza fuere negado, se archivará y una nueva iniciativa en el mismo sentido sólo podrá presentarse dos (2) años después. Negrillas y Cursiva más**

Teniendo definido los principales requisitos de la ley esbozados anteriormente, los planteamientos diversos sobre la propuesta, muchos han obviado un tema muy importante a tener en cuenta, como lo es la **“CONSULTA PREVIA”**, que deberá quedar inmersa en la exposición de motivos del proyecto de ordenanza, tal como lo establece el tratado internacional 169 de **la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)**, El Convenio núm. 169 que para el estado

colombiano es de carácter vinculante tiene dos postulados básicos: **el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del Convenio; El Convenio también garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.**

Negrillas y Cursiva más

En **sentencia C-054 de 2023** del ocho (8) de marzo de dos mil veintitrés (2023), el magistrado ponente **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**. declaro inexecutable los artículos 6º y 151 de la Ley 2200 de 2022, que pretendía establecer una excepción de darle la facultad a las asambleas departamentales para elevar a municipios, las áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Vaupés y Guainía, departamentos con alto afluencia de territorios indígenas.

Transcribo algunos apartes del fragmento considerativo de la decisión en precedencia; para resolver el caso en concreto propuso el siguiente problema jurídico: i) el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas y las medidas a consultar previamente derivadas de las leyes; ii) la autonomía territorial y la libre determinación de los pueblos indígenas, y la diversidad étnica y cultural de la Nación; y iii) las áreas no municipalizadas y su regulación legal vigente.



FOTO: LinkedIn

La sentencia C-369 de 2016, indicó que la consulta previa es un derecho fundamental porque materializa normas constitucionales como: la participación de grupos particularmente vulnerables; la diversidad cultural; y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnicos o culturalmente diversos.

El concepto determinante para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa, que ha sido definido en la SU-123 de 2018 como “el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”.

En la sentencia C-348 de 2021, “recogió ejemplos de eventos en los que existen afectaciones directas a las comunidades étnicas y precisó que hay situaciones en las que, a pesar de no existir evidencia razonable de una afectación directa, procede la consulta”, enunciando cuatro supuestos: “(i) cuando una política,

plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (iii) cuando se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (iv) por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido”

Ese tribunal precisó que las medidas legislativas objeto de consulta previa “son aquellas (...) susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos” [Ibidem]. Igualmente, ha referido que se encuentran comprendidas por el deber de adelantar la consulta previa las “medidas susceptibles de generar un impacto directo, particular y concreto sobre las comunidades tradicionales” puesto que en esos casos el “carácter diferenciado”, así como “la necesidad de proteger su identidad cultural diversa” exige el establecimiento “de espacios concretos de participación”.

Negrillas y cursiva son mías



FOTO: Nazaret Alta Guajira

También es importante destacar que existe una posibilidad de crear un municipio sin reunir el lleno de los requisitos de acuerdo a lo que establece el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, que establece; sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo anterior, las asambleas departamentales podrán crear municipios cuando, *previo a la presentación de la ordenanza, el Presidente de la República considere su creación por razones de defensa nacional. También podrán las Asambleas Departamentales elevar a municipios sin el lleno de los requisitos generales los corregimientos creados por el Gobierno Nacional antes de 1991 que se encuentren ubicados en las zonas de frontera siempre y cuando no hagan parte de ningún municipio, previo visto bueno del Presidente de la República.*

Negrillas y cursiva son más

La Sentencia C-047/22 Referencia: Expediente D-14027 el Magistrado sustanciador: **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** el dieciséis (16) de

febrero de dos mil veintidós (2022) en Demanda de inconstitucionalidad contra del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, “Por la cual parcialmente la Ley 136 de 1994, y otros; **la Sala advierte que el hecho de que la disposición demandada no se refiera de manera expresa a la necesidad de consultar a las comunidades indígenas no implica que el Estado y, concretamente, las asambleas departamentales, estén autorizados para adelantar el correspondiente proceso de constitución de municipios sin realizar dicha consulta, cuando involucre territorios indígenas. En efecto, una interpretación integral y sistemática de la disposición demandada permite concluir que el derecho a la consulta previa está garantizado por instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y establecen un régimen especial de protección de la autonomía de las comunidades étnicas que no puede ser desconocido por las autoridades administrativas.**

Negrillas y cursiva son más

Con base al análisis jurisprudencial precedido, la propuesta de crear el municipio de la alta guajira como el 16 debe mediar **LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA**, como requisito “Sine Qua Non” con el fin de dar protección de la diversidad étnica y cultural, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial, la autonomía y los derechos de los territorios indígenas, y debe adoptarse medidas que puedan afectar a las comunidades, La consulta previa debe realizarse con las autoridades tradicionales y legalmente reconocidas, La Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP) es la entidad que lideraría el proceso.

La situación antes expuesta, deberá tenerse en cuenta para quien proponga la división territorial de Uribía y la creación del nuevo municipio como requisito indispensable, los 11 diputados

deberán observar que se haya cumplido con **LA CONSULTA PREVIA**, antes de darle debate al proyecto de ordenanza, so pena de incurrir en la comisión de conductas disciplinarias y hasta penales; obviamente los líderes, los pütchipü’ü y autoridades tradicionales wayuu de las comunidades deben velar a que derecho se les garantice.

PDTA

En la parte resolutive de la **sentencia C-054 de 2023** del ocho (8) de marzo de dos mil veintitrés (2023) Exhortan al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a que, en el menor tiempo posible, en orden a sus competencias, impulsen, tramiten y expidan la ley orgánica para la conformación de las entidades territoriales indígenas (ETI), en los términos de la Constitución, la cual debe ser previamente consultada.



EUGENIO DE JESÚS

QUINTO

OPERENA

 **eugenioquintoloperena**