



ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL - Reglamentos / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto de las directivas presidenciales por medio de la cuales se reseñan unos mecanismos para la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales y se establece una guía para la realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas / RESERVA DE LEY ESTATUTARIA - Criterios de identificación desarrollados en la jurisprudencia constitucional / RESERVA DE LEY ESTATUTARIA – Materias objeto de su regulación / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS ÉTNICAMENTE DIFERENCIADOS – Alcance / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL – Para definir los criterios participativos necesarios para el ejercicio del derecho a la consulta previa / GOBIERNO NACIONAL – Es el encargado de propiciar la participación de las comunidades étnicas / MATERIA SUJETA A RESERVA DE LEY – La regulación de sus elementos esenciales no son susceptibles de ser regulados a través de la potestad reglamentaria / POTESTAD REGLAMENTARIA – Alcance frente a materias con reserva de ley / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada al no vislumbrarse vulneración con el ordenamiento superior

[L]a parte demandante solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las Directivas Presidenciales 01 de 2010 y 10 de 2013, por cuanto considera que dichos actos administrativos contravienen los artículos 121, 152 y 189 (numeral 11) de la Constitución Política, así como la Ley 21 de 1991, al desconocer los derechos a la consulta previa, a la participación y al debido proceso y los principios de legalidad y de reserva de ley estatutaria. [...] En este orden de ideas, el despacho, a efectos de resolver la petición de suspensión provisional, analizará en esta etapa inicial del proceso, si el Presidente de la República, al expedir las directivas presidenciales 1 de 2010 y 10 de 2013, desconoció el principio de reserva de ley estatutaria y, además, si con anterioridad a su expedición se debió agotar el mecanismo de consulta. [...] En lo concerniente al primer punto de la solicitud, esto es, el relacionado con la absoluta falta de competencia del Presidente de la República para expedir los actos acusados, el Despacho encuentra que la afirmación sostenida por la parte demandante sobre la presunta vulneración de los artículos 121, 152 y 189 (numeral 11) de la Constitución Política, carece de vocación de prosperidad. [...] [L]a parte actora considera que no le era dable al Ejecutivo reglamentar el derecho a la consulta previa puesto que dicha temática goza de reserva legal estatutaria al tratarse de un derecho fundamental [...] [D]e la lectura del texto de las directivas objeto del asunto sub examine, el Despacho no advierte, inicialmente, que el Ejecutivo careciera de competencia para expedirlas ni que resulten contrarias a las normas invocadas como violadas por los actores en la medida en que los preceptos en ella contenidos se refieren a aspectos prácticos, administrativos, de gestión y logística relacionados con el derecho a la consulta previa, esto es, no reglamentan el ejercicio del derecho, por lo que no sería necesario acudir al trámite de ley estatutaria – Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011. Resalta el despacho, en este análisis inicial de la controversia, que las mismas constituyen “órdenes” del Presidente de la República, dirigidas a las autoridades del nivel nacional: i) para establecer los roles que dichas autoridades deben cumplir cuando se deba acudir a este mecanismo; ii) para recoger lo regulado en instrumentos internacionales – Convenio 169 –, en leyes y en distintos pronunciamientos que frente a este derecho fundamental fueron proferidos por la Corte Constitucional para la fecha en fueron expedidas las directivas; y, iii) para precaver cuestiones de orden administrativo, de gestión y logísticas que deben surtirse al interior de las entidades públicas para la realización de las consultas. [...] El análisis anterior permite afirmar que las directivas no constituyen una regulación integral, completa



y sistemática del derecho fundamental a la consulta previa; ni desarrollan el régimen de ese derecho fundamental; ni reglamentan mecanismos de protección de ese derecho; ni afectan o desarrollan elementos estructurales de aquel. Como se pudo evidenciar, cierto es que determinan roles de las entidades públicas en los procesos de consulta; recogen aspectos del derecho fundamental contenidos en normas de orden legal y en decisiones judiciales de la Corte Constitucional y los erigen como derroteros de acción del Gobierno Nacional; y se refieren a aspectos de orden administrativo, de gestión y de logística que se deben tener en cuenta en los procesos de consulta.

DIRECTIVA PRESIDENCIAL – Es susceptible de control judicial / DIRECTIVA PRESIDENCIAL – Es la expresión del ejercicio de la función administrativa

[L]as directivas presidenciales acusadas se erigen como verdaderos actos administrativos susceptibles de control judicial por esta jurisdicción. Al respecto la Directiva Presidencial 01 de 2010 señala que “[...] los elementos aquí consignados se deben cumplir por parte de las entidades y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional [...]” y posteriormente estableció con claridad que “[...] Las responsabilidades aquí descritas, así como los procedimientos señalados, serán de obligatorio cumplimiento para los destinatarios de la presente Directiva [...]”. La Directiva Presidencial 10 de 2013, por su parte, subrayó que: “[...] El Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa como principal responsable de los procesos de consulta a las comunidades étnicas, y los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva implicados en procesos consultivos de esta naturaleza, adelantadas para el desarrollo de proyectos, obras o actividades en áreas en donde se registre presencia de este tipo de comunidades, deberán seguir, en lo que les concierne, las etapas previstas en la “Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas”, que se anexa a la presente directiva y forma parte integral de ella [...]”. Así las cosas, las directivas cuestionadas son manifestaciones de la voluntad del Presidente de la República, en ejercicio de la función administrativa, que contienen las que se dan órdenes a los funcionarios públicos destinatarios en relación con los mecanismos para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa con los grupos étnicos.

COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – Para hacer las leyes, interpretarlas, reformarlas y derogarlas / RESERVA DE LEY ESTATUTARIA – Materias sujetas a su trámite / RESERVA DE LEY ESTATUTARIA – Debe interpretarse de manera restrictiva

[L]a Constitución Política, en su artículo 150, encomendó al Congreso de la República la función de hacer leyes, interpretarlas, reformarlas y derogarlas. El ejercicio de dicha potestad legislativa atiende a un sistema normativo piramidal integrado por códigos, leyes marco, leyes ordinarias, leyes orgánicas, leyes de facultades extraordinarias y leyes estatutarias. Sobre esta última categoría, el artículo 152 de la Carta consagró un procedimiento legislativo cualificado para las materias, consideradas por el Constituyente, de mayor trascendencia dentro del Estado Social de Derecho. Es así que dicho artículo remite al trámite de ley estatutaria la regulación de (i) los derechos y deberes fundamentales, y los procedimientos y recursos para su protección; (ii) la administración de justicia; (iii) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; (iv) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (v) los estados de excepción; y (vi) la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República. – Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011 –. Sin embargo, la misma Corte Constitucional ha defendido la tesis consistente en que la reserva de ley estatutaria debe



interpretarse de manera restrictiva, en el sentido de que no cualquier reglamentación que se ocupe de las materias mencionadas requiere ser expedida por medio de este tipo de leyes. Además, ha indicado que “[...] el tipo de desarrollo y el grado de detalle de la regulación que la Constitución exige al legislador estatutario dependen de la clase de materia [...]» – Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011 –.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto de las directivas presidenciales por medio de las cuales se reseñan unos mecanismos para la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales y se establece una guía para la realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas / DEBER DEL ESTADO – De consultar a los pueblos étnicos cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente / AFECTACIÓN DIRECTA A LOS PUEBLOS ÉTNICOS – Alcance del término / REQUISITO DE AFECTACIÓN DIRECTA A LOS PUEBLOS ÉTNICOS – Configuración / PROCESO DE CONSULTA PREVIA – Debe ajustarse a las necesidades de la comunidad a la cual va dirigida / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada por no advertirse una afectación directa de las comunidades étnicas

[L]a parte actora sostuvo que los actos acusados “[...] debieron ser compartidos con las comunidades étnicas del Estado colombiano antes de su expedición [...]”, razón por la cual se vulneró el derecho al debido proceso toda vez que se no se agotó un requisito de obligatorio cumplimiento. [...] En este sentido y según lo dispone el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, encuentra el Despacho que las comunidades étnicas deben ser consultadas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente”. [...] Este despacho, en esta etapa inicial del proceso, no advierte una afectación directa de las comunidades étnicas toda vez que las directivas acusadas – en lo que se refiere a los mecanismos para el desarrollo de la consulta – parten del supuesto consistente en que las mismas son un protocolo sugerido y, en todo caso, su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado. [...] Ciertamente, es menester anotar que la Corte Constitucional ha reconocido que cada proceso consultivo debe ser diferente, en la medida en que debe ajustarse a las necesidades de la comunidad a la cual va dirigida, delineando exclusivamente el marco general, los principios y las subreglas específicos que deberían guiarlo. Conforme a lo anterior, el despacho no encuentra que exista una afectación directa de las comunidades étnicas puesto que, en primer lugar, parten del reconocimiento de que son precisamente tales comunidades, junto con el ejecutor del proyecto, obra o actividad y las autoridades públicas, los que deben definir la ruta metodológica del proceso de consulta. En segundo lugar y en consonancia con lo ya expuesto líneas atrás, las directivas están dirigidas a los organismos y entidades que en ellas se indican a las cuales les asignan roles en los procesos de consulta y recogen aspectos del derecho fundamental que están previstos en normas de orden legal y en decisiones judiciales de la Corte Constitucional, refiriéndose, además, a aspectos de orden administrativo, de gestión y de logística que se deben tener en cuenta en aquellos procesos. [...] En ese contexto, el despacho estima, en un análisis inicial de la controversia, que no se advirtió la violación de las disposiciones sobre las cuales se cimentó la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados, esto es, no se acreditó la apariencia de buen derecho – *fumus boni iuris* – elemento necesario para acceder a la cautela solicitada.



MEDIDAS CAUTELARES - Finalidad / MEDIDAS CAUTELARES - Requisitos de procedencia / MEDIDAS CAUTELARES - Criterios de aplicación / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Análisis inicial no implica prejuzgamiento / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencias Consejo de Estado, Secciones Primera y Tercera y Sala de Consulta y Servicio Civil, de 20 de mayo de 1999, Radicación CE-SEC1-EXP1999-N5091 (5091); C.P. Juan Alberto Polo Figueroa; 23 de noviembre de 2005, Radicación 11001-03-26-000-1997-04501-01 (14501), C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 27 de mayo de 2005, Radicación 11001-03-26-000-2007-00040-00 (34144), C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 12 de marzo de 2015, Radicación 11001-03-26-000-2009-00041-00, C.P. Hernán Andrade Rincón; concepto de 20 de junio de 2017, Radicación 11001-03-06-000-2017-00057-00 (2334), C.P. Óscar Darío Amaya Navas; y Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; sentencia C-818 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; sentencia SU 011 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado, sentencia C-030 de 2008, sentencia C-432 de 2004, sentencia C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia C-432 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz, sentencia C-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; sentencia SU 123 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 152 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 330 / CONVENIO 169 DE LA OIT – ARTÍCULO 6 / CONVENIO 169 DE LA OIT – ARTÍCULO 17 NUMERAL 2 / CONVENIO 169 DE LA OIT – ARTÍCULO 28 NUMERAL 1

NORMA DEMANDADA: DIRECTIVA PRESIDENCIAL 01 DE 2010 (26 de marzo) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (No suspendida) / DIRECTIVA PRESIDENCIAL 10 DE 2013 (7 de noviembre) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (No suspendida)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00164-00

Actor: GOBERNADOR CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y OTROS

Demandado: NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y MINISTERIO DEL INTERIOR

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD



Tema: SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LAS DIRECTIVAS PRESIDENCIALES 01 DE 2010 Y 10 DE 2013 / GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LOS GRUPOS ÉTNICOS / RESERVA DE LEY ESTATUTARIA / PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA

Auto decide suspensión provisional

El Despacho procede a resolver la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de las directivas presidenciales 01 de 2010 y 10 de 2013, expedidas por el Presidente de la República.

I.- Antecedentes

1.- La demanda

Los señores Jaime Enrique Arias Arias, en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena del **Pueblo Kankuamo**; José de los Santos Saunas Limaco, actuando como Gobernador del Cabildo Indígena del **Pueblo Kogui**; José María Royo Izquierdo, en calidad Gobernador del Cabildo Indígena del **Pueblo Aruhaco**; Víctor José Loperena Mindiola, actuando como Gobernador del Cabildo Indígena del **Pueblo Wiwa**; y los ciudadanos **Gloria Amparo Rodríguez, Sebastián Senior Serrano, Nicolás Felipe Mendoza Cerquera y Nathalia Hurtado**, en ejercicio del medio de control de que trata el artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – en adelante CPACA –, presentaron demanda ante esta Corporación con el fin de obtener la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de las directivas presidenciales 1 de 2010 y 10 de 2013 o, en subsidio, la nulidad simple de las mismas.

La entonces Consejera de Estado sustanciadora del proceso, mediante auto de 24 de agosto de 2016, interpretó la demanda como de nulidad, en la medida en que *“[...] el estudio de la nulidad del acto acusado no se circunscribe a la revisión únicamente de su constitucionalidad, sino a la posible infracción de normas de rango legal, como lo es la Ley 21 de 1991, el Despacho interpretará la demanda como de nulidad [...]”* – Fol. 86, cuaderno principal –.

2.- La solicitud de suspensión provisional



La parte actora, en cuaderno separado, solicitó la suspensión provisional de las mencionadas directivas presidenciales por cuanto, a su juicio, los actos administrativos acusados contravienen los artículos 29, 121, 189 (numeral 11), 152 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991, al desconocer los derechos a la consulta previa, a la participación y al debido proceso, así como los principios de legalidad y de reserva de ley estatutaria.

Explicó que los referidos actos administrativos “[...] son de naturaleza reglamentaria habida cuenta que desarrollan el Convenio 169 de la OIT, protocolizado en el ordenamiento interno a través de la Ley 21 de 1991 [...]”¹, sin embargo, “[...] la potestad reglamentaria [...] tiene límites infranqueables que deben ser respetados al momento de expedir cada tipo de norma reglamentaria [...]”² y agrega en tal sentido que “[...] existe el expreso mandato constitucional que prohíbe que el ejecutivo se ocupe de asuntos relacionados con la reglamentación y/o regulación de derechos fundamentales [...]”³.

En el caso bajo estudio, ello significa que al Ejecutivo no le era dable reglamentar el derecho a la consulta previa, pues este asunto goza de reserva legal estatutaria y, por ello, “[...] aceptar que un acto expedido por el Presidente regule cualquier aspecto relacionado con un derecho fundamental, consistiría en una legitimación de una manifestación contraria a los lineamientos constitucionales [...]”⁴, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 121, 189 (numeral 11) y 152 de la Constitución Política.

Por lo anterior, el derecho fundamental al debido proceso también fue conculcado, en tanto el Presidente de la Republica no puede expedir “[...] normas que en principio parecieren garantistas, pero que en el fondo desconocen el ordenamiento constitucional sin fundamento alguno [...]” dado que “[...] la administración ignoró el procedimiento constitucional para expedir normas que desbordan las facultades otorgadas al Presidente [...]”⁵.

Adicionalmente, “[...] la expedición de esta normativa afectó el núcleo esencial derecho fundamental a la participación y el derecho fundamental a la consulta

¹ Folio 6 del cuaderno de medidas cautelares.

² Folio 6 del cuaderno de medidas cautelares.

³ Folio 6 del cuaderno de medidas cautelares.

⁴ Folio 7 del cuaderno de medidas cautelares.

⁵ Folio 8 del cuaderno de medidas cautelares.



previa [...]”, en tanto “[...] el acto acusado, con vocación legislativa, debió ser compartido con las comunidades étnicas del Estado colombiano antes de su expedición, ergo, al no haberse surtido el trámite consultivo sobre estos actos, también se desconoció el derecho fundamental a la participación y a la consulta previa [...]”⁶.

Finalmente, concluyó que: “[...] al suspenderse dichos actos, no se generaría un estado de desprotección constitucional a las comunidades étnicas del territorio nacional, pues antes de que se expidieran estos textos administrativos, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Interior, en su Subdirección de Consulta Previa, atendían los procesos consultivos en virtud de los principios y pronunciamientos constitucionales preexistentes [...]”.

II.- La réplica a la medida cautelar

II.1.- El magistrado conductor del proceso ordenó dar traslado a la entidad demandada de la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de las directivas presidenciales 01 de 2010 y 10 de 2013, para que se pronunciara sobre ella, en el término de (5) días⁷.

II.2.- El apoderado judicial del **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** se opuso al decreto de la medida cautelar presentada por los accionantes, en la forma que se resume a continuación:

En primer lugar, observó que dicho departamento administrativo “[...] *no tiene capacidad jurídica de expedir Directivas Presidenciales, competencia exclusiva del Primer Mandatario [...]*”⁸.

En segundo lugar, frente a los cargos, observó que las Directivas acusadas “[...] *lejos de reglamentar el derecho fundamental de consulta previa, o de afectar los núcleos esenciales de las comunidades y minorías destinatarias de esta protección, se limitan a definir unos temas de procedimiento al interior del Gobierno, en forma tal que ninguna vulneración constitucional o legal se configura, mucho menos como causa de anulación [...]*”, pues “[...] *se trata de una regulación*

⁶ Folio 8 del cuaderno de medidas cautelares.

⁷ A folio 13 del cuaderno medida cautelar.

⁸ Folio 17 del cuaderno de medidas cautelares.



de orden administrativo interno del Gobierno Nacional que en modo alguno afecta a tales comunidades [...]”⁹.

Por ende, el apoderado judicial manifestó que “[...] estos actos, lejos de ser actos reglamentarios que deberían estar contenidos en la forma de un decreto o una resolución, son instrucciones del Primer Mandatario a sus funcionarios subalternos, dictadas en ejercicio de su competencia como suprema autoridad administrativa prevista en el artículo 115 Constitucional, fuente de su validez formal, mientras que por sus alcances, limitados a definir un procedimiento interno del Gobierno que en nada afecta el núcleo esencial del derecho constitucional, ni el de los grupos étnicos y raizales objeto de esa protección [...]”¹⁰.

De otra parte y en relación con el deber de agotar el procedimiento de consulta previa, señaló que:

*[...] La consulta previa busca la debida participación de las comunidades para que suministren información complementaria y necesaria para la adecuada toma de decisiones por parte del Gobierno Nacional, y que en su desarrollo, la jurisprudencia constitucional ha precisado, en Sentencia C-175 de 2009, que “...lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”, **porque aplicando el principio general del efecto útil de las normas, lo que se busca con este proceso es la adecuada participación de las comunidades en la formación de las reglas jurídicas que habrán de afectarlas en forma directa, pero esa regla de interpretación no puede llegar hasta el extremo buscado por los demandantes, cual es que toda clase de producción normativa deba ser sometida a ese trámite, efecto no querido por el Constituyente [...]”¹¹.***

En tal sentido, agregó que el destinatario de las directivas presidenciales impugnadas es el Vicepresidente de la República, así como los Ministros del Despacho, los Directores de Departamento Administrativo, los Superintendentes y otras autoridades de primer nivel dentro de la administración central nacional, en tanto dichas directivas precisan “[...] las instrucciones necesarias para dar cabal cumplimiento a las previsiones legales vigentes en ese momento histórico, y previó algunos casos específicos donde debe surtirse el procedimiento de

⁹ Folio 18 del cuaderno de medidas cautelares.

¹⁰ Folio 19 del cuaderno de medidas cautelares.

¹¹ Folio 18 del cuaderno de medidas cautelares.



consulta, clarificando otros en los que, por no afectarse a las comunidades protegidas destinatarias, el proceso no es necesario [...]”¹².

Finalmente, afirmó que el Convenio 169 de la OIT no definió un procedimiento general para el desarrollo del derecho a la consulta previa, cuya definición se encuentra a cargo de los Estados y, en tal sentido, “[...] *las Directivas Presidenciales demandadas no son un cuerpo normativo único o aislado, sino que existe toda una serie de reglamentaciones y de procedimientos sobre Consulta Previa [...]”*.

III.- Consideraciones de la Sala

III.1.- Las normas cuya suspensión provisional se solicita

Lo son las directivas presidenciales 1 de 26 de marzo de 2010 y 10 de 7 de noviembre de 2013, expedidas por el presidente de la República, cuyo contenido es del siguiente tenor:

III.1.1.- La Directiva Presidencial 1 de 26 de marzo de 2010, denominada: *“garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales”*, dirigida a los siguientes funcionarios: *“vicepresidente de la república, ministros del despacho, directores de los departamentos administrativos, superintendentes, directores, gerentes y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional”*.

“[...] Con el propósito de dar cumplimiento a la Constitución Política, los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en esta materia y la ley, la presente directiva reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de Consulta Previa.

Los elementos aquí consignados se deben cumplir por parte de las entidades y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional. (...)

En el marco del ordenamiento jurídico nacional se encuentra la Ley 21 de 1991, que tiene aplicación a pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras, y al Pueblo Rom, que en adelante se denominarán Grupos Étnicos Nacionales, y el Decreto 1320 de 1998, que reglamentó la consulta previa con las comunidades

¹² Folio 19 del cuaderno de medidas cautelares.



indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

Con la finalidad de garantizar el derecho fundamental a la Consulta Previa, se deben atender las siguientes instrucciones:

1. Mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991

Hasta tanto se determine la competencia de los entes territoriales respecto a la garantía del derecho a la Consulta Previa, será el Ministerio del Interior y de Justicia el único organismo competente para coordinar la realización de los procesos de Consulta Previa, conforme a lo establecido en su Resolución número 3598 de diciembre de 2008.

(...)

Es responsabilidad del Vicepresidente, los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores de Unidades Administrativas y Directores, Gerentes y Presidentes de Entidades centralizadas y descentralizadas del orden nacional, solicitar al Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, el desarrollo de procesos de Consulta Previa, así como proporcionar información sobre los planes, programas o proyectos que puedan requerir la garantía del derecho a la Consulta Previa.

2. Acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa

La consulta procede antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquier proyecto que pueda afectar a los Grupos Étnicos Nacionales, o los derechos de los que son titulares de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o los instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación.

En este sentido se relacionan las siguientes acciones que deben consultarse con los mencionados Grupos:

a) Cuando se expidan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los Grupos Étnicos Nacionales, y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial.

b) Programas de prospección o explotación de los recursos naturales en sus territorios.

c) Decisiones sobre enajenación de tierras o de transferencia de sus derechos sobre las tierras, en el evento que las disposiciones de aplicación nacional puedan dificultar de alguna manera los procesos de titulación colectiva, ampliación o saneamiento de tierras.

d) Organización y funcionamiento de programas de formación profesional de aplicación general.



e) Enseñanza a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan.

f) Cuando se pretenda desarrollar, incrementar o transformar la malla vial en territorios étnicos.

g) Formulación, diseño o ejecución de proyectos de investigación adelantados por Entidades Públicas que estén relacionados con los recursos naturales, bióticos, económicos, culturales, religiosos, etc., de los grupos étnicos y puedan generar una afectación por la ejecución o la publicación de los mismos.

h) Cuando se planeen acciones de erradicación de cultivos ilícitos que puedan afectar a los grupos étnicos.

i) Cuando se estime tomar medidas sobre la salud y la enfermedad de los Grupos Étnicos Nacionales. Excepto en situaciones de emergencia que comprometan el derecho a la vida.

j) Cuando se pretenda tomar alguna medida prioritaria respecto al proceso de desarrollo de algún Grupo Étnico Nacional.

k) Cuando en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general se requiera incorporar particularidades según las costumbres o el derecho consuetudinario de los Grupos Étnicos Nacionales, en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general.

l) Demás casos en que la legislación así lo disponga expresamente.

3. Acciones que no requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa

NO requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa a Grupos Étnicos:

a) Medidas legislativas o administrativas que no afecten a los Grupos Étnicos Nacionales.

Tal es el caso de medidas fiscales que no los cobije; penales, procesales y civiles de la jurisdicción ordinaria; medidas comerciales, industriales y de servicios de carácter urbano; laborales; y medidas sobre seguridad social, siempre y cuando no reduzcan la calidad de vida de los grupos étnicos.

b) Actividades para el mantenimiento de la malla vial existente, siempre y cuando se surta concertación de los planes de manejo para mitigar los impactos de los trabajos específicos en los tramos que puedan afectar a los grupos étnicos. En todo caso, se deberá hacer solicitud de certificación ante la oficina de Consulta Previa, quien determinará las actividades, que en el marco del desarrollo del proyecto vial, requieren la garantía del derecho de Consulta Previa.



c) Cuando se deban tomar medidas urgentes en materia de salud, epidemias, índices preocupantes de enfermedad y/o morbilidad, desastres naturales y garantía o violación de Derechos Humanos.

d) Cuando el proceso de consulta previa no sea obligatorio de conformidad con ley expresa.

4. Mecanismos para el desarrollo del proceso de Consulta Previa

(...)

Si bien es cierto que la realización del proceso de Consulta Previa en los casos previstos en los acuerdos internacionales es obligatoria, los Grupos Étnicos Nacionales, en ejercicio de este derecho fundamental, no pueden vetar el desarrollo de proyectos.

En todo caso, el proceso de Consulta Previa procurará un acuerdo entre las partes sobre las características del proyecto y el manejo de sus impactos.

Los siguientes mecanismos deben ser utilizados en los procesos de Consulta Previa:

a) El proceso de Consulta Previa siempre deberá cumplir las siguientes fases:

a) Preconsulta,

b) Apertura del proceso,

c) Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo,

d) Pre-Acuerdos,

e) Reunión de Protocolización,

f) Sistematización y seguimiento al cumplimiento de acuerdos,

g) Cierre del proceso de Consulta Previa. Estas fases se entenderán como un protocolo sugerido por el Grupo de Consulta Previa, y su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado.

b) El Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, con el apoyo de la Dirección de Acceso a la Justicia del mismo, velará por el cumplimiento de las fases señaladas bajo la prerrogativa de la protección de los derechos fundamentales.

c) En los eventos que sea necesario, se expedirán resoluciones o actos administrativos, con el objeto de conminar el cumplimiento de todos los acuerdos previstos en los procesos de Consulta Previa.



d) El Ministerio del Interior y de Justicia determinará las características técnicas que deberán tener los documentos de proyectos para establecer el diálogo intercultural que permita su cabal comprensión.

e) Participación directa, con apropiación de recursos, de las entidades que requieran regularmente adelantar procesos de Consulta Previa. Con el objeto de establecer convenios o contratación de personal para adelantar los mencionados procesos y apoyar las funciones del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia.

f) Las entidades, organismos, empresas o titulares de proyectos deberán contar con las apropiaciones presupuestales necesarias para financiar los proyectos o acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa.

g) Los promotores de las iniciativas podrán identificar grupos de proyectos susceptibles de participar en procesos de Consulta Previa en una agenda común y presentar solicitudes consolidadas al Ministerio del Interior y de Justicia. Dicho Ministerio determinará los Grupos Étnicos Nacionales, las comunidades, los representantes, el área de influencia y los actores participantes en el proceso de Consulta Previa, así como los roles que desempeñará cada uno de ellos. Para ello se hará convocatoria abierta a la preconsulta y se determinará, de acuerdo con la naturaleza del proyecto, los organismos invitados que podrán ser convocados, y definirá las metas del proceso de Consulta Previa, de acuerdo con las condiciones de cada Grupo Étnico Nacional en particular y con la envergadura del proyecto o los proyectos objeto de consulta.

h) Los responsables de los proyectos deberán hacer las aclaraciones necesarias para el efectivo conocimiento y entendimiento de los mismos por parte de los Grupos Étnicos Nacionales, así como establecer claramente las actividades en el corto, mediano y largo plazo que se prevean desarrollar en la ejecución.

5. Manejo de los impactos

Con el fin de acelerar las acciones gubernamentales, se señalan las siguientes reglas para el manejo de los impactos, las cuales deberán ser cumplidas por todos los actores involucrados en procesos de Consulta Previa.

a) Cuando haya lugar a disponer una contratación de personal para trabajar en el diseño, ejecución o participación en cualquier momento del proyecto objeto de Consulta Previa, se dará cumplimiento al artículo 20 del Convenio 169 de la OIT.

b) Deben acordarse procedimientos especiales para que los recursos económicos apoyen el fortalecimiento de los Grupos Étnicos, sus territorios y las formas de vida que les son propias. En el evento de presentarse indemnizaciones, pagos en efectivo, entrega de medios electrónicos o cualquier otra modalidad que implique la entrega de recursos económicos, deberán tomarse medidas para el goce colectivo del mismo.



c) Los acuerdos a que se llegue en procesos de Consulta Previa apoyarán procesos colectivos para la adquisición de bienes o servicios y sólo en casos justificados se distribuirá o aceptará la entrega individual de recursos directamente.

d) En todos los procesos de Consulta Previa se deberán tomar medidas a corto, a mediano y a largo plazo que serán objeto de seguimiento.

Las responsabilidades aquí descritas, así como los procedimientos señalados, serán de obligatorio cumplimiento para los destinatarios de la presente Directiva [...]” (Subraya el Despacho)

III.1.2.- La Directiva Presidencial 10 de 7 de noviembre de 2013, denominada: “guía para la realización de consulta previa” y dirigida a “ministros del despacho y directores de departamento administrativo”.

[...] El Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa como principal responsable de los procesos de consulta a las comunidades étnicas, y los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva implicados en procesos consultivos de esta naturaleza, adelantadas para el desarrollo de proyectos, obras o actividades en áreas en donde se registre presencia de este tipo de comunidades, deberán seguir, en lo que les concierne, las etapas previstas en la “Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas”, que se anexa a la presente directiva y forma parte integral de ella.

La “Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas” cuya aplicación se indica en la presente directiva, debe utilizarse como herramienta de coordinación interinstitucional, para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno, en los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para desarrollo de proyectos, como obras o actividades.

Guía para la Realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas

(...)

Etapas 1: Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta Previa

Objeto

Determinar si en el área de un proyecto, obra o actividad se certifica o no presencia de una comunidad étnica según los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional sobre comunidades étnicas.

(...)

Deberes (...)



Paso 1: Estudio de la solicitud de certificación de presencia o no de comunidades étnicas: Recepción y análisis del contenido de la solicitud de certificación.

Las certificaciones deben solicitarse, según el sector, en los siguientes momentos:

a. Hidrocarburos—La Agencia Nacional de Hidrocarburos y/o el titular del contrato, solicitará la certificación una vez se hayan adjudicado y suscrito los contratos de las áreas hidrocarburíferas ofrecidas en los procesos competitivos o de asignación directa.

b. Transmisión de energía—La Unidad de Planeación Minero Energética solicitará la certificación una vez se adopte mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía, las obras definidas en el Plan de Expansión de la UPME.

c. Generación de Energía—El ejecutor del POA solicitará la certificación a partir de la inscripción en fase 2 del registro de proyectos de generación de la UPME.

d. Infraestructura—Las entidades del sector solicitarán la certificación una vez se publiquen en el Secop la contratación de los estudios o estructuraciones de los proyectos o cuando el proyecto ha sido declarado de utilidad pública o de interés social.

El Gobierno Nacional definirá la pertinencia de establecer momentos específicos para la solicitud de certificado de presencia de comunidades étnicas en otros sectores.

- La DCP debe identificar cuál es el objeto del proyecto.

- La DCP debe verificar que la información sobre el proyecto sea suficiente para identificar su localización. En caso de no ser suficiente la información, dentro de los tres días siguientes a la radicación de la solicitud, la DCP debe solicitar su complementación al interesado. La DCP comprobará que la solicitud incluya, por lo menos, la siguiente información:

1. Las coordenadas del área donde se realizará el proyecto.

2. Si el proyecto es de transporte de hidrocarburos, de transmisión de energía eléctrica, de infraestructura vial o en general se extiende a lo largo de varios tramos, esta información debe existir para todos los tramos del proyecto.

- La DCP debe crear la bitácora de consulta previa del proyecto específico, donde deben registrarse cada una de las actuaciones y/o eventos relacionados con el trámite de certificación. (...)

Paso 2: Consulta en la base de datos de la Dirección

- La DCP debe consultar las bases de datos para establecer si las coordenadas entregadas por el solicitante, correspondientes al área del



proyecto, obra y actividad coinciden con: a) un territorio legalmente constituido, o b) con presencia de comunidades étnicas.

- Adicionalmente a la consulta de las bases de datos de la Dirección, la DCP deberá hacer uso de la cartografía georreferenciada creada por el Ministerio del Interior, el IGAC y el Incoder.

(...)

Paso 3: Verificación en campo, sólo en caso que la DCP haya determinado la necesidad de realizarla, y en el plazo que ella misma lo determine.

- La DCP debe caracterizar y reconocer áreas de presencia de comunidades étnicas, para lo cual tendrá siempre en cuenta el área de influencia del POA.

- Para determinar la presencia de una comunidad étnica en las áreas de interés del Proyecto Obra o Actividad (POA), debe estar presente al menos alguno de los elementos enunciados a continuación:

- Asentamiento de comunidades en las áreas de influencia.
- Desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas.
- Tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés del POA.

Si durante la verificación en efecto se encuentran comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, se deben identificar los representantes de dichas comunidades, para realizar exclusivamente con ellos las etapas de preconsulta, consulta y seguimiento, y así quedará consignado en la certificación.

Paso 4. Verificación de posible incidencia en territorios que no tienen asentamientos permanentes

Para determinar si el proyecto genera impacto directo en comunidades étnicas que no están asentadas permanentemente en el área de influencia, la DCP analizará si este involucra actividades que tienen repercusiones directas sobre el “entorno” o “hábitat” de la comunidad.

(...)

Paso 5. Determinación final de necesidad de realizar la consulta previa

La DCP debe analizar si el proyecto puede afectar directamente o no a las comunidades identificadas. Con base en la información recopilada en los pasos anteriores, se elaborará un documento de análisis adecuadamente sustentado, que exponga los motivos que justifican la decisión final y que incluya los siguientes elementos:

- Áreas de desarrollo e incidencia del proyecto.
- En casos de visitas de verificación se incluye la incidencia del proyecto en cada una de las áreas identificadas, teniendo en cuenta no solo su ubicación sino los elementos del paso anterior.



– *Conclusión acerca de si las comunidades étnicas identificadas serán afectadas directamente por el proyecto o no.*

Paso 6: Proyección y expedición de la certificación de presencia o no de comunidades étnicas.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, la DCP debe expedir un acto administrativo que tenga los siguientes elementos:

- *Fecha de la solicitud.*
- *Breve descripción del proyecto, obra o actividad.*
- *Identificación clara de las áreas de influencia del POA, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss.*
- *Documentación completa que muestre con claridad el desarrollo del procedimiento de certificación.*
- *Identificación clara del número e identificación de comunidades certificadas y sus representantes*
- *Una decisión sobre la necesidad o no de la consulta.*

Una vez expedida la certificación, la DCP remite al comité correspondiente de la Comisión Intersectorial de Infraestructura encargada del proyecto, si es el caso.

(...)

En caso que se interponga recurso de reposición

Paso 7: Resolución de recurso de reposición según el procedimiento y el plazo previsto en la legislación vigente.

En caso que se interpongan recursos de reposición contra la certificación, la DCP los resolverá de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional sobre la consulta previa, e invocando los resultados obtenidos en el procedimiento previo de certificación. Sin embargo, debe prestarse atención a:

- *Información no conocida previamente sobre las áreas donde el proyecto, obra, actividad genera impactos.*
- *Nuevos desarrollos de la jurisprudencia constitucional que signifiquen cambios en el deber de realizar la consulta.*

Etapa 2: Coordinación y Preparación

Identificar a las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el POA que se consultará, y convocarlas a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación.



Objeto

- *Coordinar y diseñar estrategias para facilitar el proceso de consulta.*
- *Identificar si el proceso de consulta requiere consentimiento previo libre informado, según si se configura alguna de las tres hipótesis que lo requieren, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional:*
 - a) *Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de las comunidades.*
 - b) *Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas.*
 - c) *Cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma.*

Deberes (...)

Coordinación para realizar una única consulta integral para cada POA

La DCP programará, con el acompañamiento de las entidades públicas concernidas, un conjunto coordinado de acciones idóneas y oportunas, con el propósito de realizar una sola consulta previa integral sobre todos los aspectos del POA. De esta forma se evitará que las entidades soliciten consulta previa independiente para cada A.A. y/o permiso o licencia, y que así se evite un fraccionamiento excesivo del proceso.

Este paso es obligatorio para todos los procedimientos de consulta previa, salvo que se trate de un proyecto PINES clasificado como tal de conformidad con el Conpes de PINES. En ese evento, el acompañamiento se coordina en reunión de uno de los comités técnicos dependiente de la Comisión Intersectorial de Infraestructura.

Procedimiento para las Convocatorias

La DCP convocará a las reuniones contempladas en las etapas de preconsulta y consulta por escrito o mediante el uso de otros medios, a los representantes de las comunidades étnicas, el ejecutor del proyecto, al Ministerio Público y otras entidades según se requieran.

- *Si aún no se han identificado los representantes de las comunidades que se van a consultar o hay conflictos internos se pedirá el acompañamiento de la Dirección de Asuntos para Comunidades Indígenas, ROM y minorías; y/o a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.*
- *Si los representantes de las comunidades étnicas o el ejecutor del proyecto no pueden asistir, estos deben informar el motivo que les impide la asistencia y pactar una nueva fecha.*
- *De no recibir respuesta de algunos de los representantes de las comunidades étnicas, la DCP realizará el intento de notificación 3 veces*



en preconsulta y 2 veces en consulta, cada ocho (8) días para probar que efectivamente se intentó realizar la convocatoria y que alguna de ellas o todas se negaron a asistir.

- Luego de realizar los intentos de convocatoria y si los representantes de las comunidades involucradas fueron efectivamente notificados más de una vez y no justificaron incapacidad de asistir o nunca se manifestaron, la DCP podrá dar por concluido el proceso consultivo. Para ello, la DCP convocará a una reunión con el Ministerio Público, invitará al ICANH y las entidades competentes en el ámbito del proyecto donde se advertirán sus posibles impactos para facilitar a la autoridad competente la construcción del test de proporcionalidad que soportará su decisión final.*

- Si los representantes de algunas comunidades se hacen presentes, la DCP debe continuar el proceso de consulta con ellos y dejar constancia de la ausencia de los otros.*

Etapa 3: Preconsulta

Objeto

Realizar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del POA, y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas.

Deberes (...)

Paso 1: Designación un equipo encargado de cada consulta

La DCP debe designar un equipo interno encargado de la consulta.

Paso 2: Convocatoria a las reunión(es) de preconsulta

Paso 3: Reuniones de preconsulta: Presentación del marco jurídico de la consulta previa a los representantes de las comunidades

La DCP debe presentar a las comunidades el marco jurídico de la consulta previa. Es necesario que se manifieste a las comunidades claramente en qué consiste la consulta, y cuáles son los derechos y deberes que tienen según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional y el Convenio 169 de la OIT. Los representantes de las comunidades deben contar con el espacio apropiado para participar expresar inquietudes relacionadas al marco jurídico.

Paso 4: Presentación del POA y gestión de información hacia los representantes de las comunidades

La DCP debe asegurarse de que las comunidades étnicas conozcan todas las implicaciones y aspectos de la propuesta, y que a su vez puedan recibirla, analizarla, difundirla, discutirla y responderla. Por ende, en una reunión en la que también debe estar presente la DCP, el



ejecutor expondrá el proyecto de forma didáctica pero clara y completa, y responderá las inquietudes que formulen los representantes de las comunidades. (Para la inasistencia a las reuniones, aplicar lo indicado para la inasistencia a las convocatorias en el paso 2 de esta etapa)

Paso 5: Determinación del objeto y construcción de la ruta metodológica de la consulta

En el marco de la preconsulta en presencia de las comunidades étnicas, las entidades públicas, el ejecutor del proyecto y las comunidades construirán la ruta metodológica de la consulta previa con los lugares y las fechas en que se efectuarán las reuniones pertinentes.

** Si los representantes de las comunidades étnicas no tienen objeciones frente a la realización del proyecto, se concertará una metodología adecuada para tal circunstancia. Si esto sucede, el deber del funcionario es facilitar que se realice en el término acordado con las comunidades para el caso concreto.*

** Cuando la consulta se vaya a adelantar de manera simultánea con varias comunidades étnicas, la DCP tiene el deber de aplicar la ruta metodológica acordada con todos. Si en su ejecución, las comunidades solicitan un plazo para llegar a una posición común, la DCP tiene el deber de convocarlas a todas para que indiquen el plazo que necesitan. Una vez transcurrido ese plazo, la DCP debe convocarlas a todas a una reunión. En el evento de que alguna no asista, la DCP debe respetar la voluntad de las comunidades que asistieron para continuar con el proceso, sin perjuicio de que la DCP permita que las que no asistieron luego puedan participar en la consulta si así lo solicitan. (...)*

Etapa 4: Consulta Previa

Objeto

La realización de un diálogo entre el Estado, el Ejecutor y las comunidades étnicas, para que la DCP asegure el cumplimiento del deber de garantizar su participación real, oportuna y efectiva sobre la toma de decisiones de POA que puedan afectar directamente a las comunidades, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.

Deberes (...)

Paso 1: Convocatoria a las reunión(es) de Consulta

Paso 2: Desarrollo de reuniones para la formulación de acuerdos

La DCP debe convocar a los representantes de las comunidades étnicas, al ejecutor del proyecto, a las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo en los lugares y fechas acordados en la ruta metodológica para tratar de alcanzar acuerdos producto de la consulta previa con las medidas de manejo acordadas y los plazos para ejecutarlas.

Si el proyecto no necesita la obtención del consentimiento previo, libre e informado, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, y no



es posible llegar a un acuerdo con la comunidad, las entidades competentes deberán valorar plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto. La decisión de las autoridades competentes debe estar desprovista de arbitrariedad; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad.

Si se requiere el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la DCP debe asegurarse de informar a las entidades competentes del sector sobre su deber de explorar las alternativas menos nocivas para las comunidades étnicas. Si de dicho proceso resulta que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento y desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine. En este caso, se convocará a una reunión con un comité de respuesta inmediata, o con el comité previsto en el Conpes Pines de ser el caso, para revisar posibilidades de reformulación del proyecto, y establecer la fecha final de cierre de la consulta.

(...)

Paso 2: Desarrollo de reuniones de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo

La DCP convocará a los representantes de las comunidades étnicas, el ejecutor del proyecto, las entidades competentes, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para identificar y analizar los impactos y la formulación de las medidas de manejo.

La explicación y la información entregada por el ejecutor del proyecto a las comunidades étnicas deben ser efectuadas de manera adecuada, según la cultura de cada comunidad.

El Ministerio o entidad cabeza del sector administrativo en donde se encuentre el mayor alcance en el objeto propuesto con el desarrollo del proyecto, podrá acompañar al ejecutor durante la explicación del proyecto a las comunidades.

Las medidas de manejo propuestas deben estar relacionadas con la afectación que potencialmente generará el proyecto. Las medidas que se determinen deben cumplir alguno de los siguientes criterios:

- Prevenir*
- Corregir*
- Mitigar*
- Compensar*



Las medidas de manejo deberán guardar proporción y relación directa con los impactos generados por el POA consultado a la comunidad. Así mismo, si las comunidades étnicas solicitan alguna medida de manejo que requiera la autorización o participación de otras entidades públicas, la DCP convocará a la entidad pública competente. (...)

Paso 2: Desarrollo de reuniones para la formulación de acuerdos

La DCP debe convocar a los representantes de las comunidades étnicas, al ejecutor del proyecto, a las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo en los lugares y fechas acordados en la ruta metodológica para tratar de alcanzar acuerdos producto de la consulta previa con las medidas de manejo acordadas y los plazos para ejecutarlas.

Si el proyecto no necesita la obtención del consentimiento previo, libre e informado, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, y no es posible llegar a un acuerdo con la comunidad, las entidades competentes deberán valorar plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto. La decisión de las autoridades competentes debe estar desprovista de arbitrariedad; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad.

Si se requiere el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la DCP debe asegurarse de informar a las entidades competentes del sector sobre su deber de explorar las alternativas menos nocivas para las comunidades étnicas. Si de dicho proceso resulta que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento y desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine. En este caso, se convocará a una reunión con un comité de respuesta inmediata, o con el comité previsto en el Conpes Pines de ser el caso, para revisar posibilidades de reformulación del proyecto, y establecer la fecha final de cierre de la consulta.

Paso 3: Protocolización

La DCP convocará a las comunidades étnicas, el ejecutor del proyecto, las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para protocolizar los acuerdos, según los plazos y fechas acordados en la etapa de preconsulta al construir la ruta metodológica de la consulta previa.

La DCP es la responsable de protocolizar los acuerdos.

En las situaciones en que es necesario obtener el consentimiento previo, libre e informado según la jurisprudencia constitucional, pero este no haya sido manifestado por los representantes de la comunidad, no se protocolizará ningún documento. Así constará en el Acta de



Consulta Previa, y se convocará a una reunión de respuesta inmediata para discutir el caso.

Si no era necesario obtener el consentimiento, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, y fue posible formular acuerdos con los representantes de las comunidades, estos se protocolizarán.

En caso que el proyecto requiera licencia ambiental, una vez se protocolicen los acuerdos la DCP informará a la autoridad ambiental competente. Esto debe realizarse, sin perjuicio de que se haya avanzado simultáneamente en la obtención de los requisitos de la licencia ambiental y la consulta a las comunidades, en la medida de lo posible. (...)

Etapas 5: Seguimiento de Acuerdos

Objeto

Asegurar que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas.

Deberes

- 1. La DCP debe hacer requerimientos periódicos al responsable del POA para verificar que se están cumpliendo los acuerdos.*
- 2. La DCP liderará la conformación del Comité de Seguimiento y definirá sus miembros.*
- 3. La DCP debe convocar a las partes, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a las autoridades ambientales a las reuniones de seguimiento según lo pactado en la consulta previa.*
- 4. La DCP debe comunicarse de manera periódica con las comunidades para verificar que sí se están cumpliendo los acuerdos.*
- 5. La DCP debe convocar a las partes, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a las autoridades ambientales a la reunión de cierre de consulta previa.*

Pasos Específicos Etapa de Seguimiento de Acuerdos (...)

Paso 1: Requerimientos periódicos a los responsables en los plazos acordados con las comunidades

La DCP tiene la obligación de hacer requerimientos periódicos al responsable del proyecto para verificar el cumplimiento de los acuerdos en los plazos acordados con las comunidades. (...)

Paso 2: Cierre de consulta

La DCP convocará a las comunidades étnicas, al ejecutor del proyecto, a las entidades competentes, a la Procuraduría General de la Nación, a



la Defensoría del Pueblo y a las autoridades ambientales a la reunión de cierre de la consulta previa [...]”. (Subraya el Despacho)

III.2.- Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

Sobre la finalidad¹³ de las medidas cautelares la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“[...] Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido [...]”¹⁴

En este sentido, la Constitución Política le reconoce a la jurisdicción contencioso administrativa la potestad de suspender, provisionalmente, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, pero sólo “*por los motivos y con los requisitos que establezca la ley*”¹⁵.

En este punto cabe resaltar que uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA - Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para “**proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia**”.

¹³ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar también la providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “[...] se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

¹⁵ Constitución Política, artículo 238.



En esta última disposición (art. 229) se indica que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte -debidamente sustentada; y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Cabe advertir, que al juez o magistrado ponente solo se le permite decretar **medidas cautelares de oficio**, en los procesos de tutela de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en aquellos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos. En este caso, el juez administrativo actúa como juez constitucional.

En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: **i) preventivas** (numeral 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.¹⁶

Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “*podrá decretar las que considere necesarias*”¹⁷. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo *regulado* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “*documentos, informaciones,*

¹⁶ Artículo 230 del C.P.A.C.A.

¹⁷ Artículo 229 del C.P.A.C.A.



argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (Resaltado fuera del texto).

Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*“[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]”¹⁸ (Negrillas fuera del texto).*

Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

*“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]”¹⁹ (Negrillas no son del texto).*

¹⁸ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁹ Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: “(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad” // En



Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, **(ii)** *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, **(iii)** la ponderación de intereses.

III.3.- La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo²⁰, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231²¹ y siguientes del CPACA.

consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos... El propio artículo 231 del CPACA, da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: 'Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.'

²⁰ El artículo 230 del CPACA, señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, "*una o varias de las siguientes*" cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta "*vulnerante o amenazante*", cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; (numeral 5) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

²¹ "[...] **Artículo 231.** Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.



Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a *“evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”*.²²

De otra parte, es preciso resaltar que el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), se tiene que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la **“manifiesta infracción de la norma invocada”**, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad, se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en, referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas²³.

Dicho lo anterior, es menester indicar que esta Corporación, en el auto de 13 de mayo de 2015²⁴, citado anteriormente, ha señalado que:

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios [...]” (Negritas fuera del texto).

²² Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²³ Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo CPACA, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: *“Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una **manifiesta infracción**, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el **surgimiento** en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la **tutela judicial efectiva**.”* (Resaltado es del texto).

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de



“[...] la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio [...]”.

Tal visión ha sido compartida por esta Sección en el auto de 27 de agosto de 2015²⁵, en el cual subrayó lo siguiente:

“[...] En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus bonis iuris (apariencia de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar)”.

Los principios y requisitos enunciados se concretan, a juicio de este Despacho, en las previsiones especiales del inciso primero del artículo 231 del CPACA para esta modalidad de cautela, sin perjuicio del análisis que para el caso en concreto deba realizar el Juez en relación con la necesidad de la urgencia de la medida cautelar.

Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*“[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si*

2015.Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.



bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]” (Resaltado fuera del texto).

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que, la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de “*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”²⁶.

IV.- El caso concreto

IV.1.- En el caso bajo estudio, la parte demandante solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las **Directivas Presidenciales 01 de 2010 y 10 de 2013**, por cuanto considera que dichos actos administrativos contravienen los artículos 121²⁷, 152²⁸ y 189 (numeral 11)²⁹ de la Constitución Política, así como la Ley 21 de 1991, al desconocer los derechos a la consulta previa, a la participación y al debido proceso y los principios de legalidad y de reserva de ley estatutaria.

Como fundamento de la medida cautelar, expusieron los accionantes, en términos generales, que el Presidente de la República excedió sus facultades

²⁶ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que ‘[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”. (Negrillas fuera del texto).

²⁷ ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

²⁸ ARTICULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;

²⁹ ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.



reglamentarias al regular, a través de los actos acusados, el ejercicio del derecho a la consulta previa de los grupos étnicos, asunto que le compete al legislador mediante leyes estatutarias por tratarse de derechos fundamentales; e, igualmente, consideró que el primer mandatario conculcó el principio a la participación y los derechos fundamentales al debido proceso y a la consulta previa, pues las citadas Directivas no fueron consultadas a las comunidades étnicas antes de su expedición.

IV.2.- La entidad accionada, por su parte, desestimó tajantemente los cargos elevados en la solicitud de la medida cautelar, tras considerar, entre otras cosas, que dicha “[...] *regulación de orden administrativo interno del Gobierno Nacional, en modo alguno afecta a tales comunidades [...]*”³⁰, dado que, a diferencia de los actos reglamentarios, “[...] *que deberían estar contenidos en la forma de un decreto o una resolución, son instrucciones del Primer Mandatario a sus funcionarios subalternos, dictadas en ejercicio de su competencia como suprema autoridad administrativa prevista en el artículo 115 Constitucional [...]*”³¹.

Adicionalmente, la entidad demandada consideró que era innecesario agotar el procedimiento de consulta previa antes de la expedición de las directivas cuestionadas, dado que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-175 de 2009, explicó que dicho requisito resultaba aplicable a las medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas y no a aquellas disposiciones previstas de manera uniforme para los colombianos, lo cual en el caso concreto debe analizarse teniendo en cuenta que el destinatario de las directivas son los organismos del sector ejecutivo a nivel central y no dichas comunidades minoritarias.

IV.3.- En este orden de ideas, el despacho, a efectos de resolver la petición de suspensión provisional, analizará en esta etapa inicial del proceso, si el Presidente de la República, al expedir las directivas presidenciales 1 de 2010 y 10 de 2013, desconoció el principio de reserva de ley estatutaria y, además, si con anterioridad a su expedición se debió agotar el mecanismo de consulta.

³⁰ Folio 18 del cuaderno de medidas cautelares.

³¹ Folio 19 del cuaderno de medidas cautelares.



IV.3.1.- Lo primero que se debe advertir que las directivas presidenciales acusadas se erigen como verdaderos actos administrativos susceptibles de control judicial por esta jurisdicción.

Al respecto la Directiva Presidencial 01 de 2010 señala que “[...] *los elementos aquí consignados se deben cumplir por parte de las entidades y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional [...]*” y posteriormente estableció con claridad que “[...] *Las responsabilidades aquí descritas, así como los procedimientos señalados, serán de obligatorio cumplimiento para los destinatarios de la presente Directiva [...]*”.

La Directiva Presidencial 10 de 2013, por su parte, subrayó que:

*“[...] El Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa como principal responsable de los procesos de consulta a las comunidades étnicas, y los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva implicados en procesos consultivos de esta naturaleza, adelantadas para el desarrollo de proyectos, obras o actividades en áreas en donde se registre presencia de este tipo de comunidades, **deberán seguir**, en lo que les concierne, las etapas previstas en la “Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas”, que se anexa a la presente directiva y forma parte integral de ella [...]”.* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Así las cosas, las directivas cuestionadas son manifestaciones de la voluntad del Presidente de la República, en ejercicio de la función administrativa, que contienen las que se dan órdenes a los funcionarios públicos destinatarios en relación con los mecanismos para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa con los grupos étnicos. En relación con la naturaleza jurídica de las directivas que constituyen actos administrativos, esta Corporación, en Sentencia de 12 de marzo de 2015³², indicó lo siguiente:

“[...] De acuerdo con el texto de las directivas presidenciales atacadas en el sub lite –números 12 de 2002 y 04 de 2003-, se encuentra fuera de discusión que las disposiciones acusadas constituyeron “órdenes” del Presidente de la República, dirigidas a las autoridades del nivel nacional que reseñó la respectiva directiva y en tal calidad se aprecian como una categoría pasible del acto administrativo reglamentario, dentro de la potestad atribuida al Presidente de la República, de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política:

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A. Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón. Sentencia de 12 de marzo de 2015, Radicación 11001032600020090004100, Expediente 36760.



“ARTICULO 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

(...)

1. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

Ahora bien, con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, las Directivas Presidenciales mediante las cuales se expiden órdenes, tienen la naturaleza de acto administrativo reglamentario, expedido en ejercicio de una función administrativa, y por lo tanto, se les atribuye la presencia de las notas características que han sido reiteradas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

*“Con apoyo en lo estatuido por esa norma atributiva de competencia se tiene que la potestad reglamentaria: (i) es una función presidencial; (ii) es una **función típicamente administrativa**, (iii) se ejerce no sólo mediante la expedición de decretos reglamentarios, sino también por medio de resoluciones u órdenes y (iv) tiene como cometido la cumplida ejecución de las leyes.*

Se trata de una regulación secundaria y limitada que aporta los detalles y pormenores de la ejecución de la ley y que convierte de esta suerte al ejecutivo en guardián de los mandatos del legislador³³. Competencia que supone la expedición de actos administrativos (bien bajo la modalidad de decretos, ya como resoluciones, ora como órdenes o la denominación que quiera dársele) que tienen por finalidad exclusiva, como tiene determinado la jurisprudencia, hacer el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano real, vale decir, la cabal ejecución de ella³⁴. No se olvide que, en consonancia con este mandato, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 prevé que las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno tienen fuerza obligatoria.

Con esta perspectiva, es claro que –contrario a lo aseverado por el accionado- dicha potestad administrativa no exige que sea desplegada por medio de decretos reglamentarios, sino que también puede llevarse a cabo, dada su particular naturaleza, por medio de resoluciones u órdenes. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de hacer efectivo el cumplimiento de la ley. Lo propio de la rama ejecutiva es justamente ello: dar órdenes para velar por su estricto cumplimiento. Y por ello, las directivas presidenciales tienen plena fuerza obligatoria y no son, como pretende el demandado, meras indicaciones o sugerencias.”³⁵

³³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de octubre de 1911.

³⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C 557 de 1992, C 228 de 1993, C 4467 de 1996, C 028 de 1997, C 290 de 1997, C 350 de 1997, C 302 de 1999, C 805 de 2001, C 508 de 2002 y C 384 de 2003.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 27 de octubre de 2011, radicación 110010326000200700040-00, expediente: 34.144, actor: Emerson Vicente Solórzano Riaño, demandado: Nación- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, referencia: acción de nulidad-fallo.



En el mismo sentido, siguiendo las consideraciones de la Corte Constitucional, no existe duda acerca del principio de orden normativo, según el cual las Directivas Presidenciales deben respetar la Ley y el ámbito a ella asignado, de acuerdo con lo que se desprende de la estructura adoptada por la Constitución Política, toda vez que son actos de menor jerarquía que la ley, dentro del sistema jurídico colombiano:

“La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico.”³⁶

Sobre la base del respeto que toda Ley debe tener en relación con la Constitución Política, existe adicionalmente un orden interno que se ha expresado legislativamente en la regla general de subordinar los órdenes del ejecutivo a la ley, el cual se expresa en la Ley 153 de 1887, así:

“Artículo 12. Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a la leyes.” [...]”

IV.3.2.- La falta de competencia del Presidente de la República para expedir las directivas acusadas – violación del principio de reserva de ley estatutaria

En lo concerniente al primer punto de la solicitud, esto es, el relacionado con la absoluta falta de competencia del Presidente de la República para expedir los actos acusados, el Despacho encuentra que la afirmación sostenida por la parte demandante sobre la presunta vulneración de los artículos 121, 152 y 189 (numeral 11) de la Constitución Política, carece de vocación de prosperidad por las razones que se exponen a continuación:

IV.3.2.1.- Sea lo primero señalar que la Constitución Política, en su artículo 150³⁷, encomendó al Congreso de la República la función de hacer leyes, interpretarlas, reformarlas y derogarlas. El ejercicio de dicha potestad legislativa atiende a un

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-037/00, 26 de enero de 2000.

