

CIRCULAR EXTERNA No. 12

Para: Entidades públicas del orden nacional y territorial

De: **JHON JAIRO CAMARGO MOTTA**
Director General (E)
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Asunto: Lineamiento para la prevención del daño antijurídico y del litigio en materia de consulta previa, con énfasis en proyectos mineros y energéticos.

Fecha: 20 MAY 2024

De conformidad con la Ley 1444 de 2011 y el Decreto-Ley 4085 del mismo año, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) cuenta con competencias en materia de prevención del daño antijurídico y le corresponde impartir lineamientos y recomendaciones para que las entidades públicas adelanten una adecuada defensa de los intereses de la Nación¹.

Por otra parte, el artículo 206 de la Ley 2294 de 2023² creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado como el conjunto de actores, políticas, estrategias, principios, normas, rutas de articulación e instrumentos jurídicos, técnicos, financieros y gerenciales orientados a garantizar de manera coordinada la eficacia de la política pública del ciclo de defensa jurídica del Estado, en las entidades públicas del orden nacional y territorial, sin importar su naturaleza y régimen jurídico, asignándole a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la coordinación del mismo.

En desarrollo de lo señalado, la Agencia analizó los niveles y causas de litigiosidad contra el Estado relacionados con el derecho a la consulta previa³. Este análisis arrojó que los asuntos minero-energéticos aparecen como uno de los subtemas que más se repiten. En consonancia, el informe de litigiosidad, con corte a 31 de diciembre 2023⁴, muestra que el Sector Minas y Energía, se

¹ Ordinal 1º, artículo 6º del Decreto-Ley 4085 de 2011, modificado por el artículo 1º del Decreto 2269 de 2019.

² Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia potencia mundial de vida"

³ Durante el año 2022, la ANDJE adelantó una consultoría para verificar niveles y causas de litigiosidad contra el Estado relacionados con el derecho a la consulta previa. En dicha consultoría se analizaron 134 sentencias del Consejo de Estado y 210 sentencias de la Corte Constitucional, para responder, entre otras, a las preguntas: ¿cuál fue la causa que generó la necesidad de realizar una consulta previa? ¿cuál fue la causa por la cual se solicitó ante los jueces la protección del derecho a la consulta previa?

⁴ Disponible en:

https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes_litigiosidad_2023/Informe_litigiosidad_cuarto_trimestre_2023_190124.pdf

encuentra entre los diez (10) sectores más demandados, de manera que, por número de procesos ocupa el séptimo lugar, con **6.827** procesos, y por pretensiones ocupa el segundo lugar, con 104,5 billones de pesos⁵.

De otro lado, en el Sistema Único de Gestión e Información Litigiosa del Estado (eKOGUI), para junio de 2023, se reportaron **81** procesos relacionados con consulta previa, de los cuales **55** estaban activos⁶. En estos casos la entidad más demandada fue el Ministerio del Interior, seguida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, en ese orden. Estas 5 entidades representan el 75% del total de procesos activos.

En materia de acciones de tutela, según cifras de la Corte Constitucional, entre enero de 2019 y diciembre de 2023, se radicaron **714** acciones en las cuales se invocó la protección al derecho de consulta previa⁷.

En vista de tal panorama, para contribuir a la disminución de la litigiosidad en materia de lo contencioso administrativo y de acciones de tutela asociadas con este derecho, la Agencia emite el presente lineamiento sobre consulta previa, con especial énfasis en proyectos mineros y energéticos. Este documento también busca facilitar herramientas que permitan a los funcionarios(as) públicos(as) identificar los casos en los que procede la consulta previa y los parámetros para su realización, con el fin de contribuir en la prevención del daño antijurídico.

El documento se desarrolla en cuatro partes: La primera contiene algunas generalidades; la segunda se responde a la pregunta: ¿sobre qué tipo de medidas estatales procede una consulta previa?; la tercera, se establece el procedimiento para la realización de una consulta previa; y, finalmente, se desarrollarán unas conclusiones⁸.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas, tribales, negros, afrocolombianos, raizales, palenqueros o roma ser consultados sobre las decisiones estatales que los afecten directamente⁹.

⁵ Valga aclarar que el informe de litigiosidad no relaciona directamente todas las demandas del Sector Minas y Energía con pleitos asociados a consultas previas, pero este sí es un indicativo de litigiosidad relevante.

⁶ De los 55 procesos a corte de 31 de diciembre 2023, ya habían 8 terminados por \$137 mil millones.

⁷ Corte Constitucional de Colombia, disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>

⁸ Es importante resaltar que este lineamiento se emite con la reglas legales y jurisprudenciales al momento de su expedición, pero ello, no exime a las entidades de verificar la actualización de las normas sobre consulta previa en los casos que así lo ameriten en el futuro.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-413 de 2019.

