



Entidad originadora:	Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa
Fecha (dd/mm/aa):	16/03/2021
Proyecto de Decreto/Resolución:	Por el cual se adicionan unos títulos de la Parte XX del Libro XX del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, sobre lineamientos para el ejercicio del deber de consulta previa a cargo de las autoridades, en especial en lo relacionado con la coordinación interinstitucional y el relacionamiento con las comunidades étnicas, de acuerdo con el numeral 11 del artículo 189 y parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 1 de la Ley 21 de 1991, el artículo 44 de la Ley 70 de 1993, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, el artículo 70 de la Ley 1098 de 2006, el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011

## 1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN.

La Constitución Política de 1991 señala que Colombia es un estado social de derecho (artículo 1), el cual debe garantizar la participación de todas las personas en las decisiones que los afectan y reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7) y la obligación del Estado de proteger sus riquezas culturales (artículo 8). A su vez, la Carta establece en los artículos 329 y 330 la obligación de garantizar la participación de las comunidades indígenas y de sus representantes frente a la limitación de sus espacios territoriales, así como a las decisiones que se adopten respecto a la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

De conformidad con el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado mediante la Ley 21 de 1991, el Gobierno Nacional *“debe 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”*, por lo que en cumplimiento de dicho deber, se hace necesario establecer los lineamientos para el ejercicio de la Consulta Previa, a cargo de las autoridades del Estado Colombiano.

La Honorable Corte Constitucional, ha adelantado un amplio<sup>1</sup> estudio del alcance del derecho a la consulta previa, estableciendo una serie de subreglas aplicables al ejercicio de la Consulta Previa, así:

*“(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental (...).*

*(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.*

*(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, assimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.*

*(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.*

*(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. (...)*

*(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. (...)*

*(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.*

*(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. (...)*

<sup>1</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?vs=713&pg=1&campo=&sql=consulta%20previa>



(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación” -negrilla y subrayado fuera de texto<sup>2</sup>”.

La sentencia de unificación SU-123 de 2018 proferida por la Corte Constitucional, indicó que existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: “(i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido”.

En este sentido, es deber del Gobierno Nacional, garantizar el goce efectivo de los derechos de las comunidades étnicas, como son los Pueblos Indígenas, el Pueblo Rrom y las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, así como afianzar la implementación de la Consulta Previa como derecho fundamental de aplicación inmediata y como mecanismo para su protección, por lo que se hace necesario establecer disposiciones que permitan ejercer el derecho a la consulta previa, el cual garantiza la participación efectiva de las comunidades étnicas, en las decisiones que los afectan directamente y que les permite asegurar su subsistencia como grupo social diferenciado.

Mediante el Decreto 2353 de 2019 se modificó la estructura del Ministerio del Interior, para crear la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, con autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica, a la cual le fue asignada la función de “liderar, dirigir y coordinar el ejercicio del derecho a la consulta previa [...]”.

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 16A del Decreto 2893 de 2011, adicionado por el artículo 4 del Decreto 2353 de 2019, señala como función de la Subdirección Técnica de Consulta Previa, la de: “1. Determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran”.

## ii) Razones de oportunidad y conveniencia

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue incorporado al ordenamiento nacional a través de la Ley 21 de 1991 y establece que los principios de participación y consulta de las comunidades étnicas son fundamentales. Es así como en su artículo 6º estipula el deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas y tribales que sean susceptibles de verse afectados directamente por la expedición de medidas administrativas o legislativas y dispone que la consulta previa debe adelantarse a través de herramientas y procedimientos pertinentes y adecuados para llegar a un acuerdo con las autoridades representativas de la comunidad. Así mismo, en su artículo 7.3, prevé que los Estados deben posibilitar la realización de estudios en cooperación con los pueblos interesados para evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente, que puedan recaer ante las actividades que se desarrollen.

Con fundamento en el mencionado Convenio 169 de la OIT, en el país se han realizado avances en la expedición de

<sup>2</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T - 129 de 2011.



algunas normas que han permitido la operatividad del derecho a la consulta previa en temas específicos, entre las que vale mencionar las siguientes:

- La Ley 1682 de 2013 (Proyectos de infraestructura transporte). Establece la consulta previa como requisito previo para la expedición de licencias ambientales para proyectos de infraestructura y transporte.
- La Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas del Conflicto armado). Define las reglas de consulta a los pueblos indígenas víctimas del conflicto armado en la atención, asistencia y su reparación integral.
- La Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Indica cuando debe realizarse la consulta previa de medidas administrativas.
- La Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y de la Adolescencia). Establece la reglamentación del proceso de adopción de niños, niñas y adolescentes indígenas el cual establece la necesidad de hacer consulta previa en ciertos casos.
- La Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación). Desarrolla lo relativo a la consulta previa en etnoeducación.
- La Ley 99 de 1993 (Creación del Ministerio de Ambiente). Desarrolla que la exploración de los recursos naturales en territorios de las comunidades étnicas deberá tener en cuenta las normas relativas a la consulta previa.
- La Ley 70 de 1993 (Desarrollo del artículo 55 transitorio de la constitución). Desarrolla la obligación del Sistema Nacional de Parques Naturales de promover mecanismos para realizar la consulta previa con las comunidades étnicas.

Adicionalmente, por la vía administrativa se han expedido decretos en la materia, entre los que vale señalar:

- El Decreto 2353 de 2019. Que modifica la estructura del Ministerio del Interior, determina funciones algunas dependencias y crea la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.
- El Decreto 1372 de 2018. Para regular el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.
- El Decreto 1211 de 2018. El cual crea la mesa de interlocución, participación y seguimiento al cumplimiento de los compromisos del Gobierno Nacional con el Pueblo Raizal.
- El Decreto 2613 de 2013. Por medio del cual se adopta el Protocolo Interinstitucional para la Consulta Previa.
- El Decreto 1320 de 1998. Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, entre otros.

A pesar de los esfuerzos por hacer operativo este derecho, dichas disposiciones han sido limitados para toda su implementación en el país que, si bien refleja una voluntad importante por desarrollar este derecho fundamental, persiste la ausencia de la regulación esencial del mismo. Como se explica a continuación, normativas como el Decreto 1320 de 1998, en el que se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio; sin embargo, dicha disposición reglamentaria no fue consultada a las comunidades étnicas respectivas, por lo cual, el Decreto ha sido inaplicado (vía excepción de inconstitucionalidad) en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional, “pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991, lo que dispone que es obligación del Estado, 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” tal y como se denota en las sentencias T-1045 A de 2010 (Consejo Comunitario del corregimiento La Toma contra Ministerio del Interior y de Justicia y otros), T-880 de 2006 (Pueblo Indígena Motilón Barí contra el Ministerio del Interior y de Justicia y otros), SU-383 de 2003 (Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República y otros), T-652 de 1998 (Pueblo Embera-Katío del Alto Sinú contra presidencia y otros), entre otras.

Frente a esta misma situación, se encuentra la sentencia T-576 de 2014 de la Corte Constitucional, que “dejó sin efectos” la Resolución 121 de 2012, así como el Decreto 2163 de 2012. La resolución había convocado a los representantes legales de los consejos comunitarios de comunidades negras, para elegir delegados para reglamentar la Comisión Consultiva de Alto Nivel, y el Decreto fue el resultado de ese proceso. La Corte Constitucional mencionó que: “el contenido de la Resolución 121 de 2012 podía alterar el estatus de las comunidades negras, en tanto involucraba la definición de aspectos que podrían impactar, de manera grave, en el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales de participación, consulta previa, autodeterminación e integridad cultural”, razón por la cual debía haber sido sometida a consulta previa.



Así las cosas, la sentencia de unificación SU-123 de 2018 proferida por la Corte Constitucional exhortó al Gobierno Nacional para que, con base en los lineamientos expuestos en esta sentencia: adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional (SU 123 de 2018), entre otros criterios ha diferenciado entre los conceptos de afectación directa y el área de influencia de un proyecto obra o actividad, esta última se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto, obra o actividad. Su propósito es definir criterios técnicos que sirven para delimitar el área de los proyectos, esta área no establece toda la afectación directa ni la comprende, puesto que no tiene ese propósito.

En este mismo orden, como lo dispone la sentencia SU 217 de 2017, el área de influencia constituye una exigencia legal y reglamentaria, destinada a la realización de un análisis técnico en el que, desde este punto de vista, los expertos competentes evalúan los impactos sociales, ambientales y económicos de un proyecto. Sin embargo, por su naturaleza técnica, su origen legal y el área de experticia de las personas que lo elaboran, resulta erróneo suponer que el concepto de área de influencia directa define y determina la existencia o no de afectación directa. Este concepto, tampoco remite directamente a un diálogo intercultural, sino a un acercamiento de naturaleza técnica.