³⁷ “Artículo 150 C.P” Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”



sistema normativo piramidal integrado por códigos, leyes marco, leyes ordinarias, leyes orgánicas, leyes de facultades extraordinarias y leyes estatutarias³⁸.

Sobre esta última categoría, el artículo 152 de la Carta consagró un procedimiento legislativo cualificado para las materias, consideradas por el Constituyente, de mayor trascendencia dentro del Estado Social de Derecho.

Es así que dicho artículo remite al trámite de ley estatutaria la regulación de **(i)** los derechos y deberes fundamentales, y los procedimientos y recursos para su protección; **(ii)** la administración de justicia; **(iii)** la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; **(iv)** las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; **(v)** los estados de excepción; y **(vi)** la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República. – Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011 –.

Sin embargo, la misma Corte Constitucional ha defendido la tesis consistente en que la reserva de ley estatutaria debe interpretarse de manera restrictiva, en el sentido de que no cualquier reglamentación que se ocupe de las materias mencionadas requiere ser expedida por medio de este tipo de leyes. Además, ha indicado que “[...] *el tipo de desarrollo y el grado de detalle de la regulación que la Constitución exige al legislador estatutario dependen de la clase de materia [...]*» – Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011 –.

En el caso que nos ocupa, la parte actora considera que no le era dable al Ejecutivo reglamentar el derecho a la consulta previa puesto que dicha temática goza de reserva legal estatutaria al tratarse de un derecho fundamental y agregó que “[...] *aceptar que un acto expedido por el Presidente regule cualquier aspecto relacionado con un derecho fundamental, consistiría en una legitimación de una manifestación contraria a los lineamientos constitucionales [...]*”³⁹, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 121, 189 (numeral 11) y 152 de la Constitución Política.

³⁸ La jurisprudencia constitucional ha señalado que la introducción de las leyes estatutarias en el derecho colombiano tiene como fundamento: “i) la naturaleza superior de este tipo de normas requiere superior grado de permanencia en el ordenamiento y seguridad jurídica para su aplicación; ii) por la importancia que para el Estado tienen los temas regulados mediante leyes estatutarias, es necesario garantizar mayor consenso ideológico con la intervención de minorías, de tal manera que las reformas legales más importantes sean ajenas a las mayorías ocasionales y, iii) es necesario que los temas claves para la democracia tengan mayor debate y consciencia de su aprobación, por lo que deben corresponder a una mayor participación política.”

³⁹ Folio 7 del cuaderno de medidas cautelares.



En este contexto, cabe resaltar que la Corte Constitucional, como se advirtió líneas atrás, ha adoptado criterios restrictivos respecto de la exigencia prevista en el literal a) del artículo 152 de la Constitución Política. El primero se refiere al criterio de integralidad, consistente en que la reserva de ley estatutaria se aplica a la regulación “[...] que tenga la pretensión de ser *“integral, completa y sistemática, que se haga de los derechos fundamentales [...]”*”; el segundo entiende que solo deben tramitarse por esta clase especial de leyes, las iniciativas “[...] cuyo objeto directo sea desarrollar el régimen de los derechos fundamentales o de alguno de ellos en particular [...]”; el tercer criterio considera que solo se requiere de este trámite especial cuando la ley pretenda regular “[...] de manera integral un mecanismo de protección de derechos fundamentales, siempre que se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental [...]”; y el cuarto criterio referido a la afectación o desarrollo de los elementos estructurales de un derecho fundamental, en el entendido que la reserva de ley estatutaria se predica “[...] solamente [de] los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales [...]”. – Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011 –.

De esta manera consideró, entonces, que debían tramitarse mediante ley estatutaria: «[...] (i) los elementos estructurales del derecho fundamental definidos en la Constitución, (ii) cuando se expida una normatividad que consagre los límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial, (iii) cuando el legislador tenga la pretensión de regular la materia de manera integral, estructural y completa la regulación del derecho, (iv) que aludan a la estructura general y principios reguladores y (v) que refieran a leyes que traten situaciones principales e importantes de los derechos [...]» – Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011 –.

IV.3.2.2.- Las directivas acusadas se encuentran dentro de la categoría de actos administrativos reglamentarios, a través de los cuales se expidieron órdenes para la adecuada ejecución del Convenio 169 de la OIT, así como del artículo 330 de la Constitución Política y de las Leyes 21 de 1991 – aprobatorio del citado convenio –, 70 de 1993⁴⁰ y 99 de 1993⁴¹ (artículo 76)⁴², relacionados con el derecho fundamental a la consulta previa.

⁴⁰ “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” (Ley de comunidades negras).



La Corte Constitucional, en relación con este derecho fundamental, ha señalado que “[...] *Los pueblos étnicamente diferenciados tienen el derecho fundamental a ser consultados, previa la adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra naturaleza, que les afecten directamente. Este derecho materializa el principio de participación directa a favor de estas poblaciones y propicia su autonomía en la definición de plan de vida, su concepción cultural del mundo y los principios de vida digna que la informan [...] La principal fuente normativa de este derecho se encuentra en el Convenio 169 de 1989⁴³, cuyos contenidos sustantivos han sido ampliamente interpretados y aplicados, en armonía con diversos mandatos de la Carta Política. Entre los principales elementos del Convenio se encuentra la participación de los pueblos en las decisiones que los afectan, principalmente, a través del derecho fundamental a la consulta previa, aunque, también, mediante otros mecanismos de concertación y diálogo [...]*” – Sentencia SU 011 de 2018 –.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio número 169 de la OIT, aprobado mediante la Ley 21 de 4 de marzo de 1991⁴⁴ y ratificado por el gobierno nacional el 7 agosto 1991, los Estados signatarios deben “[...] *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 [...]*”, dichas consultas “[...] *deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas [...]*”.

La Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan, la cual se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles, “[...] *deber que es*

⁴¹ “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”

⁴² “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

⁴³ El Convenio 169 de la OIT, “*Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”, fue aprobado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 21 del 4 de marzo de 1991.

⁴⁴ Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989



expresión y desarrollo del artículo primero de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa, del artículo 2º, que establece como finalidad del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática y del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad [...]” – Corte Constitucional, Sentencia 030 de 2008 –.

Visto lo anterior, valga recordar que la Sección Primera de esta corporación judicial, en sentencia de 20 de mayo de 1999⁴⁵, sostuvo que la definición de los criterios participativos necesarios para el ejercicio del derecho a la consulta previa le compete al Gobierno Nacional, no solo por sus funciones reglamentarias, sino porque también es el órgano encargado de propiciar la participación de dichas comunidades, concluyendo que:

“[...] se afirma que el acto acusado viola el artículo 330, parágrafo, de la Constitución, entre otras cosas, porque hubo una extralimitación de funciones del Ejecutivo al reglamentarlo, ya que la reglamentación de la Constitución Política le corresponde al legislativo.

Sobre el particular, hay que partir de la base de que, mediante el acto acusado, en realidad, se está reglamentando dicho parágrafo, tanto por la invocación que de él hace el Gobierno como soporte normativo de su atribución para expedir el decreto 1320 de 1.998, como por el objeto y contenido de éste último. La lectura del referido parágrafo y del decreto permite apreciar, sin mayor dificultad, que la invocación de aquél por parte del Gobierno es apropiada, toda vez que en su parte final se le impone a éste, de manera clara y directa, el deber de propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas (...).

Así las cosas, como en dicho parágrafo no se limitó el deber asignado al Gobierno a lo que señalase previamente la ley, puede entenderse que para propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades no quedó supeditado o pendiente de que alguna ley la regulara específicamente, sino que debía adoptar las medidas tendientes a hacer efectivo el mandato, de manera directa. Es, pues, un deber y una atribución que el Constituyente le asignó al Gobierno.

Se está, entonces, ante una disposición constitucional que puede ser de ejecución directa por parte del Gobierno, y como quiera que un primer paso necesario para la ejecución de normas

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA, 20 de mayo de 1999, Radicación número: 5091, Actor: APOLINAR PASCAL CABEZAS Y ASOCIACION DE AUTORIDADES TRADICIONALES AWA - ORGANIZACIÓN UNIDAD INDIGENA DEL PUEBLO AWA – UNIPA.



abstractas como la comentada, es su reglamentación, el decreto reglamentario, y cualquier otro que expida el Gobierno para el mismo objeto, viene a ser una forma necesaria de propiciar la participación de que se habla en dicho parágrafo y, por lo tanto, la efectividad de la consulta previa a las comunidades en mención para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.

En consecuencia, la expedición del decreto acusado antes que opuesta, aparece concordante con la transcrita disposición.

*A lo anterior cabe agregar que el legislador ha producido algunos desarrollos normativos que son pertinentes al asunto de la señalada atribución, por lo cual tales desarrollos pueden ser aplicados por el Gobierno a fin de hacer posible el cumplimiento de la misma, **pudiendo utilizar para ello su potestad reglamentaria respecto de las normas legales que estime útiles o necesarias para tal efecto. Es por ello que, además del parágrafo del artículo 330 de la C.P., invoca tal potestad, referida precisamente a leyes relacionadas con la materia, como son la ley 21 de 1.991 y la ley 99 de 1.993, entre otras.***

Tales consideraciones son suficientes para denegar el cargo en cuanto hace a la incompetencia del Gobierno para proferir el acto acusado. [...]"

En adición a lo anterior, nótese que esta corporación judicial ha precisado que “[...] *la potestad reglamentaria se caracteriza porque **los actos expedidos están subordinados a la ley que reglamentan**, de modo que **no pueden modificar las disposiciones contenidas en ella [...]**”⁴⁶(Subraya el Despacho)*

Dicho criterio jurisprudencial, atiende a la postura sostenida por la Corte Constitucional, mediante sentencias C-432 de 2004 y C-1265 de 2005, según las cuales “[...] *la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones **accesorias y de detalle**, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338) [...]*”⁴⁷, puesto que “[...] *las materias objeto de reserva de ley no pueden ser ‘deslegalizadas’ [...]*”⁴⁸.

⁴⁶ Sentencia de 23 de noviembre de 2005, expediente 14501; M.P. Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en auto proferido el 12 de diciembre de 2007, expediente 34.144. En el mismo sentido fue reiterada en auto de mayo 27 de 2009, radicación 110010326000200900035-00, expediente 36601. Magistrado ponente: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Martín Bermúdez Muñoz, demandado: Presidencia de la República y otros.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1265 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



IV.3.2.3.- En este orden de ideas, de la lectura del texto de las directivas objeto del asunto *sub examine*, el Despacho no advierte, inicialmente, que el Ejecutivo careciera de competencia para expedirlas ni que resulten contrarias a las normas invocadas como violadas por los actores en la medida en que los preceptos en ella contenidos se refieren a aspectos prácticos, administrativos, de gestión y logística relacionados con el derecho a la consulta previa, esto es, no reglamentan el ejercicio del derecho, por lo que no sería necesario acudir al trámite de ley estatutaria – Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011.

Resalta el despacho, en este análisis inicial de la controversia, que las mismas constituyen “órdenes” del Presidente de la República, dirigidas a las autoridades del nivel nacional: i) para establecer los roles que dichas autoridades deben cumplir cuando se deba acudir a este mecanismo; ii) para recoger lo regulado en instrumentos internacionales – Convenio 169 –, en leyes y en distintos pronunciamientos que frente a este derecho fundamental fueron proferidos por la Corte Constitucional para la fecha en fueron expedidas las directivas; y, iii) para precaver cuestiones de orden administrativo, de gestión y logísticas que deben surtirse al interior de las entidades públicas para la realización de las consultas.

IV.3.2.3.1.- Este despacho quiere destacar, en primer lugar, que las directivas presidenciales acusadas están dirigidas a las autoridades administrativas, a las cuales se les asignan ciertos roles para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa de los que denominan “[...] *grupos étnicos nacionales* [...]”.

Es así que la Directiva Presidencial 1 de 26 de marzo de 2010 está dirigida al Vicepresidente de la República; a los ministros del despacho; a los directores de departamentos administrativos; a los superintendentes; a los directores, gerentes y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional.

Este acto administrativo asigna al antiguo Ministerio del Interior y de Justicia el rol de coordinación para la realización de los procesos de consulta previa y a los demás servidores públicos allí mencionados, la tarea de solicitar al Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia el desarrollo del proceso de consulta y, además, la función de proporcionar la información sobre los planes, programas o proyectos que puedan requerir la garantía del derecho a la consulta previa.



Cabe señalar que la directiva menciona que dicho ministerio es el responsable de la forma en que se desarrolla el proceso de consulta en cada caso particular y los representantes de cada uno de los proyectos tienen el deber de participar activamente durante el proceso de consulta previa y de proporcionar los recursos necesarios para cada proceso en particular

La Directiva Presidencial 10 de 7 de noviembre de 2013, por su parte, se dirige, únicamente, a los ministros del despacho y directores de departamento administrativo y resalta el papel de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior como principal responsable de los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas.

Se observa, igualmente, que la guía para la realización de consulta previa con comunidades étnicas que allí se adopta, asigna tareas específicas tanto a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, como al Incoder, la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Unidad de Planeación Minero Energética.

IV.3.2.2.2.- En segundo lugar, las directivas – en particular la Directiva Presidencial 1 de 26 de marzo de 2010 –, contienen instrucciones para esas entidades, con las que se pretende darle cumplimiento al Convenio 169 de la OIT, a las leyes 21 de 1991, 70 y 99 de 1993, así como a las decisiones de la Corte Constitucional, para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa.

La Directiva Presidencial 1 de 26 de marzo de 2010, en su ordinal 2°, destaca que la consulta procede antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquier proyecto que pueda afectar a los grupos étnicos nacionales o sus derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o los instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación, lo cual se encuentra acorde con lo señalado en la jurisprudencia constitucional que ha indicado:

“[...] El Convenio en distintos apartes se refiere de manera expresa a los compromisos de los Estados signatarios orientados a que, en la aplicación del mismo, se garanticen los espacios de participación y consulta compatibles con su objetivo central, aspecto que, de manera general, es desarrollado en el artículo 6º del convenio en los siguientes términos:



[...]

*Cabe distinguir en la anterior disposición dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Por un lado, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; **y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.***

*De este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, **y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta [...]**” – Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008 –.*

Luego realiza una enunciación de las acciones que deberían consultarse con los mencionados grupos, la cual resulta ser la recopilación de disposiciones del Convenio 69 de la OIT; de las leyes 21 de 1991, 70 y 99 de 1993; así como de decisiones judiciales proferidas por la Corte Constitucional. Para ejemplificar la anterior afirmación se tiene que:

i) El literal a) sería la enunciación de lo previsto en artículo 6° ordinal 1° literal a) del Convenio 169 de la OIT que establece la obligación de los gobiernos de “[...] *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 [...]*”.

ii) El literal b) está en consonancia con el contenido del párrafo del artículo 330 de la Carta Política que indica que: “[...] **PARAGRAFO.** *La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades [...]*” y del artículo 76 de la Ley 99 de 1993 que señaló que: “[...] **ARTICULO 76.** *De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales*



deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades [...]”.

iii) El literal c) corresponde a la obligación de consulta contenida en el artículo 17 del Convenio 169 – numeral 2° – “[...] *a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras [...]”.*

iv) El literal d) bien podría entenderse en consonancia con el artículo 38 de la Ley 70 de 1993⁴⁹ que, según la Corte Constitucional – Sentencia C-169 de 2001 –, prevé la realización de consulta a las comunidades negras en lo atinente a definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación, técnica, tecnológica y profesional para los miembros de las comunidades.

v) El literal e) se encuentra previsto en el artículo 28 – numeral 1° – del Convenio 169 que resalta que “[...] *Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo [...]”.*

Al respecto, igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-208 de 2007 destacó que “[...] **la consulta previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos es un derecho fundamental de éstos y, por tanto, debe estar presente en cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia;** medidas que,

⁴⁹ “[...] **ARTICULO 38.** Los miembros de las comunidades negras deben disponer de medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos [...] El Estado debe tomar medidas para permitir el acceso y promover la participación de las comunidades negras en programas de formación técnica, tecnológica y profesional de aplicación general [...] Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con las comunidades negras las cuales serán consultadas sobre la organización y funcionamiento de tales programas. Estas comunidades asumirán progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación [...]”.



además, deben adoptarse teniendo en cuenta las particulares condiciones de los distintos grupos étnicos, de manera que se les garantice y asegure la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia [...]” (subrayado y resaltado fuera de texto).

vi) El literal h) recogería los planteamientos de la Corte Constitucional esbozados en la Sentencia SU-383 de 2003, en la que indicó que “[...] Las entidades accionadas, en los asuntos que a cada una compete, deberán consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que adelantan en sus territorios “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” –Convenio 169 Ley 21 de 1991- [...]”.

Ahora bien, en lo que se refiere a los mecanismos para el desarrollo del proceso de consulta previa – ordinal 4° de la directiva 1 de 2010 – se establecen unas fases que deben surtirse en el mismo, las cuales “[...] se entenderán como **un protocolo sugerido** por el Grupo de Consulta Previa, y su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado [...]” (negrilla y resaltado fuera de texto).

Lo expuesto en la directiva recoge lo explicado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-461 de 2008 – como expresamente lo indica en la página 5 –, decisión judicial en la cual se destacó la necesidad de que las bases del procedimiento a seguir en cada caso particular sean definidas a través de un proceso preconsultivo y mencionó que las disposiciones procedimentales de orden legal o reglamentario constituyen pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado. Al respecto, la citada Corporación indicó:

[...] La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: “el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso



consultivo".⁵⁰ Ello, en la medida en que la flexibilidad establecida en el Convenio 169 de la OIT, y la diversidad propia de estos procesos, así lo exige: "los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado."⁵¹

A este respecto se debe tener en cuenta que una reglamentación jurídica rígida del procedimiento de consulta previa puede resultar inconstitucional en casos concretos, cuando de su aplicación se puedan derivar consecuencias contrarias a los mandatos plasmados en la Constitución y en las normas internacionales aplicables.⁵² Las obligaciones internacionales consagradas en el Convenio 169 de la OIT otorgan al Estado colombiano un amplio margen de flexibilidad para determinar la manera en que se habrá de realizar la consulta previa. **Sin embargo, es claro que las regulaciones procedimentales no pueden contrariar el contenido específico del derecho fundamental a la consulta previa o de los derechos conexos a él, ni ser incompatibles con el logro del objeto esencial de la consulta, como es tratar de llegar de buena fe a un acuerdo basado en el consentimiento libre, pleno e informado, del grupo étnico**

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)

⁵² De esta manera, en la sentencia T-652 de 1998 la Corte inaplicó la regulación contenida en el Decreto 1320 de 1998, por resultar en el caso concreto contraria a la Carta Política – y en su lugar fijó las pautas mínimas que debían seguirse en el proceso de consulta subsiguiente: "(...) la firma propietaria del proyecto no ha reconocido los reales efectos de la obra sobre los recursos ictiológicos de toda el área de influencia de la hidroeléctrica, ni el largo término y alto costo que requerirá el repoblamiento de los ríos del área con especies nativas (mucho mayores desde que se decidió no remover la mayor parte de la biomasa presente antes de llenar la presa), ni los efectos sobre las condiciones climáticas de las cuencas, ni los impactos previsibles sobre la morbi-mortalidad en la zona de influencia de la represa. // Por estas razones, por las irregularidades que se han presentado en el reconocimiento de las autoridades embera (asunto que considerará esta Sala en aparte posterior), y porque aún no se ha iniciado la concertación del régimen aplicable al área de superposición del Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos, la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; por tanto, se ordenará a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que lo inapliquen, y atiendan en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, "la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros" [SU-039/97]."



afectado.⁵³ En este sentido, la Corte ha recordado que las normas generales contenidas en las leyes del Congreso que tocan la materia o en los distintos decretos generales expedidos por el Gobierno Nacional reglamentando el tema de la consulta previa,⁵⁴ constituyen “pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado” cuya compatibilidad con los derechos fundamentales de los pueblos implicados y con el objetivo esencial del proceso de consulta, ha de ser evaluada en cada caso concreto; en términos de la Corte, “hay que advertir que esos estatutos contienen conceptos tendientes a posibilitar el inicio de la concertación entre las partes a partir de la definición de algunas herramientas estructurales. Para todo caso es necesario señalar que dichas normas no pueden menoscabar la diversidad y autonomía de cualquier etnia⁵⁵ y por tanto, no constituyen un modelo único de acercamiento con los diferentes pueblos”.⁵⁶[...]” (subrayado y resaltado fuera de texto)

IV.3.2.2.3.- Se observa, en tercer lugar, que las directivas precaven cuestiones de orden administrativo, de gestión y logísticas que deben surtirse en el interior de las entidades públicas para la realización de las consultas.

⁵³ En la sentencia C-169 de 2001 la Corte Constitucional explicó que el Convenio 169 “(...)otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin’ (subraya fuera del texto). // Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias”. Igualmente, en la sentencia T-382 de 2006, la Corte señaló que “conforme al artículo 34 del convenio, existe un margen ‘flexible’ para que el Estado, a través de los órganos competentes, determine los límites dentro de los cuales opera el derecho de consulta previa. (...) el derecho de consulta previa está sujeto a los lineamientos constitucionales y legales que faciliten y precisen la participación de los pueblos indígenas en las decisiones legislativas y administrativas que les afecten. Sin embargo, esta condición tiene como límite irrestricto la vigencia de los derechos fundamentales de las diferentes etnias y, por supuesto, las directrices del convenio que, por hacer parte de bloque de constitucionalidad, tienen prevalencia en el orden interno”.

⁵⁴ Estas normas incluyen los Decretos 1397 de 1996 y 1320 de 1998, así como las Leyes 99 de 1993, 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de 1995 y 685 de 2001, entre otras.

⁵⁵ Sobre este asunto el artículo 5 del Convenio 169 dispone: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: || a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; || b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; || c)deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”. Adicionalmente, el artículo 8 prescribe: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

⁵⁶ Sentencia T-382 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



Es así que la directiva presidencia 1 de 2010 destaca que deben expedirse los actos administrativos pertinentes para conminar al cumplimiento de los acuerdos a los que se llegó en el proceso de consulta – ordinal 4º, literal c) – y que se debe contar con los recursos y apropiaciones presupuestales para financiar los proyectos o acciones que requieren del proceso de consulta así como para apoyar las funciones del Grupo de Consulta Previa del Ministerio – ordinal 4º, literal e) y f) -.

Por su parte, la directiva presidencial 10 de 2013 establece la guía para la realización de consulta previa con comunidades étnicas como un protocolo con el cual “[...] busca regular la coordinación interna de las entidades públicas involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondientes y la distribución eficaz de los recursos, así como la eficiente circulación de la información relevante, la transparencia en los procesos, y permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de las entidades responsables [...]”, esto es, se refiere a cuestiones de orden administrativo, de gestión y logísticas al interior de las entidades públicas para la realización de las consultas.

IV.3.2.2.4.- El análisis anterior permite afirmar que las directivas no constituyen una regulación integral, completa y sistemática del derecho fundamental a la consulta previa; ni desarrollan el régimen de ese derecho fundamental; ni reglamentan mecanismos de protección de ese derecho; ni afectan o desarrollan elementos estructurales de aquel.

Como se pudo evidenciar, cierto es que determinan roles de las entidades públicas en los procesos de consulta; recogen aspectos del derecho fundamental contenidos en normas de orden legal y en decisiones judiciales de la Corte Constitucional y los erigen como derroteros de acción del Gobierno Nacional; y se refieren a aspectos de orden administrativo, de gestión y de logística que se deben tener en cuenta en los procesos de consulta

IV.3.3.- Las directivas acusadas debían ser objeto de consulta con las comunidades étnicas

En segundo término, la parte actora sostuvo que los actos acusados “[...] debieron ser compartidos con las comunidades étnicas del Estado colombiano antes de su



expedición [...]”, razón por la cual se vulnero el derecho al debido proceso toda vez que se no se agotó un requisito de obligatorio cumplimiento⁵⁷.

IV.3.3.1. En este sentido y según lo dispone el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, encuentra el Despacho que las comunidades étnicas deben ser consultadas *“cada vez que se prevean medidas legislativas o **administrativas susceptibles de afectarlas directamente**”.*

Para determinar con mayor precisión qué debe entenderse por afectación directa, resulta pertinente acoger los criterios que al respecto han plasmado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil. Esta última – la Sala de Consulta y Servicio Civil –, en concepto de 20 de junio de 2017⁵⁸, explicó lo siguiente:

“[...] Ante el carácter amplio y complejo del término “afectación directa”, la jurisprudencia nacional ha identificado una serie de criterios, no taxativos⁵⁹, que deben tomarse en cuenta para establecer la ocurrencia de esta. Así, en la sentencia C-1051 de 2012 se señalaron los siguientes⁶⁰:

⁵⁷ De acuerdo a lo previsto en el artículo 46 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la no realización de la consulta previa, en los casos en que la misma sea obligatoria, genera la nulidad de la decisión respectiva.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS. Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00057-00(2334).

⁵⁹ “Ni el Convenio 169 de la OIT ni la jurisprudencia constitucional, han definido taxativamente las causales de procedencia de la consulta. Eso se explica en tanto la consulta previa no es un trámite rígido sino que depende y varía según las circunstancias de cada caso y las condiciones particulares de los pueblos. Entre más restricciones a la consulta, mayores serán las implicaciones negativas para los pueblos. No obstante, tanto el Convenio como esta Corporación, han señalado una serie de criterios tendientes a verificar la procedencia o ámbito de aplicación de la consulta. El concepto relevante en ese análisis es el de “afectación directa”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

⁶⁰ “5.4.2. La jurisprudencia aplicable a los elementos que coadyuvan a identificar los casos de afectación directa, se encuentra contenida principalmente en las Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-063 de 2010 y C-366 de 2011, donde la Corte, en su orden, llevó a cabo el control de constitucionalidad de la llamada Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), del Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007), de la ley modificatoria del Sistema de Seguridad Social en Salud (Ley 1122 de 2007), y de la ley reformativa del Código de Minas (Ley 1382 de 2010). A su vez, los precedentes fijados en los citados fallos, han sido aplicados por la Corte, tratándose de leyes aprobatorias de tratados internacionales, en los siguientes pronunciamientos: en la Sentencia C-615 de 2009, C-608 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-620 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-767 de 2012 y C-822 de 2012, en los cuales la Corporación, dada la naturaleza y contenido del tratado, se ha visto en la necesidad de llevar a cabo la evaluación sobre la exigencia o no de la consulta previa. 5.4.3. En las Sentencias citadas, a título meramente enunciativo, la Corte ha venido construyendo la dogmática en torno a la delimitación de los criterios que ayudan a identificar los casos en que hay lugar a la consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.



i) La regulación de materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT⁶¹ da lugar a una afectación directa. En este sentido, se ha indicado que sería necesario realizar la consulta previa cuando se trate de medidas relacionadas con: a) la prospección o explotación de los recursos existentes en los territorios de los pueblos indígenas o tribales, b) el traslado o reubicación de estos de las tierras que ocupan, c) la capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas por fuera de la comunidad, d) la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional, e) las condiciones para crear instituciones de educación y autogobierno, y f) la enseñanza y conservación de la lengua⁶².

Sin embargo, la jurisprudencia también ha indicado que la sola mención de estas materias no es suficiente para dar lugar a la afectación directa:

“En esta misma medida, un parámetro importante para determinar la afectación directa es si la materia del proyecto se relaciona con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la simple referencia temática a estos asuntos no es suficiente por sí misma para establecer una afectación directa; se requiere analizar en cada caso el alcance y contenido específico de cada medida como tal, para efectos de establecer su impacto y su nivel de afectación sobre el derecho, o los derechos, relevante(s) en cada caso”.

ii) Debe tenerse en cuenta el significado que para las comunidades tengan los bienes o prácticas sociales afectadas con la medida.

iii) Asimismo debe revisarse si la medida afecta los intereses de las comunidades:

“La gravedad de la afectación de la medida legislativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta “aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”.

⁶¹ “Inicialmente, la Corte precisó que la especificidad que se requiere de una medida legislativa para hacer exigible el deber de consulta, se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales, tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

⁶² “El mismo Convenio puntualizó algunas hipótesis en las que ineludiblemente los Estados se comprometieron a realizar la consulta. Así, es obligación de realizarla sobre (i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad; (iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y (vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua. En algunos casos se requerirá, además, el consentimiento previo, libre e informado. Sobre el punto se volverá más adelante”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.



iv) Puede existir una afectación directa cuando la medida tiene como propósito principal regular una o varias comunidades étnicas o tiene mayores efectos en estas que en el resto de la población.

v) Se presenta una afectación directa si la medida legislativa regula materias sobre las cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos.

vi) Puede existir también una afectación directa cuando se trata de asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos, tales como el territorio en sí mismo, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades.

vii) Para determinar la afectación directa de una medida legislativa debe tomarse en consideración si esta es de aplicación directa, o si por el contrario consagra un marco normativo general que tiene que ser desarrollado posteriormente a través de otros actos jurídicos, como leyes y actos administrativos.

viii) Finalmente, la ocurrencia de una afectación directa puede establecerse teniendo en cuenta los antecedentes históricos de la medida.

Ahora bien, también es importante destacar la importancia que tiene en el estudio del requisito de la afectación directa la materia objeto de la medida, especialmente cuando se trata de medidas de naturaleza general no dirigidas de forma particular o concreta a las comunidades étnicas [...]. (El Despacho subraya y elimina las notas a pie de página originales por la extensión del texto)

IV.3.3.2.- La Corte Constitucional, en Sentencia SU 123 de 2018, igualmente se refirió al requisito de afectación directa, así:

*“[...] 7.1. Para determinar qué debe consultarse a las comunidades étnicas la jurisprudencia constitucional ha indicado⁶³, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con los desarrollos del derecho internacional, que deben consultarse las medidas legislativas o administrativas que tengan la susceptibilidad de impactar directamente a los pueblos étnicos. El presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es **entonces que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a un pueblo étnico. Por economía de lenguaje suele hablarse del concepto de “afectación directa”**⁶⁴, que si bien es un concepto indeterminado, no significa que carezca de contenido, pues ha sido delimitado por el Convenio 169 de la OIT, por la legislación interna, y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte IDH.*

⁶³ Corte Constitucional Sentencia T-236 de 2017. Pueden además consultarse las decisiones SU-383 de 2003, C-030 de 2008, C-075 de 2009, C-175 de 2009, T-661 de 2015, T-226 de 2016, T-080 de 2017 y SU-217 de 2017.

⁶⁴ Corte Constitucional Sentencia SU-217 de 2017.



7.2. La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa **como el impacto positivo⁶⁵ o negativo⁶⁶ que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica⁶⁷. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente.**

7.3. La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales⁶⁸; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica⁶⁹; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento⁷⁰ y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio⁷¹. 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.

7.4. En particular, en relación con las leyes o las medidas de orden general, la Corte ha señalado que la consulta previa procede si la medida general afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicos. Así, la sentencia C-075 de 2009 destacó que en principio “las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa”, por lo cual en general no procede la consulta previa frente a ellas pero que esta es necesaria “cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”. Esto significa que “no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”.

⁶⁵ Un ejemplo del impacto positivo de una afectación directa se estudió en la sentencia T-201 de 2017 en el que se demandó la procedencia de la consulta previa para la ejecución de los programas de alimentación en el Consejo comunitario de negritudes Julio Cesar Altamar.

⁶⁶ Dentro de los casos de afectación directa por un impacto negativo se puede citar, entre otras, la sentencia T-704 de 2016 que estudió la procedencia de la consulta previa en el caso del pueblo Media Luna Dos por la ampliación del puerto de la empresa Cerrejón.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencias T 733/2017, T 236/2017, T 080/2017, SU 217/2017.

⁶⁸ Sentencia T-1045A de 2010, T-256 de 2015 y SU-133 de 2017

⁶⁹ Sentencia T-733 de 2017

⁷⁰ Sentencia T-1045A de 2010

⁷¹ Sentencia T-256 de 2015



Este despacho, en esta etapa inicial del proceso, no advierte una afectación directa de las comunidades étnicas toda vez que las directivas acusadas – en lo que se refiere a los mecanismos para el desarrollo de la consulta – parten del supuesto consistente en que las mismas son un protocolo sugerido y, en todo caso, su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado.

Es así que la Directiva Presidencial 1 de 26 de marzo de 2010 resalta que “[...] *Estas fases se entenderán como un protocolo sugerido por el Grupo de Consulta Previa, y su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado [...]*” y, a su turno, la Directiva Presidencial 10 de 7 de noviembre de 2013, contempla que el objeto de la etapa de preconsulta es “[...] *realizar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del POA, y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas [...]*”.

Ciertamente, es menester anotar que la Corte Constitucional ha reconocido que cada proceso consultivo debe ser diferente⁷², en la medida en que debe ajustarse a las necesidades de la comunidad a la cual va dirigida, delineando exclusivamente el marco general, los principios y las subreglas específicos que deberían guiarlo⁷³.

Conforme a lo anterior, el despacho no encuentra que exista una afectación directa de las comunidades étnicas puesto que, en primer lugar, parten del reconocimiento de que son precisamente tales comunidades, junto con el ejecutor del proyecto, obra o actividad y las autoridades públicas, los que deben definir la ruta metodológica del proceso de consulta.

⁷² En la sentencia C-461 de 2008 se señaló que: “*La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: ‘el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo’*”

⁷³ Ver sentencias T-737 de 2005, C-030 de 2008, C-461 de 2008, T-1253 de 2008, T-154 de 2009, C-175 de 2009, T-691 de 2009, T-129 de 2011, C-641 de 2012, T-376 de 2012 y C-194 de 2013, entre muchas otras.



En segundo lugar y en consonancia con lo ya expuesto líneas atrás, las directivas están dirigidas a los organismos y entidades que en ellas se indican a las cuales les asignan roles en los procesos de consulta y recogen aspectos del derecho fundamental que están previstos en normas de orden legal y en decisiones judiciales de la Corte Constitucional, refiriéndose, además, a aspectos de orden administrativo, de gestión y de logística que se deben tener en cuenta en aquellos procesos.

Con base en las anteriores premisas, el Despacho respalda la postura sostenida por el apoderado de la entidad demandada según la cual “[...] *los actos por sus alcances, limitados a definir un procedimiento interno del Gobierno que en nada afecta el núcleo esencial del derecho constitucional, ni el de los grupos étnicos y raizales objeto de esa protección [...]*”⁷⁴.

En ese contexto, el despacho estima, en un análisis inicial de la controversia, que no se advirtió la violación de las disposiciones sobre las cuales se cimentó la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados, esto es, no se acreditó la apariencia de buen derecho – *fumus boni iuris* – elemento necesario para acceder a la cautela solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Consejero de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la solicitud de suspensión provisional de las Directivas Presidenciales 01 de 2010, “*Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales*” y 10 de 2013, “*Guía para la realización de consulta previa*”, proferidas por el Presidente de la República, por las razones expuestas en este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

⁷⁴ Folio 19 del cuaderno de medidas cautelares.



Consejero de Estado