2. Tiene como fundamento el mandato constitucional de participación de las personas en las decisiones que les afecta¹⁰ y su finalidad específica es la protección de la diversidad étnica y cultural, así como de las riquezas culturales y naturales de la Nación¹¹.
3. Su principal fundamento internacional¹² es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹³ sobre pueblos indígenas y tribales¹⁴. Este Convenio establece que los gobiernos deben consultar las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a estos pueblos, siguiendo procedimientos apropiados¹⁵.
4. La consulta debe ser previa, libre e informada.
 - ✓ **Previa**, significa que el procedimiento debe surtirse antes de la medida, de manera que la comunidad étnica pueda influir en el proceso decisorio¹⁶.
 - ✓ **Libre**, hace referencia a que la comunidad étnica debe poder expresar sus opiniones sobre la medida, sin ningún tipo de interferencias.
 - ✓ **Informada**, significa que la comunidad debe tener acceso a todo el conocimiento relevante sobre la medida, lo cual incluye ventajas y desventajas. Esta característica también implica que haya espacios para preguntas y respuestas o traducciones si son necesarias.
5. Este derecho se rige por los principios de buena fe¹⁷, información adecuada, prevención, participación con enfoque étnico¹⁸, representatividad¹⁹,

¹⁰ Artículos 2, 7, 79 y 330 de la Constitución Nacional (CN).

¹¹ Artículos 7 y 8 de la CN.

¹² Existen otros instrumentos internacionales al respecto, entre los cuales se destacan la Declaración de las Naciones Unidas (ONU) sobre derechos de los pueblos indígenas.

¹³ Ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

¹⁴ Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT.

¹⁵ Artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT.

¹⁶ Sobre este aspecto, la Corte IDH, en el Caso Pueblos Kaliña Lokono Vs. Surinam señaló, respecto de una concesión minera en territorio de una comunidad indígena, que "el deber del Estado en relación con dicha garantía se actualiza de manera previa a la ejecución de acciones que podrían afectar de manera relevante los intereses de los pueblos indígenas y tribales, tales como las etapas de exploración y explotación o extracción". Corte IDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, párr. 207.

¹⁷ Artículo 19 de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas: "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado."

¹⁸ Este principio implica, entre otras cosas que en el proceso de consulta debe primar un diálogo intercultural, en el cual, por ejemplo, es esencial reconocer los distintos modelos económicos que tienen las comunidades, sus cosmovisiones sociales y su propia idea de desarrollo.

¹⁹ La representatividad no debe ser un concepto rígido, sino que lo importante es que las instituciones representativas "sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas". Ver: Guía sobre el Convenio 169 de la OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*, 2009, p. 30.

autorreconocimiento, autonomía sobre los asuntos propios y el correlativo deber de la menor interferencia estatal posible²⁰.

6. La consulta previa no se debe usar para desintegrar a las comunidades, o negociar de forma individual con algunos miembros de la comunidad. Para su realización debe tenerse en cuenta a las autoridades representativas de las comunidades. La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado, de sus agentes o de terceros.
7. En Colombia, las comunidades étnicamente diferenciadas son:
 - ✓ Indígenas.
 - ✓ Afrocolombianas, negras, palenqueras o raizales²¹.
 - ✓ Pueblo rom o gitano²².
8. Si bien la consulta previa es una obligación estatal, lo cierto es que las empresas y particulares también tienen compromisos respecto de determinadas acciones y procedimientos, según se explicará más adelante.
9. La omisión de la consulta previa puede llevar a la declaración de nulidad de los actos administrativos por el juez contencioso administrativo, o a la suspensión de las medidas o de la ejecución de los Proyectos Obras y/o Actividades (POA) por parte del juez constitucional.
10. A nivel de la Rama Ejecutiva uno de los principales actores en materia de consulta previa es el Ministerio del Interior a través de las siguientes dependencias²³:
 - ✓ La Dirección de Autoridad Nacional y Consulta Previa, que es la encargada de liderar la materialización de este derecho²⁴.
 - ✓ La Dirección de Asuntos indígenas, minorías y rom.
 - ✓ La Dirección de Asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

²⁰ Artículo 32 de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas: "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos."

²¹ Ley 70 de 1993, que desarrolló el artículo 55 transitorio de la CN.

²² Decreto 2957 de 2010, "Por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rom o Gitano".

²³ Decreto 2353 de 2019, por el cual se establece las competencias de las direcciones del Ministerio del Interior.

²⁴ Artículo 4 del Decreto 2353 de 2019.

- ✓ Las Subdirecciones Técnica y de Gestión de consulta previa²⁵.
- 11. De manera general, a través de acciones de tutela se cuestiona la certificación que emite el Ministerio del Interior sobre no presencia de comunidades étnicas. Esta es una controversia recurrente, debido a la ausencia de un censo que permitan determinar donde hay comunidades étnicamente diferenciadas. En varias ocasiones tal certificación ha sido dejada sin efecto por la Corte Constitucional²⁶.
- 12. El Ministerio Público es el encargado de vigilar la legalidad y la transparencia de los procesos de consulta previa.
- 13. La consulta previa es un derecho fundamental que, en todo caso, no implica un poder de veto de las comunidades étnicas²⁷.

II. ¿SOBRE QUÉ TIPO DE MEDIDAS ESTATALES DEBE REALIZARSE LA CONSULTA PREVIA?

1. La consulta previa procede respecto de cualquier medida legislativa o administrativa de carácter general o particular que afecte directamente a una comunidad étnica.
2. Se entiende por **afectación directa** el impacto positivo o negativo de una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión de una comunidad étnica²⁸. Hasta el momento la jurisprudencia ha decantado varios criterios para determinar si una medida afecta directamente a una comunidad, así²⁹:
 - ✓ Afecta el territorio de la comunidad.
 - ✓ Altera sus estructuras sociales, espirituales, culturales, de salud y/o ambientales.

²⁵ Artículo 16 del Decreto 2353 de 2019.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-413 de 2021. En esta acción de tutela se estudió la no realización de la consulta previa para la ejecución de programa de erradicación de cultivos ilícitos en diferentes zonas del país. Aquí procedió la acción de tutela a pesar de que formalmente había certificación de "no presencia de comunidades étnicamente diferenciadas", pues ese proceso de identificación no fue correspondiente con la efectiva presencia de comunidades en las zonas de desarrollo del programa.

²⁷ Corte Constitucional, sentencias C-981 de 2002 y T-247 de 2015. Guía para la Aplicación del Convenio 169^o elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático Montreal.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-123 de 2018.

²⁹ Corte Constitucional, sentencias T-413 de 2019, T-422 de 2020, SU-12 de 2018 y SU-121 de 2022. Artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.

2

- ✓ Impacta sobre las fuentes de sustento ubicadas al interior de su territorio³⁰.
 - ✓ Impide adelantar los oficios que proveen el sustento a la comunidad.
 - ✓ Ocasiona un desplazamiento o necesario reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio³¹.
 - ✓ Recae sobre toda política, plan o proyecto que desarrolle cualquier aspecto de los derechos de los pueblos indígenas, tribales, afrodescendientes, negros, raizales, palenqueros o rom.
 - ✓ Desarrolla cualquier aspecto del Convenio 169 de la OIT.
 - ✓ Impone cargas o atribuye beneficios a una comunidad étnica, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica.
 - ✓ Interfiere elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.
3. Un elemento esencial para determinar la afectación directa es **el territorio**³². El concepto de territorio tiene dos sentidos:
- ✓ **Geográfico:** Es la extensión de tierra legalmente reconocida a favor de las comunidades, por ejemplo, los resguardos o territorios colectivos³³ (zonas adjudicadas). El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) certifica estas zonas³⁴.
 - ✓ **Territorio amplio:** Incluye las zonas de ocupación habitual de las comunidades étnicas, también llamadas zonas de influencia o no adjudicadas³⁵, en las cuales miembros de las comunidades desarrollan sus actividades sociales, culturales o espirituales, como cementerios o lugares de ceremonias; y económicas, como uso de los suelos o las aguas para cultivos, caza o pesca. El Ministerio del Interior debe certificar la presencia de comunidades en estas zonas de influencia o no adjudicadas³⁶.

³⁰ En palabras de la Corte IDH: "El Estado, entonces, a fin de resguardar el derecho de propiedad colectiva, debe garantizar el derecho de consulta y participación en todo proyecto o medida que pueda afectar el territorio de una comunidad indígena, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo". Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Maya Q'eqchi' Agua Caliente Vs. Guatemala, párr. 250.

³¹ Según la Corte IDH, el derecho a la consulta previa "está cimentado, entre otros, en la estrecha relación de dichas comunidades con su territorio y en el respeto de sus derechos a la propiedad colectiva y a la identidad cultural". Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, párr. 158.

³² Artículo 2.5.3.1.2. del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Interior.

³³ Corte Constitucional, sentencias C-348 de 2021 y SU-123 de 2018.

³⁴ Artículo 2.5.3.1.3. del Decreto 1066 de 2015.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

4. Para determinar la presencia de comunidades en el territorio amplio o zonas de influencia el Ministerio del Interior y los responsables de cualquier proyecto deben tener en cuenta los siguientes criterios³⁷:

- ✓ La **intensidad y permanencia** efectiva de miembros de las comunidades en el territorio ampliado. La perspectiva de las comunidades étnicas sobre la caracterización del grado de afectación resulta especialmente importante y, en consecuencia, debe presumirse cierta cuando aporten, en el marco de un diálogo intercultural, elementos y fundamentos mínimos que permitan identificar el sustento de dicha caracterización.
- ✓ El grado de **exclusividad** de la ocupación del territorio ampliado por parte de la comunidad. Es decir, debe verificarse si determinada comunidad es la única que ocupa el territorio o, si coexisten otros grupos sociales, el grado de intensidad de esas coexistencias³⁸.
- ✓ Las particularidades sociales, culturales y económicas de las comunidades étnicas diferenciadas. En caso de que se aporten los elementos y fundamentos mínimos que sustenten la **caracterización**, corresponde a las autoridades responsables atenerse a la misma, a menos que se aporte evidencia objetiva, contrastable y significativa acerca de que el grado de afectación es diferente³⁹.
- ✓ En caso de **duda irresoluble** acerca de la intensidad de la afectación deberá preferirse el mecanismo de participación más amplio⁴⁰.