Asimismo, se ha determinado que, si las autoridades estiman que el área de influencia de un proyecto determinado se traslapa con una comunidad étnica, sin lugar a duda deberá inferirse que se trata de un supuesto de afectación directa de las comunidades indígenas. Pero, en caso contrario, las autoridades y también las empresas, en el marco de su responsabilidad, están en la obligación de verificar otros elementos de juicio indican la eventual afectación a comunidades aledañas. Esto quiere decir, que el área de influencia no es el único elemento disponible para determinar una posible afectación, por lo que deberá ponderarse con otros elementos de juicio disponibles y, especialmente, con la información que provenga directamente de los pueblos indígenas; y, en caso de duda, será imprescindible la realización de visitas al lugar.

Adicionalmente, se han identificado las siguientes problemáticas actuales en materia de consulta previa que hacen relevante la necesidad de que el país cuente con una regulación en esta materia, y que además se pretenden superar con la expedición del presente decreto. Dichas problemáticas, son principalmente las siguientes:

- No existe claridad en la aplicación del concepto afectación directa
- Se dificulta la realización de procesos de consulta previa no presenciales
- Existe dificultad para identificar a los interlocutores legítimos de las comunidades étnicas y el alcance de sus facultades
- No hay claridad sobre los deberes de los participantes en el proceso
- Falta de regulación de los procedimientos que responden a las diversas necesidades de procesos de consulta previa con características, alcances y duración de cada uno de ellos
- Falta de claridad en el procedimiento y responsables cuando no se realiza el proceso o cuando no hay acuerdo
- Aparición de nuevas comunidades durante la implementación o una vez ejecutado el Proyecto, Obra o Actividad -POA y/o la medida, y falta de consistencia y predictibilidad de los fallos de los jueces de tutela frente a estas situaciones
- Falta de claridad sobre las comunidades étnicas en Colombia, su ubicación, características etnológicas y conformación de las mismas

Para concluir, vale la pena destacar que es imperioso para el Estado colombiano contar con un desarrollo regulatorio sobre la consulta previa en el marco de los postulados señalados por el Convenio 169 de la OIT – Ley 21 de 1991 - y por la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, que ayude a enmendar dichas problemáticas.

## **2. AMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO**



El ámbito de aplicación es a nivel público institucional como mecanismo de aplicación y desarrollo de los procesos consultivos en el país, así como la coordinación entre las entidades públicas, con el objetivo principal de facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes y a compartir criterios e información en materia de Consulta Previa.

### **3. VIABILIDAD JURÍDICA**

#### 3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo

- Constitución Política artículos 7, 8, 10, 209.
- Ley 21 de 1991
- Decreto 2613 de 2013
- Sentencia de Unificación SU 123 de 2018 proferida por la Corte Constitucional.
- Decreto 2353 de 2019

#### 3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada.

- La Ley 21 de 1991 se encuentra vigente.
- El Decreto 2613 de 2013 se encuentra vigente.
- El Decreto 2353 de 2019 se encuentra vigente.

#### 3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

El proyecto de decreto modifica el Decreto 2613 de 2013 que a su vez se encuentra compilado en el Decreto 1066 de 2015, que contiene el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa. Adicionalmente deroga el Decreto 1320 de 1998.

#### 3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción)

xxxx

#### 3.5 Circunstancias jurídicas adicionales.

La modificación del proyecto de decreto es viable jurídicamente, pues no contraviene ninguna disposición de rango constitucional, ni legal y se expide en uso de las facultades conferidas por los artículos 7, 8, 10 y 299 de la Constitución Política de Colombia, la Ley 21 de 1991, el Decreto 2613 de 2013, la Sentencia de Unificación SU - 123 de 2018 proferida por la Corte Constitucional y el Decreto 2353 de 2019.

### **4. IMPACTO ECONÓMICO (Si se requiere)**

No tiene impacto económico.

### **5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (Si se requiere)**

No requiere.



**6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN** (Si se requiere)

No tiene impacto medioambiental o sobre el patrimonio Cultural.

**7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO** (Si cuenta con ellos)

Por la naturaleza del proyecto de Decreto no cuenta con estudios técnicos.

**ANEXOS:**

Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria <i>(Firmada por el servidor público competente –entidad originadora)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo <i>(Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
Informe de observaciones y respuestas <i>(Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)</i>	X
Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio <i>(Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública <i>(Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
Otro <i>(Cualquier otro aspecto que la entidad originadora de la norma considere relevante o de importancia)</i>	<i>(Marque con una x)</i>

Aprobó:

\_\_\_\_\_  
**Life Armando Delgado Mendoza**  
**Jefe Oficina Asesora Jurídica (e)**

Aprobó: Carlos Alberto Baena López – viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos