

ASPECTOS PRÁCTICOS SOBRE LA CONSULTA PREVIA

Conozca información relevante sobre el derecho fundamental a la consulta previa en Colombia y los aspectos prácticos y recomendaciones estratégicas a ser tenidas en cuenta si su proyecto, obra o actividad requiere ser consultado a una comunidad étnica.

Holland & Knight

www.hklaw.com

José Vicente Zapata

María Camila Aponte Martínez





ASPECTOS PRÁCTICOS SOBRE LA CONSULTA PREVIA

TABLA DE CONTENIDO

Consideraciones preliminares -	
Aspectos generales sobre la consulta previa.....	4
Datos sobre la consulta previa	5
Sobre las etapas del proceso de consulta previa	9
Sobre las subreglas en materia de consulta previa	11
Aspectos prácticos sobre el derecho a la consulta previa:	
Recomendaciones prácticas	12



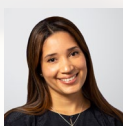
José Vicente Zapata es abogado en la oficina de Holland & Knight en Bogotá, con más de 30 años de experiencia en el sector de recursos naturales.

Centra su práctica en asuntos corporativos, contractuales y comerciales, con una fuerte práctica en escisiones, fusiones y adquisiciones. El Sr. Zapata co-lidera el grupo de enfoque en Venezuela de la firma, un grupo de socios que asesoran a clientes con intereses en ese país.

El Sr. Zapata ha dirigido durante muchos años asuntos regulatorios en materia de medio ambiente, energía y recursos naturales. Tiene experiencia en asuntos de cumplimiento corporativo, incluyendo la definición de programas de ética, el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SAGRILAF) y la gestión del conocimiento para el cumplimiento efectivo de la normativa, así como casos de responsabilidad por daños contractuales y extracontractuales.

El Sr. Zapata representa compañías eléctricas, petroleras, gasíferas, mineras, agroquímicas e industriales y las asesora en la estructuración de transacciones de inversiones extranjeras, reorganizaciones empresariales y fusiones y adquisiciones, así como en asuntos de responsabilidad ambiental y procedimientos judiciales como acciones colectivas y reclamos internacionales.

Por favor haga [click aquí](#) para ver la biografía completa con la experiencia, credenciales, educación, membresías, honores y reconocimientos.



María Camila Aponte es abogada del área ambiental de la oficina de Holland & Knight en Bogotá, y enfoca su práctica en derecho público y recursos naturales. La Sra. Aponte asesora

principalmente a empresas de los sectores de energía, petróleo y gas, minería, industria, agroquímica e infraestructura en relación con sus asuntos ambientales.

Además, la Sra. Aponte tiene experiencia importante en procesos de consulta previa, audiencias públicas y consultas populares. Ha trabajado en la representación de clientes en procedimientos sancionatorios ambientales y ha prestado asesoría en varios procesos de concesión, modificación y cesión de licencias ambientales.

Por favor haga [click aquí](#) para ver la biografía completa con la experiencia, credenciales, educación, membresías, honores y reconocimientos.

1. ASPECTOS PRÁCTICOS SOBRE LA CONSULTA PREVIA

1.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES - ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CONSULTA PREVIA

- 1.1.1. La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades étnicas a ser consultadas de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlas directamente.
- 1.1.2. En Colombia, son comunidades étnicas las comunidades indígenas, afrodescendientes, los Rrom, los gitanos y los raizales.
- 1.1.3. Al ser un derecho fundamental, la acción legal por naturaleza interpuesta para su protección es la acción de tutela.
- 1.1.4. Idealmente la consulta debe ser previa a la ejecución del proyecto, obra o actividad. No obstante, de manera excepcional, es posible llevar a cabo una consulta sobreviniente o posterior cuando a pesar de la constatación y verificación de la afectación directa, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior (DANCP) no determine la procedencia de la consulta previa en la instancia correspondiente.
- 1.1.5. Históricamente, la tendencia de los jueces constitucionales frente a la protección del derecho a la consulta previa ha sido garantista. En algunos casos, la ausencia de la consulta previa ha implicado la suspensión de la ejecución de los proyectos, obras o actividades hasta tanto no se lleve a cabo el proceso consultivo correspondiente. Estratégicamente, las órdenes de suspensión pueden mitigarse, siempre que el ejecutor del proyecto, obra o actividad cumpla con los estándares de debida diligencia que serán expuestos a continuación.
- 1.1.6. El ejercicio del derecho a la consulta previa no le otorga a la comunidad étnica consultada el poder de vetar la ejecución del proyecto, obra o actividad. Lo anterior, sin perjuicio de los casos en los que se requiere el consentimiento previo, libre e informado, a saber, cuando la intervención implique el traslado de las comunidades étnicas, cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas, cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural o ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma y/o, cuando se trate de planes de desarrollo a gran escala que tengan mayor impacto dentro del territorio de las comunidades étnicas.