5. La afectación directa se mide en grados de intensidad y determina el grado de participación que la comunidad étnica de tener en cada caso. Así:

- ✓ Si existe una **afectación directa intensa** se requiere del consentimiento previo, libre e informado. Esta afectación se produce en los siguientes casos: a) cuando se produce el traslado o la reubicación de las comunidades⁴¹; b) por el almacenamiento de depósitos de materiales

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-121 de 2022, párrafos 110 a 113; sentencia T-413 de 2019 y sentencia SU-123 de 2018.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-121 de 2022: "las autoridades en el caso concreto, tomando en cuenta factores como el grado de permanencia y **ocupación exclusiva en un territorio**, deben evaluar si la medida implica realmente una afectación directa"

³⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-121 de 2022, párrafos 110 a 113; sentencia T-413 de 2019 y sentencia SU-123 de 2018.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-121 de 2022, párrafos 110 a 113; sentencia T-413 de 2019 y sentencia SU-123 de 2018.

⁴¹ Artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En el informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2013, se indicó que "De la Declaración y de otras fuentes internacionales de autoridad, junto con algunas consideraciones prácticas, se deriva la regla general de que no se deben realizar actividades extractivas dentro de los territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado" (párr. 27). Documento disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10177.pdf>

peligrosos o tóxicos en sus territorios⁴²; y c) cuando las medidas implican un alto impacto cultural, social y ambiental que pone en riesgo su subsistencia⁴³.

- ✓ Si existe una afectación directa baja solo se requiere consulta previa.
 - ✓ Si no existe afectación directa no se requiere consulta previa ni consentimiento libre, previo e informado.
6. El consentimiento previo, libre e informado de las comunidades tradicionales implica que, si no se llega a un acuerdo, prevalecerá la protección y el criterio de las comunidades étnicas.
7. Cuando existen **afectaciones indirectas** no procede la consulta previa, pero las comunidades étnicas tienen derecho a espacios de participación en igualdad de condiciones que el resto de la población⁴⁴. Este derecho de participación se materializa incluyendo a las comunidades en los órganos decisorios nacionales o a través de la mediación de sus organizaciones en asuntos que les interese⁴⁵.
8. La consulta previa procede respecto de **medidas legislativas de carácter general** que afectan o benefician a las comunidades étnicas. Por ejemplo, cuando se presenta un proyecto de ley que busca regular la actividad minera en los territorios étnicos⁴⁶. En estos casos, se debe tener en cuenta que la consulta previa:
- ✓ Se activa tratándose de leyes en sentido formal, incluidas las leyes aprobatorias de tratados internacionales⁴⁷, y de actos reformativos de la Constitución⁴⁸.

⁴² Artículo 29 inciso 2 ibidem. A su vez, en la sentencia de la Corte IDH en el Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam señaló: "La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones" (párr. 172)

⁴³ Corte Constitucional, sentencia SU-121 de 2022.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017, en la cual se determinó que entre mayor sea la afectación a una comunidad étnica mayor grado de vinculatoriedad debe tener la consulta y viceversa. El asunto tratado en este caso sobre aspersiones con glifosato permitió a la Sala ocuparse de temas como la ponderación, la consulta previa o el principio de precaución en materia ambiental.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-121 de 2022. Párr. 127

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2011, por la cual se declaró inexecutable la Ley 1382 de 2010 o Código de Minas.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencias C-252 de 2019, C-156 de 2016 o C-615 de 2009. En esta última sentencia se hace la revisión del Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia de las poblaciones indígenas Wayúu de las Repúblicas de Colombia y Venezuela.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-348 de 2021, por la cual se declaró executable el acto legislativo 02 del 2020. Ver también, Corte Constitucional, sentencias C-702 de 2010 o C-020 de 2018.

- ✓ No se suople con el voto de los(as) representantes de las circunscripciones especiales indígenas ni afrodescendientes.
 - ✓ Se debe comprobar que haya una afectación directa y diferenciada a las comunidades étnicas. Es decir, si existe una medida que afecta por igual a las comunidades y a la sociedad en general no es necesaria la consulta previa⁴⁹.
 - ✓ La afectación directa y diferenciada debe acreditarse con evidencias, ser determinable y estar ligada a la realidad material de las comunidades que reclaman el derecho. Es decir, las afectaciones no pueden ser hipotéticas, futuras, ni abstractas⁵⁰.
 - ✓ Para consultar este tipo de medidas con las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, debe acudirse al Espacio Nacional de Consulta Previa creado por el Decreto 1372 de 2018.
9. También procede respecto de **medidas administrativas de carácter general y particular** que afecten o beneficien a las comunidades étnicas. Por ejemplo, un decreto que regule el concurso y la carrera docente para etnoeducadores de los pueblos afrocolombianos, raizales y/o palenqueros⁵¹; o para la ejecución de cualquier proyecto, obra y actividad (POA) que se realice en territorios étnicos y sus zonas de influencia. En estos casos debe tenerse en cuenta:
- ✓ Los responsables de los POA deben indagar sobre la necesidad de realizar una consulta previa y solicitar las certificaciones respectivas.
 - ✓ Los responsables de los POA pueden ser instituciones públicas, empresas privadas, consorcios y/o cualquier otra forma jurídica que adopten.
 - ✓ La consulta procede en varias etapas de los POA, por ejemplo, para licencias ambientales⁵², para concesiones de exploración y explotación de recursos naturales, para contratación de obras, entre otros.
 - ✓ La consulta previa debe realizarse dentro de los términos establecidos, de lo contrario, el acto administrativo podrá ser declarado nulo y, además,

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-348 de 2021, párr. 124, y sentencia SU 128 de 2018.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-282 de 2021, C-032 de 2021 o C-040 de 2020, entre otras.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 26 de agosto de 2021. Radicado: 1356-20119. En este fallo se declaró la nulidad del Decreto 3323 de 2005, por el cual se reglamentaba "el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones", por no realizarse la consulta previa.

⁵² Artículo 2.5.3.1.8 del Decreto 1066 de 2015.

podría dar lugar al reconocimiento de perjuicios si estos se causaron con la expedición de éste⁵³.

10. Los responsables de los POA y las autoridades estatales tienen un deber de seguir los parámetros de debida diligencia en relación con la garantía del derecho a la consulta previa⁵⁴. Esto incluye debida diligencia en verificar la procedencia de la consulta previa sobre el estudio de las tierras, los territorios y/o los recursos naturales a explotar.

11. A continuación, se presentan casos concretos en los que debe adelantarse una consulta previa. **No se trata de una lista taxativa**, sino ilustrativa de las posibles las situaciones que requieren de este procedimiento:

- ✓ Cuando se busca aprovechar recursos naturales renovables y no renovables (ej.: petróleo, maderas, gas, minerales, entre otros), en zonas que afecten comunidades étnicas⁵⁵ (territorio ampliado). La consulta previa se exige como requisito para otorgar la licencia ambiental⁵⁶.
- ✓ Para el desarrollo de proyecto turísticos en territorios de las comunidades étnicas⁵⁷.
- ✓ Cuando se proyecta la construcción de una carretera o vía, cuyo tramo afecta directamente a alguna comunidad étnica.
- ✓ Para la ejecución de programas de fumigación de cultivos ilícitos⁵⁸.
- ✓ Cuando se pretende desarrollar un proyecto energético en todos sus componentes, por ejemplo, instalación de torres de energía eléctrica o construcción de represas en territorios étnicos.
- ✓ En la realización de proyectos de extracción de carbón que afecten territorios étnicos⁵⁹.

⁵³ Artículo 46 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA)

⁵⁴ Informes A/HRC/15/37 del 19 de julio de 2010 y A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012. Informes del Relator Especial para los Derechos Humanos y las Libertades de los pueblos indígenas. Este deber también se desprende de los Principios Rectores sobre empresas y Derechos Humanos de John Ruggie.

⁵⁵ Artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

⁵⁶ Artículo 2.5.3.1.8. del Decreto 1066 de 2015 y Corte Constitucional, sentencia T-413 de 2021.

⁵⁷ Corte IDH, Caso Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz contra Honduras. Al respecto valga una aclaración, según la evidencia evaluada por la Corte IDH en este caso la construcción del proyecto turístico estaba fuera del territorio de la comunidad, incluso a varios kilómetros de distancia. Además, señaló que “ni los representantes, ni la Comisión, explicaron de qué modo ese proyecto pudo afectar a la Comunidad” (párr. 134), razón por la cual, en este asunto, no se pronunció sobre este proyecto.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003, T-080 de 2017 o T-413 de 2021. En esta última sentencia se dejó sin efectos la Resolución 001 de 10 de marzo de 2020 de la Dirección de la Autoridad ambiental de Consulta Previa del Ministerio del Interior en la que se certificaba que la aspersión con glifosato no requería de consulta previa.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-256 de 2015.

- ✓ En la instalación de torres y/o antenas de comunicaciones para datos, telefonía, televisión, radio u otros, en territorios étnicos⁶⁰.
- ✓ En los procesos de formación y actualización catastral adelantados en territorios étnicos⁶¹.
- ✓ De ciertas actuaciones de la Fuerza Pública, como instalaciones de bases o torres de comunicaciones en territorios étnicos, a no ser que sean solicitadas por las mismas comunidades⁶².
- ✓ Así mismo, en actividades para la erradicación de cultivos ilícitos con aspersión de glifosato⁶³.
- ✓ En los proyectos de construcción de infraestructura de energía para la transición energética, el trámite de la licencia ambiental solo se podrá iniciar cuando se aporte el acto administrativo que expide el Ministerio del Interior, respecto de la procedencia o no de la consulta previa⁶⁴.

9. Los siguientes **trámites ambientales** requieren de consulta previa:

- ✓ Cuando se pretendan adoptar los regímenes especiales de manejo o autorizar los planes de manejo ambiental en caso de traslape de parques nacionales con territorios de comunidades étnicas.
- ✓ Para la aprobación de planes de manejo ambiental que impactan territorios de comunidades étnicas.
- ✓ Para la sustracción de reservas forestales en territorios de comunidades étnicas.
- ✓ En actividades extractivas sobre recursos naturales presentes en territorios de comunidades étnicas es preciso la realización de un estudio de impacto ambiental que además promueva la forma de compartir razonablemente los beneficios que se produzcan por la explotación con la respectiva comunidad⁶⁵.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-005 de 2015. Esta acción revisó si la presencia de bases militares y la instalación de torres de comunicación en territorio del pueblo Arhuaco en la Sierra Nevada requería de consulta previa.

⁶¹ Artículo 45 de la Ley 2294 de 2023. Ver también Corte Constitucional, sentencia T-247 de 2015, en la que se evaluó la procedencia de la consulta previa para adelantar la actualización del catastro del municipio de Cumaribo, Vichada.

⁶² Corte Constitucional, sentencia T-005 de 2016.

⁶³ Corte Constitucional, sentencias T-413 de 2021 y T-236 de 2017.

⁶⁴ Artículo 267 de la Ley 2294 de 2023.

⁶⁵ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Maya Q'eqchi' Agua Caliente Vs. Guatemala, párr. 247. Así mismo, en relación con los estudios de impacto ambiental, la Corte IDH señaló que: "sirven para evaluar el posible



III. PROCEDIMIENTO PARA ADELANTAR UNA CONSULTA PREVIA

1. De acuerdo con la Directiva Presidencial 08 de 2020, las reglas generales del procedimiento de consulta previa son las siguientes:
 - ✓ No es un requisito formal, sino que es un derecho que implica un diálogo intercultural en el cual caben las diferentes cosmovisiones.
 - ✓ Debe iniciarse ANTES de la adopción de la medida o ejecución del proyecto, obra o actividad (POA).
 - ✓ Debe realizarse con las autoridades tradicionales y legalmente reconocidas. La selección de estas autoridades se hace, a partir de los procedimientos propios de las comunidades y de conformidad con sus instancias internas. Es preciso identificar los Caciques, Capitanes, Cabildos Mayores o Menores, Consejos Comunitarios, Asambleas o demás formas de las leyes de origen de los pueblos.
 - ✓ En estos procedimientos no se debe afectar la integridad política ni cultural de las comunidades ni de sus autoridades tradicionales, por ejemplo, no se debe propiciar divisiones internas o hacer consultas con solo una parte de la comunidad.
 - ✓ No reducir la consulta previa a ofrecer dinero o beneficios económicos a las comunidades étnicas. Estos beneficios son válidos, pero no deben ser usados como "chantajes".
 - ✓ El trámite de la consulta previa es diferente del trámite de las audiencias ambientales⁶⁶, y no son equiparables pues son espacios de participación que suponen grados de afectación diferentes⁶⁷.

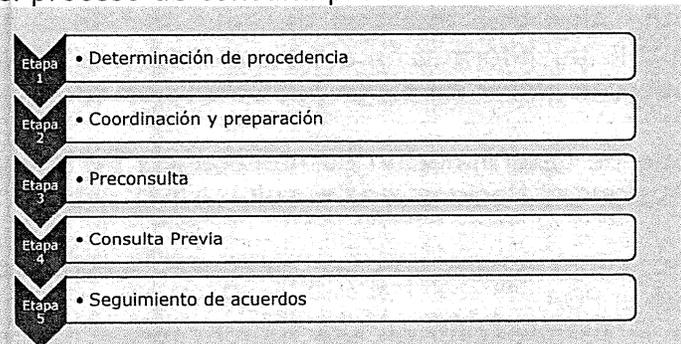
daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad", para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, "con conocimiento y de forma voluntaria". El nivel de impacto permitido no puede negar la capacidad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a su propia supervivencia". Corte IDH, Caso Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, párr. 214. También indicó que "los estudios de impacto ambiental deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar dichos estudios coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena". Ibidem, párr. 215.

⁶⁶ Estas audiencias se dan en el marco del artículo 72 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 33 de la Ley 489 de 1998.

⁶⁷ Artículo 2.5.3.1.5 del Decreto 1066 de 2015.

- ✓ No se puede asimilar la consulta previa con simples trámites administrativos o reuniones meramente informativas. Debe garantizarse una participación activa y eficaz⁶⁸.
- ✓ La consulta previa procede con comunidades reconocidas e inscritas por el Ministerio del Interior. También procede respecto de comunidades que no tengan certificación o registro ante el Ministerio del Interior o que no estén estatalmente reconocidas. Es decir, la falta de certificación o de registro de una comunidad étnica no es una excusa para no hacer consulta previa.
- ✓ Muchas veces los POA son de interés general. Sin embargo, incluso cuando la Constitución indica que debe prevalecer el interés general, en estos casos debe surtirse la consulta previa. Es decir, la sola mención del interés general no es suficiente para saltarse la consulta previa⁶⁹.
- ✓ Debe darse la traducción a la lengua de los indígenas sino se encuentra una lengua común en la que comunicarse, utilizar sus protocolos y propiciar el diálogo y la comunicación efectiva.

2. Las etapas del proceso de consulta previa son:



Fuente: ANDJE

⁶⁸ Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam, 2007 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-011 de 2019: "el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y que a la hora de determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones que se desarrollan en el marco de la consulta previa, solo se pueden permitir limitaciones que sean constitucionalmente legítimas, esto es, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que sea la menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. Para ello, se debe ponderar los siguientes elementos: (i) la posición y las propuestas de los actores, (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; (v) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto, y (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano."

Etapas 1. Determinación de procedencia de la consulta previa o trámite de certificación de presencia de las comunidades

1. La solicitud de certificación de presencia de comunidades étnicas en determinados territorios debe hacerse ante la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa (Subdirección Técnica de Consulta Previa) del Ministerio de Interior.
2. El fin de esta etapa es: determinar si un proyecto, obra o actividad (POA) requiere consulta previa, de conformidad con el criterio de afectación directa (ver: parte II de este lineamiento).
3. Para estudiar la solicitud, la Subdirección Técnica de Consulta Previa contrastará información con las Direcciones de Autoridad Nacional de Consulta Previa, de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías y de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior. Así mismo con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), la Agencia Nacional de Tierras (ANT), y el Instituto Nacional de Antropología e Historia, entre otras instancias y entidades.
4. La Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa también tiene la obligación de solicitar información a las entidades territoriales involucradas en los POA, sobre la presencia de grupos étnicos en su jurisdicción⁷⁰.
5. En este trámite de determinación de procedencia de la consulta previa, la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa debe:
 - ✓ Trabajar articuladamente con las entidades territoriales en donde se desarrollará el POA.
 - ✓ Garantizar la participación en ese trámite inicial de determinación, de todas las comunidades próximas a las áreas de desarrollo de los POA.
6. Si la información recolectada es insuficiente, la Dirección deberá realizar una visita de verificación en el terreno para determinar posibles afectaciones de comunidades étnicas.
7. La Dirección debe dar respuesta a esta solicitud en 15 días. La respuesta constará en un acto administrativo que determina la presencia o no de comunidades étnicas en el territorio y la necesidad o no de realizar una consulta previa por eventual afectación directa.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T-039 de 2024.
Correspondencia y Atención al Ciudadano: Carrera Calle 16 N°68d – 89
Sede Administrativa: Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66
Bogotá, Colombia, Código postal 1101
PBX (57) (601) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co

8. Un problema frecuente en esta materia es la ausencia de un censo que permitan determinar donde hay comunidades étnicamente diferenciadas. En este sentido, en algunas ocasiones, la certificación que emite la Dirección de Consulta Previa sobre no presencia ha sido cuestionada y dejada sin efecto por la Corte Constitucional⁷¹.
9. La Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa debe aplicar de manera rigurosa de la metodología definida por la Directiva Presidencial 08 de 2020 y las sentencias de la Corte Constitucional SU-123 de 2018, SU-121 de 2022 y T-039 de 2024.
10. Finalmente, El acto administrativo de certificación de procedencia o no de la consulta previa **debe estar suficientemente motivado**⁷².

Etapas 2. Coordinación y preparación

1. Esta etapa empieza con la creación de un espacio de interlocución entre el responsable de un POA y la Subdirección de Gestión de Consulta Previa.
2. Este espacio tiene como objetivo principal coordinar y preparar el desarrollo del proceso consultivo. Los deberes del Ministerio del Interior y el responsable del POA en esta etapa son:
 - ✓ Identificar a las personas concretas de cada entidad, institución pública o privada y comunidad(es) que van a participar en el proceso.
 - ✓ Coordinar y diseñar estrategias para facilitar la consulta previa.
 - ✓ Definir el grado eventual de afectación directa a la comunidad, para determinar si se requiere: consentimiento o consulta.
 - ✓ Anticipar eventuales actos administrativos, permisos o licencias que puedan ser necesarios para el desarrollo de la consulta previa del POA.

Etapas 3. Preconsulta

1. El objetivo de esta etapa es desarrollar un diálogo previo con las autoridades representativas de las comunidades étnicas y acordar con ella una ruta metodológica.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia T-413 de 2021. En esta acción de tutela se estudió la no realización de la consulta previa para la ejecución de programa de erradicación de cultivos ilícitos en diferentes zonas del país. Aquí procedió la acción de tutela a pesar de que formalmente había certificación de "no presencia de comunidades étnicamente diferenciadas", pues ese proceso de identificación no fue correspondiente con la efectiva presencia de comunidades en las zonas de desarrollo del programa.

⁷² Corte Constitucional, sentencia T-039 de 2024.

e

2. En este punto, deben cumplirse los siguientes deberes:

- ✓ El Ministerio del Interior debe explicar al responsable del proyecto y a las comunidades étnicas el marco jurídico de la consulta previa y responder a las dudas.
- ✓ El responsable del POA debe describir el POA y resolver las dudas que surjan.
- ✓ Las comunidades étnicas, el responsable del POA y el Ministerio del Interior deben acordar una ruta metodológica. En esta construcción las comunidades deben comunicar la forma en que, según sus tradiciones y costumbres, se toman decisiones en su comunidad. Esta descripción debe indicar tiempos aproximados e instancias de decisión, y todo ello debe ser tenido en cuenta en la ruta metodológica.

3. Una vez cumplidos los anteriores pasos, se procede a la instalación y apertura formal de las reuniones interculturales.

Etapas 4. Consulta previa

1. La finalidad de esta etapa es generar un diálogo entre el Estado, el responsable del POA y las comunidades étnicas, en el cual se entiendan las ventajas y desventajas de ejecutar un POA para que la decisión sea adoptada por todas las personas afectadas.
2. En este punto, el Ministerio del Interior debe convocar a las reuniones y presentar, con insumo de los responsables del POA, los análisis de impactos y formulación de medidas de manejo de tales impactos.
3. No se puede delegar la consulta previa en la empresa interesada en el proyecto o en terceros. Esta debe ser realizada por autoridades estatales, ya que es una responsabilidad del Estado.
4. Las comunidades étnicas deben formular sus preguntas e inquietudes y deliberar de conformidad con sus tradiciones. Así mismo, pueden formular propuestas de acuerdos.
5. Deliberadas las propuestas de acuerdos entre los actores (Estado, responsables del POA y comunidades), debe protocolizarse los acuerdos alcanzados.
6. Si no se llega a ningún acuerdo con las comunidades étnicas, el Ministerio del Interior debe formular un test de proporcionalidad y razonabilidad para determinar si procede o no a implementar la medida. Es decir, cuando no hay

acuerdo, el Estado puede implementar la medida o ejecutar el POA siempre y cuando la decisión tenga las siguientes características⁷³:

- ✓ No sea arbitraria, ni autoritaria.
 - ✓ Se fundamente en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad.
 - ✓ Tome en consideración, en la medida de lo posible, la postura de las comunidades étnicas.
 - ✓ Respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT.
 - ✓ Prevea mecanismos eficaces e idóneos para atenuar los efectos de las medidas o de los POAs ejecutados.
7. Como se indicó en un apartado anterior, en Colombia el derecho a la consulta previa no implica un poder de veto⁷⁴.

Etapas 5. Seguimiento de acuerdos

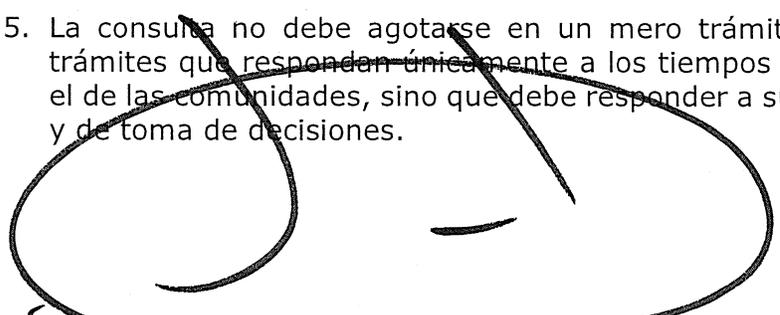
1. El objetivo de esta etapa es verificar que la entidad o empresa responsable del POA cumpla con los acuerdos protocolizados, cuando estos existan; o con las medidas de mitigación propuestas después de implementar una medida o ejecutar un POA sin acuerdo.
2. El seguimiento de los acuerdos a los que se llegó con las entidades o empresas responsables está en cabeza de las comunidades étnicas, con el apoyo de los agentes del Ministerio Público. No existe una forma específica de verificación de los acuerdos, en el entendido que dependen de cada proceso.
3. Esta etapa exige la realización de reuniones de cierre con las comunidades étnicas, las autoridades del Ministerio del Interior y los responsables de los POA. A estas reuniones de cierre deben asistir representantes de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo. Así mismo, las autoridades ambientales si han intervenido en el proceso de consulta.

⁷³ Directiva presidencial N° 8 de 2020 y Corte Constitucional, sentencia SU-123 de 2018.

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencias C-981 de 2002 y T-247 de 2015. Guía para la Aplicación del Convenio 169" elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático Montreal.

V. CONCLUSIONES

1. La consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos étnicos que implica su participación en la toma de decisiones que los afecten directamente. La omisión de la consulta previa y de la participación de comunidades en el trámite de certificación de procedencia de la misma puede llevar a la declaración de nulidad de los actos administrativos por el juez contencioso administrativo, o a la suspensión de las medidas o de la ejecución de los POA por parte del juez constitucional.
2. Para llevar un adecuado proceso de consulta previa se debe, entre otros aspectos importantes, proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos, obras o actividades que se pretende desarrollar en sus territorios y formular indicadores que permitan verificar la legitimidad y validez de los procesos de consulta previa, libre e informada, además de obtener datos que permitan monitorear los avances y retrocesos.
3. La consulta previa no se debe usar para desintegrar a las comunidades, o negociar de forma individual con algunos miembros de la comunidad, o que no tengan en cuenta a las autoridades representativas. La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado, de sus agentes o de terceros.
4. Ningún segmento de la población nacional tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten al país. Por ello, el derecho a la consulta previa no conlleva un poder de veto de las medidas consultadas, sino que supone un intercambio de razones ente culturas que se rige por los principios de razonabilidad y proporcionalidad en las medidas estatales.
5. La consulta no debe agotarse en un mero trámite formal o simbólico, ni trámites que respondan únicamente a los tiempos de la entidad sin atender el de las comunidades, sino que debe responder a sus procesos organizativos y de toma de decisiones.


JHON JAIRO CAMARGO MOTTA
Director General (e)

Aprobó: María Fernanda Suárez Salas / María Lilianna Rodríguez Valencia / Marcela Morales

Revisó: Juan Paulo Serrano (DDJN) / Andrés Sarmiento (DDJN) / Vanesa García (DGI)

Elaboró: Elena María Escobar Arbeláez (DPE)

Correspondencia y Atención al Ciudadano: Carrera Calle 16 N°68d - 89

Sede Administrativa: Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66

Bogotá, Colombia, Código postal 1101

PBX (57) (601) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co