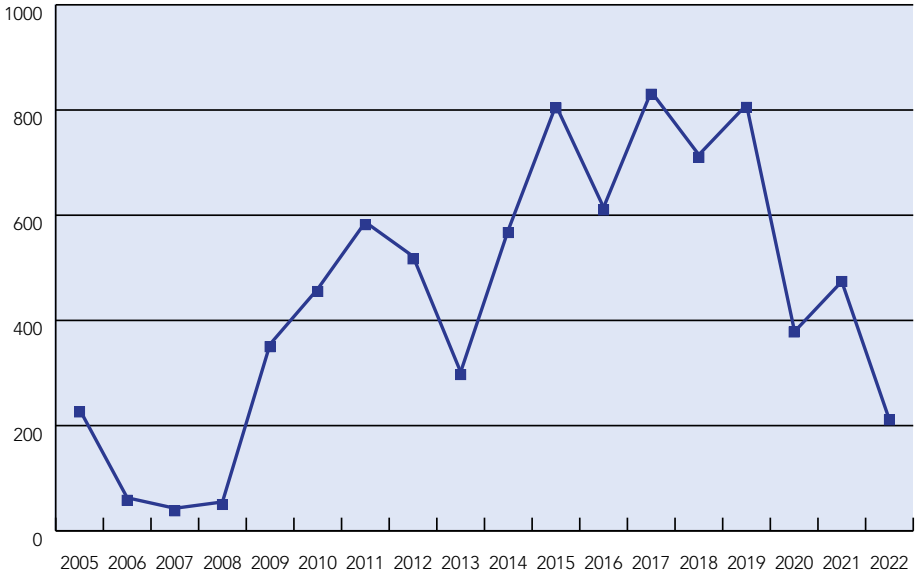
- 1.1.7. Si bien el objetivo de la consulta previa, de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas; dicho consentimiento no es obligatorio, salvo en los casos mencionados anteriormente.
- 1.1.8. Existe una creencia incorrecta relacionada con que únicamente es susceptible de consulta previa la afectación directa que genera un impacto negativo a la comunidad étnica. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado en distintos pronunciamientos que la consulta previa es procedente cuando se afecta directamente a una comunidad bien porque le impone restricciones o gravámenes, o por el contrario, le confiere beneficios.

1.2. DATOS SOBRE LA CONSULTA PREVIA

- 1.2.1. La realización de consultas previas en el país desde 1995 a la fecha ha mostrado un comportamiento fluctuante, en la medida en que si bien entre 1995 y 2004 no se realizaron consultas previas, en el año 2005, se realizaron aproximadamente 250 procesos consultivos en Colombia. El año en el que históricamente se realizaron más consultas previas fue en el 2017 con alrededor de 800 consultas, con una tendencia hacia la disminución para el año 2022 en el que nuevamente se adelantaron menos de 250 procesos. Los años 2015, 2017 y 2019 son los únicos años en los que el número de consultas previas superó el umbral de 750. A continuación presentamos un gráfico en el que se detalla el número de consultas previas realizadas desde 1995 hasta el 2022.



¿Cuántas consultas previas se han realizado en Colombia desde 1995 hasta 2022?



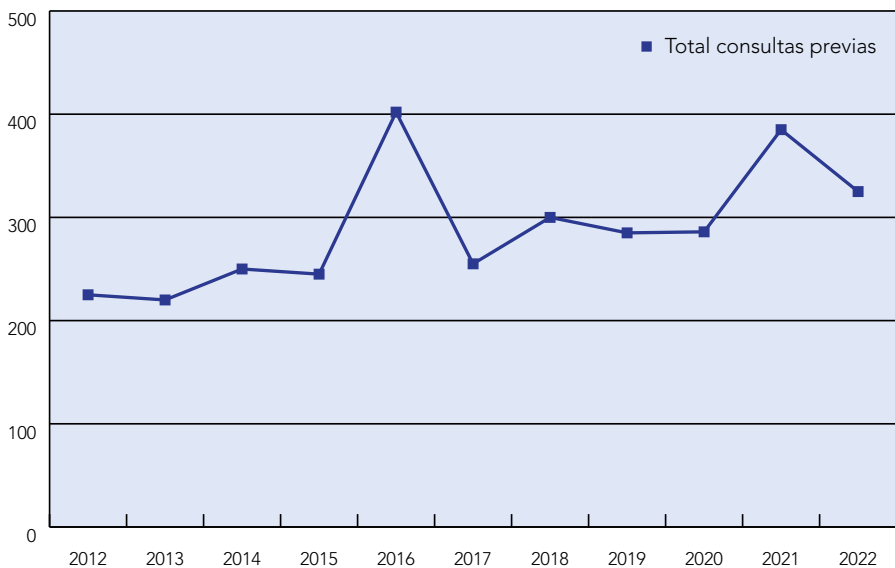
Fuente: Sistema de Información de Consulta Previa de la DANCP

- 1.2.2.** A continuación presentamos información sobre el total de consultas previas realizadas por sector en los últimos 10 años. Si bien la tendencia en los sectores hidrocarburos y mineros ha sido marcadamente hacia la disminución; para los demás sectores se evidencia una tendencia fluctuante a través de los años.



- a) Sector energía

Como se evidencia a continuación, en los periodos comprendidos entre el 2012 y el 2016 y entre el 2017 y el 2020, el número de consultas previas realizadas osciló entre 200 y 300. Asimismo, en los años 2016 y 2021 se llevaron a cabo el mayor número de consultas; alrededor de 400. En el 2022 se llevaron a cabo aproximadamente 320.



Fuente: Sistema de Información de Consulta Previa de la DANCP

b) Sector hidrocarburos

Como se ilustra en el gráfico, las consultas previas han disminuido considerablemente durante los años para el sector hidrocarburos, con alrededor de 440 consultas en el 2012 y aproximadamente 70 en el 2022. Si bien la reducción ha sido paulatina entre el 2015 y el 2022, entre el 2014 y el 2015 se presentó una disminución considerable de más del 40 por ciento pasando de 350 en el 2014 a 150 en el 2015.



Fuente: Sistema de Información de Consulta Previa de la DANCP

c) Sector infraestructura

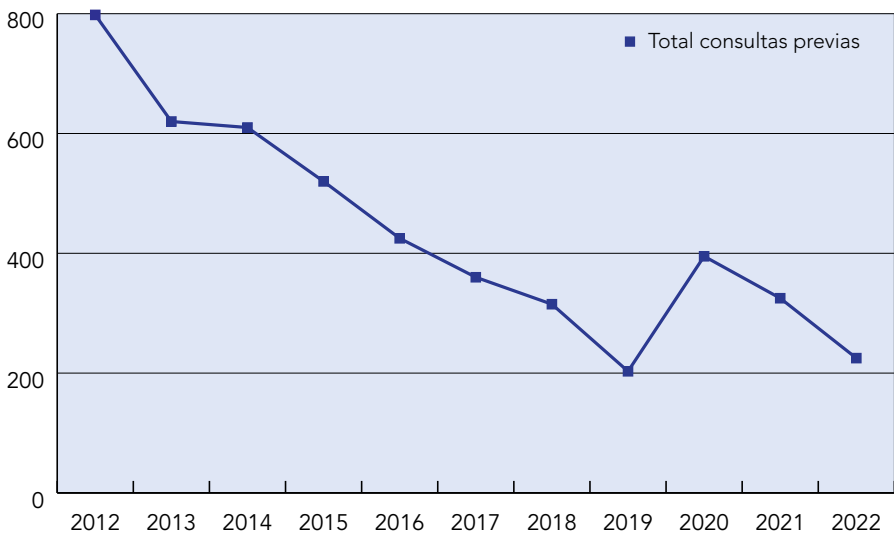
Como se detalla a continuación, el 2014 fue el año en el que se realizaron más consultas previas en el sector de infraestructura, superando las 400 consultas dicho año y cuadruplicando la cifra en contraste con el año 2022 en el que se adelantaron alrededor de 100. Luego del 2014, el número decreció a 350 en el 2015, cifra que se mantuvo sin variaciones considerables para el 2016. A partir del 2016 se evidenció una disminución destacable, ya que para los años 2018 a 2020 no se desarrollaron más de 150 consultas previas, por año. En el 2021 nuevamente se presentó un incremento relevante, duplicándose en contraste con los tres años inmediatamente anteriores. Finalmente en el 2022 el número decreció para alcanzar el mínimo histórico de aproximadamente 100 consultas.



Fuente: Sistema de Información de Consulta Previa de la DANCP

d) Sector minero

Desde el 2012 al 2022 es evidente que el número de consultas previas adelantadas para la ejecución de proyectos mineros ha tenido una tendencia a la disminución. En el año 2012 se llevaron a cabo aproximadamente 800 consultas previas, cifra además relevante en contraste con los números máximos del resto de los sectores, mientras que en el 2022 el número decreció a una cuarta parte. Entre el 2013 y el 2019 la tendencia fue hacia la disminución hasta llegar a 200 consultas en éste último año. Si bien en contraste con el 2019 el número de consultas se duplicó en el 2020, alcanzando 400, en el 2022 dicho número volvió a reducirse a casi la mitad.



Fuente: Sistema de Información de Consulta Previa de la DANCP

1.3. SOBRE LAS ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA



Si bien no existe una ley o una norma reglamentaria que se refiera a las etapas del proceso de consulta previa, las Directivas Presidenciales No. 10 de 2013 y No. 8 de 2020 señalan que el proceso de consulta previa debe desarrollarse en las siguientes cinco etapas. Asimismo, es claro que la DANCP es la autoridad competente para coordinar y dirigir los procesos de consulta previa y que, en virtud de dicha competencia, además de determinar la procedencia de la consulta previa, participan en las reuniones de preconsulta y consulta, realizan las convocatorias a las reuniones y hacen seguimiento a los acuerdos alcanzados. A continuación se presentan anotaciones legales de las etapas del proceso de consulta previa.

1.3.1. Etapa 1: Determinación de la procedencia de la consulta previa

- i. La procedencia de la consulta previa la determina la DANCP mediante un acto administrativo de contenido particular que es expedido a solicitud del interesado en ejecutar un proyecto, obra o actividad.
- ii. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el acto administrativo que determina la procedencia de la consulta previa no tiene carácter dirimente ni exclusivo, razón por la que si una comunidad étnica en efecto se encuentra afectada directamente, tiene el derecho a ser consultada.
- iii. La procedencia de la consulta previa también puede ser determinada por un juez constitucional, como consecuencia de una acción de tutela interpuesta por una comunidad étnica respecto de la cual la DANCP no había determinado su procedencia en la instancia correspondiente.
- iv. En esta etapa la DANCP puede realizar visitas de verificación en campo a efectos de determinar la procedencia de la consulta previa. La realización de visitas de verificación es potestativa de la DANCP.

1.3.2. Etapa 2: Coordinación y preparación

- i. La DANCP es la autoridad competente para coordinar, dirigir y diseñar el proceso de consulta previa.
- ii. A pesar de que la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 señala que en esta etapa se debe identificar si el proceso de consulta previa requiere o no la obtención del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad a consultar, este aspecto fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante Sentencia del 10 de agosto de 2023.

1.3.3. Etapa 3: Pre consulta

- i. Se realiza un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas a efectos de definir la ruta metodológica del proceso consultivo.

1.3.4. Etapa 4: Consulta previa

- i. Se realizan las reuniones de determinación de impactos y formulación de medidas de manejo.

- ii. De alcanzar acuerdos, estos se protocolizan mediante la suscripción de un acta. Si bien la Directiva Presidencial No. 8 de 2020 dispone que ante la imposibilidad de alcanzar acuerdos, debe darse aplicación al test de proporcionalidad, el Consejo de Estado mediante Sentencia del 10 de agosto de 2023 declaró nulo dicho paso.

1.3.5. Etapa 5: Seguimiento de acuerdos

- i. La DANCP coordina y convoca las reuniones de seguimiento de acuerdos o las medidas de manejo que surjan de la aplicación del test de proporcionalidad, a efectos de verificar el cumplimiento en los términos y plazos establecidos.
- ii. Una vez cumplidos los acuerdos y/o las medidas, debe suscribirse el acta de cierre del proceso consultivo.

1.4. SOBRE LAS SUBREGLAS EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA

1.4.1. La consulta previa, como derecho fundamental que les asiste a las comunidades étnicas del país, ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial. Entre otras, destacamos las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional: SU-039 de 1997, T-769 de 2009, T-693 de 2011, T-704 de 2016, T-002 de 2017, SU-133 de 2017, SU-217 de 2017, SU-123 de 2018 y SU-121 de 2022.

1.4.2. Si bien existen pocas normas que regulan el derecho a la consulta previa v.g. la Ley 21 de 1991, que ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, los estándares que deben ser cumplidos tanto por las autoridades administrativas como por los ejecutores de proyectos, obras o actividades están contenidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es por ello que el análisis y estudio de la jurisprudencia se torna fundamental para conocer el alcance y desarrollo del mencionado derecho.

1.4.3. La Corte Constitucional ha desarrollado las siguientes subreglas en materia de consulta previa:

- i. Debe adelantarse de buena fe, con el objetivo de llegar a un acuerdo y de lograr el consentimiento, sin engaños o presiones de ningún tipo.
- ii. La consulta previa debe ser respetuosa de la ley de origen y derecho propio de los pueblos indígenas.

- iii. Las comunidades afectadas deben ser integralmente informadas sobre todas las medidas que las afectarán de tal manera que puedan valorar de manera consciente y libre las ventajas y desventajas de dichas medidas.
- iv. Este proceso está orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en el caso particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales cada comunidad.
- v. Los pueblos deben estar libres de presiones para deliberar, discutir y tomar decisiones frente a las medidas consultadas.
- vi. La consulta debe ser anterior a la toma de las decisiones que pueden afectar a las comunidades étnicas.
- vii. La consulta previa no debe ser vista como un mero requisito para aprobar una medida determinada.

1.5. ASPECTOS PRÁCTICOS SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA: RECOMENDACIONES PRÁCTICAS

1.5.1. Sobre los estándares de debida diligencia en materia de consulta previa

Si bien a la fecha no hay normas expedidas por el gobierno nacional ni por el Congreso de la República que definan los deberes de diligencia en materia de consulta previa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias (SU 123 de 2018 y SU 121 de 2021) sobre las conductas que desarrollan dicho deber. Ello sugiere que, en la práctica, y en aras de mantener protocolos actualizados en esta materia, las compañías realicen una revisión periódica de la jurisprudencia constitucional.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado cuáles son las conductas que permiten desarrollar el deber de debida diligencia en materia de consulta previa. Dada nuestra amplia experiencia en la materia, consideramos que estratégicamente es fundamental que los ejecutores de proyectos, obras o actividades cuenten con protocolos que les permitan guiar las actividades a realizar en cumplimiento de los estándares mencionados. Ello, considerando que como se expondrá en la siguiente sección, el desarrollo de las conductas de debida diligencia en materia de consulta previa permiten mitigar riesgos legales asociados, entre otros, a la suspensión de proyectos en ejecución. La capacitación del equipo legal y operativo de las compañías también resulta fundamental de cara a garantizar una adecuada gestión que permita responder de manera acertada frente a eventos asociados a comunidades étnicas.

A continuación una explicación sucinta de dichos deberes, los cuales clasificamos según el momento en el que deben ser ejecutados:

- i. Antes de la solicitud de acto administrativo de determinación de procedencia de consulta previa

Aún cuando no existe una norma específica que exija al ejecutor de un proyecto, obra o actividad, realizar un análisis de la composición etnográfica del área de influencia antes de la solicitud del acto administrativo de determinación de procedencia de consulta previa, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, si bien dicha labor debe ser realizada por parte de la DANCP, ésta debe reforzarse por parte del ejecutor del proyecto.

Es muy importante hacer énfasis en que la verificación de la composición etnográfica de un área determinada típicamente está contenida en el análisis del medio socioeconómico que hace parte del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), el cual es un estudio requerido para la solicitud de la licencia ambiental. No obstante, la verificación etnográfica a la que se hace referencia en la presente sección es distinta de la que en su momento se hace para el EIA, en la medida en que si se hace un análisis en el tiempo, la solicitud del acto administrativo de determinación de procedencia de consulta previa es anterior a la radicación de la solicitud de la licencia ambiental. Además, debe tenerse en cuenta que no todos los proyectos consultados requieren licencia ambiental. Hemos tenido muchos casos de consultas respecto de proyectos que no cuentan con este instrumento de control y manejo ambiental.

En términos prácticos esto implica que antes de solicitar el acto administrativo de determinación de la procedencia de consulta previa, el ejecutor del proyecto debe hacer un análisis de la composición poblacional del área de influencia de su proyecto, a efectos de determinar si hay o no comunidades étnicas. Dicho análisis deberá ser realizado idealmente por un tercero experto en etnografía, que cuente con experiencia sobre el particular. Es fundamental que las labores que realice el ejecutor tendientes a analizar la verificación etnográfica sean debidamente documentadas (v.g. fotos, videos, reportes) y archivadas. Esta información permitirá probar la debida diligencia correspondiente, en el evento en el que se materialice un riesgo legal. Hemos tenido casos prácticos en los que la evidencia de la verificación etnográfica realizada ha permitido soportar debidamente las conductas diligentes, las cuales han permitido evitar órdenes de suspensión del proyecto en sede judicial, que naturalmente tienen mayores repercusiones económicas y reputacionales.

Ahora bien, si el estudio etnográfico, realizado previo a la solicitud del acto administrativo en mención, concluye que hay comunidades étnicas en el área de influencia que pueden ser eventualmente afectadas directamente, se activa una conducta de debida diligencia adicional.

En este caso, una vez el ejecutor del proyecto solicite formalmente a la DANCP el acto administrativo de determinación de procedencia de consulta previa, deberán aportarse las conclusiones del estudio etnográfico realizado y la información que corresponda que permita facilitar el análisis de la DANCP. Asimismo, de ser posible, deberá también describirse la eventual afectación directa que el proyecto, obra o actividad podría generar a las mencionadas comunidades. En adición, si alguna comunidad étnica ha presentado quejas en relación con el proyecto a ser ejecutado, estas quejas también deberán ser aportadas en la solicitud que se radique ante la DANCP.

Si bien es la DANCP la que tiene la competencia de pronunciarse sobre la procedencia de la consulta previa, no es una práctica diligente que el ejecutor conociendo información sobre la eventual afectación directa de comunidades étnicas, decida no incluirla en la solicitud correspondiente, para que la DANCP la evalúe y pueda pronunciarse sobre ella. Se anota que el ejecutor de un proyecto, obra o actividad no tiene la competencia para determinar si procede o no la consulta o si hay o no afectación directa, pero sí es una conducta diligente poner de presente a la autoridad administrativa competente la información relevante con la que cuente de manera tal que la DANCP pueda pronunciarse en los términos de la ley. Asimismo, es claro que el ejecutor del proyecto, obra o actividad no está facultado para adelantar un proceso de consulta previa sin la coordinación de la DANCP; es decir, si el estudio etnográfico determinó que en el área de influencia existen comunidades étnicas que pueden ser eventualmente afectadas directamente, pero la DANCP determinó la no procedencia de la consulta previa en el acto administrativo correspondiente, no podría el ejecutor consultar sin la coordinación de la DANCP, pero debería, en cumplimiento de su estándar de debida diligencia, radicar un recurso de reposición en el que se insista en las conclusiones del análisis etnográfico realizado y mantener un buen relacionamiento con las comunidades identificadas. Estas conductas también son típicamente evaluadas como conductas diligentes en el marco de acciones legales en las que eventualmente se señalen que el ejecutor de proyecto conocía sobre la afectación a las comunidades étnicas.

ii. Durante el proceso de consulta previa

Se está entonces ante el escenario en el que la DANCP determinó la procedencia de la consulta previa mediante la expedición de un acto administrativo. En este caso, es claro que en primer lugar el ejecutor está obligado a adelantar el proceso de consulta previa, siempre que decida ejecutar el proyecto, obra o actividad correspondiente, para lo cual el ejecutor debe solicitarle a la DANCP iniciar la etapa de coordinación y preparación.

Asimismo, el ejecutor del proyecto tiene el deber de establecer un diálogo previo con las comunidades étnicas que facilite la comunicación para el desarrollo de la consulta previa. Es fundamental la explicación respecto del alcance de la consulta previa y del proyecto, obra o actividad que el ejecutor realice, en la medida en que es una conducta que desarrolla la debida diligencia en la materia, que la información que sea proporcionada en los espacios de consulta sea suficiente, detallada y precisa, de manera que la comunidad étnica consultada comprenda las actividades a realizar y los impactos que éstas podrían generar en ellas. Es fundamental que también se documente y archive la labor que realice el ejecutor que evidencie que éste proporcionó la información completa y que propició los espacios para que las comunidades étnicas comprendieran las actividades que serían posteriormente realizadas.

iii. Durante la ejecución del proyecto, obra o actividad

La Sentencia de la Corte Constitucional SU 123 de 2018 reiteró un deber de debida diligencia aplicable a la fase de ejecución del proyecto, el cual implica que éste tiene la obligación de informar al Ministerio del Interior sobre la aparición de comunidades. Esto puede tener lugar bien ante un escenario en el que la DANCP no hubiese determinado la procedencia de la consulta previa o ante la aparición de comunidades distintas de las contenidas en el acto administrativo de determinación de procedencia.

Sobre este estándar es recomendable que el ejecutor del proyecto, obra o actividad prepare un protocolo de respuesta frente a eventos en los cuales se advierte la presencia/afectación de comunidades étnicas que no fueron incluidas en el acto administrativo de procedencia de consulta previa.

La Sentencia SU 123 de 2018 también señala que "todo cambio sustancial en las condiciones del proyecto que implique la adopción de nuevas medidas o altere significativamente el sentido de las medidas ya tomadas renueva el deber de consulta previa". Así las cosas, para la Corte la consulta no es un acto singular y es necesario realizarla cuando se renueve o se modifique sustancialmente alguna de las condiciones o etapas del desarrollo del proyecto. Esto quiere decir que, bajo el escenario en el que sea procedente la consulta previa si el ejecutor 1) advierte, con posterioridad a la consulta previa, que no consultó un impacto a la comunidad étnica, o 2) modifica el proyecto de manera tal que implica la adopción de nuevas medidas que afecten directamente a las comunidades étnicas consultadas, el ejecutor, en cumplimiento de su deber de debida

diligencia, tendría el deber de informar a la DANCP para determinar la necesidad consultar dichas nuevas medidas.

Recientemente, la Sentencia de la Corte Constitucional SU 121 de 2022 amplió un estándar adicional de debida diligencia. Se trata del deber de etnoreparar, que, de conformidad con la citada sentencia, aplica en los casos en que se haya desconocido el goce efectivo del derecho a la consulta previa; el ejecutor del proyecto debe adoptar medidas tendientes a identificar los daños ocasionados. Las reparaciones "deben ser establecidas e implementadas con un enfoque étnico diferencial (etnorreparaciones), que tome en cuenta, entre otros, la particular identidad cultural del pueblo específico, la dimensión colectiva de las violaciones ocurridas y de las medidas reparatorias, las necesidades particulares de esos pueblos y que les permita un control de su implementación".

Naturalmente, el cumplimiento de los acuerdos alcanzados con las comunidades o las medidas de manejo establecidas en aplicación del test de proporcionalidad es un deber de debida diligencia. Es fundamental que el ejecutor mantenga la trazabilidad del cumplimiento, en los eventos en los cuales las medidas de mitigación/corrección sean ejecutadas durante un periodo de tiempo. Asimismo, deberán irse cerrando los acuerdos cumplidos y, una vez se cumplan todos, deberá suscribirse el acta correspondiente de cierre de consulta previa.

1.5.2. Sobre las órdenes de suspensión de proyectos, obras o actividades por violación del derecho a la consulta previa

No son pocos los casos en los que jueces de la República han ordenado la suspensión de proyectos, obras o actividades en ejecución, luego de que comunidades étnicas accionantes hayan demandado el amparo del derecho fundamental mediante una acción de tutela; v.g. en el 2018 y en el 2021 se suspendieron varios proyectos del sector de infraestructura e hidrocarburos por la ausencia de consulta previa.

Se está entonces ante un escenario en el que, como consecuencia de una acción de tutela, se suspende la ejecución de un proyecto situación que, por mencionar algunos ejemplos, puede dar lugar al incumplimiento de contratos con el Estado, de contratos de crédito con entidades financieras nacionales o internacionales, en los eventos típicos en los que el proyecto cuente con esquemas de financiación, con contratistas, empleados, entre otros.

No siendo un tema menor, es fundamental adoptar medidas que permitan mitigar este riesgo legal, considerando el análisis que realizan los jueces a efectos de determinar la procedencia o no de una medida de suspensión.



De conformidad con lo establecido en la Sentencia SU 123 de 2018, la Corte Constitucional señaló que las limitaciones que se ordenen a los ejecutores de proyectos, obras o actividades, en el marco del ejercicio del derecho a la consulta previa y la protección de derechos fundamentales de las comunidades, deben ser constitucionalmente legítimas, para lo cual aseguró que:

"17.16. 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, es decir, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. Para el efecto se deben ponderar y explorar 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."

En términos prácticos, los jueces constitucionales deben realizar un test de ponderación que permita ordenar un remedio judicial que, en cualquier caso, se constituya en una medida excepcional y necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía, requiriéndose, además, que debe tratarse de la medida menos gravosa posible, dados los intereses constitucionales que puedan estar en tensión en un escenario particular.

Así las cosas, los jueces de la República al determinar v.g. la necesidad de suspender un proyecto por la no realización de la consulta previa, deben analizar, entre otras, el comportamiento de la empresa y, en particular, si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico. Es por ello que los estándares de debida diligencia previamente explicados son tan relevantes para la mitigación de este riesgo legal.

1.5.3. Sobre la suficiencia del acto administrativo de determinación de procedencia de consulta previa

De conformidad con el Decreto 2353 de 2019, la DANCP tiene la función de 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. En este orden de ideas, la determinación de la procedencia de la consulta previa es una competencia conferida a la DANCP, no pudiendo los particulares ejercer la misma.

Ahora bien, la procedencia de la consulta previa se determina mediante la expedición de un acto administrativo de contenido particular que es expedido a solicitud del interesado en ejecutar un proyecto, obra o actividad. El acto administrativo de determinación de procedencia de consulta previa, antes certificación de presencia de comunidades étnicas, goza de los atributos que caracterizan a los actos emitidos por las autoridades administrativas en ejercicio de sus competencias, entre los cuales está su presunción de legalidad y su ejecutividad. Así las cosas, siempre que éste no sea anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o no sea suspendido temporalmente en virtud de una medida cautelar, goza de presunción de legalidad y validez para quienes crean, modifican o consolidan situaciones jurídicas.

Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el acto administrativo que determina la procedencia de la consulta previa no tiene carácter dirimente ni exclusivo, razón por la que si una comunidad étnica en efecto se encuentra afectada directamente por la ejecución de un proyecto, tiene el derecho a ser consultada. Esto es así, en la medida en que, en la práctica, no existen registros actualizados de la población étnica en el país, motivo por el cual puede suceder que del análisis que sea realizado por la DANCP no se advierta o constate la afectación directa de una comunidad que podría ser afectada con ocasión de la ejecución de un proyecto.

1.5.4. Sobre la necesidad de modificar los acuerdos de consulta previa

El deber de debida diligencia comprende de igual manera el deber de modificar los acuerdos de consulta previa cuando, 1) el ejecutor del proyecto decide no realizar actividades que fueron consultadas y respecto de las cuales se alcanzaron acuerdos, 2) el ejecutor del proyecto amplía las actividades consultadas, de manera tal se producen impactos adicionales a los consultados, 3) el ejecutor del proyecto requiere modificar la licencia, permiso o autorización ambiental, y 4) la autoridad ambiental no autorizó la realización de actividades que fueron consultadas y respecto de las cuales se alcanzaron acuerdos.

El procedimiento para modificar los acuerdos de consulta previa dependerá típicamente de si la variación del proyecto requiere o no de la modificación del instrumento de control y manejo ambiental. En este escenario, es posible que el trámite de modificación requiera adelantar proceso de consulta previa, en escenarios de v.g. ampliación del área licenciada. No obstante, es posible que la variación del proyecto no requiera la modificación del instrumento, caso en el que los acuerdos de consulta previa pueden ser modificados vía seguimiento. Fundamental la participación de la DANCP y la constatación documental, mediante actas, de la modificación a los acuerdos.

1.5.5. Sobre la duración del proceso de consulta previa

No existe una duración para el desarrollo de las etapas del proceso consultivo definida ni en las normas ni en la jurisprudencia aplicable. De hecho, establecerla generaría un riesgo alto de nulidad de la medida legislativa o reglamentaria correspondiente, dado los derechos que les asisten a las comunidades étnicas en virtud de la Ley 21 de 1991 y demás normatividad y jurisprudencia aplicable.

La duración del proceso consultivo, no obstante, está atado en gran parte al relacionamiento estratégico que se mantenga con las comunidades étnicas que se requieran consultar y al cumplimiento de los estándares de debida diligencia expuestos.

De conformidad con nuestra experiencia, hemos visto casos de consultas previas que se surten hasta la etapa de consulta previa en cuatro o cinco meses, siendo esto excepcional, de cara a las complejidades de los procesos consultivos. No obstante, también hay casos de consultas previas que han tenido una duración de dos y tres años, sin que se puedan alcanzar acuerdos con las comunidades. Típicamente, los conflictos de representatividad de las comunidades étnicas generan dificultades considerables para surtir el proceso consultivo, en la medida en que, como se señaló arriba, las consultas deben surtirse con los representantes legítimos de las comunidades.

1.5.6. Sobre el test de proporcionalidad en los procesos de consulta previa

La Directiva Presidencial No. 8 de 2020 define el test de proporcionalidad como un mecanismo aplicado posterior al cierre del proceso de consulta previa que debe aplicarse en los siguientes tres eventos: 1) por falta de acuerdo en la pre-consulta o consulta; 2) por inasistencia de las autoridades representativas, una vez agotado los procedimientos de convocatoria establecidos; y 3) por la falta de solución del conflicto de representatividad en la comunidad étnica. El

test tiene por finalidad determinar las medidas de manejo adecuadas para prevenir, corregir o mitigar las afectaciones directas.

De conformidad con la citada directiva, las medidas deberán estar desprovistas de arbitrariedad, fundamentadas en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, y tomarán en consideración las posiciones expresadas por la comunidad étnica y por el ejecutor del proyecto, obra o actividad. El término máximo de duración del test de proporcionalidad es de tres meses.

Ahora, si bien no ha habido un pronunciamiento expreso sobre la nulidad de la Directiva Presidencial No. 8 de 2020, derivado de las conclusiones de la Sentencia del 10 de agosto de 2023 del Consejo de Estado, es altamente probable que dicho tribunal administrativo emita en el futuro cercano un pronunciamiento en el que también declare la nulidad parcial de esta directiva. Ello, teniendo en cuenta que en la referida sentencia, el Consejo de Estado declaró nulos los pasos a seguir en la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 cuando no sea posible alcanzar acuerdos con las comunidades v.g. aplicación del test de proporcionalidad.

Sobre este aspecto, existiría un vacío en torno a la figura jurídica aplicable en los procesos de consulta previa en curso, cuando no sea posible alcanzar acuerdos con las comunidades consultadas, lo cual dificultaría en la práctica el cierre de los procesos consultivos.

1.5.7. Sobre la aprobación del Acuerdo de Escazú y su eventual incidencia en la consulta previa

El acuerdo regional de los países de América Latina y el Caribe sobre el acceso a la información ambiental, a la participación ambiental y al acceso a la justicia ambiental (Acuerdo de Escazú), fue aprobado el pasado noviembre mediante la Ley 2273 de 2022.

Sin perjuicio de las implicaciones sobre los derechos de información y justicia ambiental, la ratificación del Acuerdo de Escazú implicaría un fortalecimiento del derecho a la participación de las comunidades en general, no sólo de las comunidades étnicas.

Si bien Colombia cuenta con mecanismos de participación ambiental tanto en sede administrativa v.g. la consulta previa, como en sede judicial v.g. acción popular, la ratificación del Acuerdo de Escazú, que es inminente, daría lugar a la expedición de medidas legislativas y reglamentarias que amplíen/robustezcan el derecho de participación en asuntos ambientales, lo cual también repercutiría en un mayor fortalecimiento de la aplicación del derecho a la participación por parte de los jueces de la República.

1.5.8. Recomendaciones estratégicas en materia de consulta previa

- a) Preparación e implementación de protocolo de consulta previa

Los temas sociales cobran cada vez más relevancia en el desarrollo de proyectos, obras y actividades en el país. Ello sugiere que, desde la gestión corporativa, se cuente con un instrumento/manual que contemple las acciones y actividades que permita mitigar riesgos legales y sociales atados a los procesos consultivos. Este protocolo debe contener, entre otras:

- i. Las instrucciones para la materialización de los estándares de debida diligencia v.g. la realización del análisis del componente poblacional del área del proyecto
 - ii. La forma en la que debe radicarse la solicitud de determinación de procedencia de consulta previa ante la DANCP y la información que debe ser anexada
 - iii. Aspectos estratégicos que deberían contener las piezas documentales a ser compartidas con las comunidades en el marco del proceso consultivo
 - iv. La forma y mecanismos para guardar las evidencias de las reuniones de las distintas etapas del proceso de consulta previa
 - v. El procedimiento a seguir en el evento en el "aparezcan" comunidades en el área del proyecto que no fueron incluidas en el acto administrativo de procedencia de consulta previa
 - vi. Qué hacer si una comunidad étnica no consultada radica una petición a la compañía y cómo atender dicha solicitud
 - vii. Aspectos legales a ser revisados en las actas de consulta previa v.g. sugerencias respecto de la redacción de los acuerdos que sean eventualmente protocolizados
 - viii. Pasos a seguir cuando las comunidades étnicas no asistan a las reuniones de consulta previa o cuando asistiendo, no concurren sus representantes
 - ix. Tiempos de respuesta a peticiones, acciones constitucionales, medios de control, entre otros
- b) Socialización periódica vis. Acuerdo de Escazú

Considerando la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es fundamental que las compañías determinen la forma y la periodicidad con la que se realizarán sesiones adicionales de socialización con la comunidad étnica consultada. Ello permitirá mitigar riesgos legales y sociales y consolidará un mejor relacionamiento para las reuniones de seguimiento de acuerdos bajo la coordinación de la DANCP. La periodicidad de la socialización dependerá caso a caso de la dinámica de relacionamiento con la comunidad. Esta socialización permitirá fortalecer el posicionamiento de las compañías de cara al cumplimiento del Acuerdo de de Escazú, una vez sea ratificado.

c) Archivo documental en materia de consulta previa

La forma en la que se mantenga la evidencia documental audiovisual de todas las actividades realizadas en cumplimiento del protocolo arriba mencionado, es de la esencia, de cara a posibles acciones constitucionales o medios de control que sean interpuestos por las comunidades étnicas. En este sentido, es fundamental que la estrategia esté complementada con instrucciones precisas sobre los repositorios de la información, la forma en la que será almacenada la evidencia en las compañías, así como sus responsables.

d) Formato respuesta peticiones/tutelas/demandas

Considerando los términos para radicar la contestación a v.g. acciones de tutela (en algunos casos son 48 horas), recomendamos que las compañías cuenten con formatos de respuesta a dichas acciones, así como a peticiones en relación con el derecho a la consulta previa. Estos formatos deberán contener lenguaje propositivo y estratégico de cara a mitigar riesgos legales y sociales.

e) Actualización legal y jurisprudencial - Capacitaciones

Considerando que en mayor medida el derecho a la consulta previa ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es fundamental que las compañías se mantengan actualizadas de los fallos recientes que típicamente imponen o afianzan deberes en relación con la protección del derecho fundamental. Asimismo, recomendamos la realización de capacitaciones en la materia, que permitan sensibilizar a los empleados de la relevancia del tema y de las implicaciones que podrían derivarse de una gestión inadecuada. Es de la esencia que la estructura organizacional esté alineada en la importancia de cumplir las normas y la jurisprudencia en materia de consulta previa.

CONTACTOS



José V. Zapata
Socio | Bogotá
+57.601.745.5940
jose.zapata@hklaw.com



Maria Camila Aponte
Asociada | Bogotá
+57.601.745.5855
maria.aponte@hklaw.com



Holland & Knight

hklaw.com