

Al responder cite este número:
OFI2020-32725-DCP-2500

Bogotá D.C. lunes, 21 de septiembre de 2020

Respetado
CIUDADANO

Asunto: Respuesta a Derecho de Petición

Respetado Ciudadano, reciba un cordial saludo:

Atendiendo al asunto de la referencia, en el cual solicita a esta Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior:

“1. La DIRECTIVA PRESIDENCIAL No. 08 del 9 de septiembre 2020 hace referencia a que en la etapa de determinación de la procedencia de la consulta previa se definirá si se requiere su realización de acuerdo con el criterio de afectación directa, sin embargo, indican que la DANCP-Subdirección Técnica de Consulta previa deberá recibir la solicitud del interesado, la cual debe cumplir con algunos requisitos, sin indicarse que esta debe relacionar la afectación directa que se considera se presenta frente a las comunidades en la zona.

1.1. ¿Cómo se alinearán los formatos que actualmente están vigentes con el criterio de afectación directa?

1.2. Los formatos actuales para solicitud de determinación de procedencia de consulta previa exigen presentar (i) Área de influencia del proyecto, (ii) Área de intervención del proyecto (iii) Jurisdicción municipal y departamental, sin embargo, no hay claridad sobre el área de qué se debe tener en cuenta para determinar la afectación directa, algo que no debe quedar a criterio y subjetividad del funcionario encargado del trámite, pues esto es una gran determinante al momento de la determinación de la procedencia de la consulta previa.

Aclarar entonces cuál es el área sobre la cual que la DANCP-Subdirección Técnica de Consulta previa deberá realizar el análisis para la determinación de la procedencia de la consulta previa.”

Este Despacho se permite dar respuesta teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. DE LAS COMPETENCIAS DE LA DIRECCIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR

La Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, actúa de conformidad con la Carta Política de 1991, que consagró el reconocimiento y la especial protección de la diversidad étnica y cultural en el país, con la finalidad de dar cumplimiento al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el cual fue adoptado en nuestro

ordenamiento jurídico mediante la Ley 21 de 1991, conformando así el bloque de constitucionalidad.

De conformidad con lo anterior, la consulta previa surge como un derecho constitucional, mediante el cual el Estado garantiza a las comunidades étnicas afectadas por un Proyecto, Obra o Actividad (POA), medida legislativa o administrativa, la participación previa, libre e informada sobre el programa o plan que se pretenda realizar en el territorio en el cual hacen presencia, buscando que de manera conjunta y participativa se identifiquen los posibles impactos que estos puedan generar, con en el fin de salvaguardar la idiosincrasia de las comunidades étnicas que habitan en el país.

Para dar cumplimiento a lo antes señalado encontramos como marco normativo:

- El Decreto 2353 de 2019, crea dentro de la estructura del Ministerio del Interior la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, convirtiéndola en garante dentro del Desarrollo del proceso de consulta previa, con la misión de atender entre otras tareas, la de impartir los lineamientos para la determinación de la procedencia de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan afectar directamente a comunidades étnicas.
- Específicamente, el artículo 4 de la norma en comento, señala las funciones de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en los siguientes términos:

“1. Impartir los lineamientos para la determinación de la procedencia de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan afectar directamente a comunidades étnicas.

2. Liderar, dirigir y coordinar el ejercicio del derecho a la consulta previa, mediante procedimientos adecuados, garantizando la participación de las comunidades a través de sus instituciones representativas, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.

3. Definir la ruta metodológica y término de duración de la consulta previa, en los eventos en que las partes no logren un acuerdo sobre los mismos.

4. Proponer al Ministro del Interior las políticas en materia de Consulta Previa y dirigir la ejecución, seguimiento y evaluación de las mismas.

5. Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la materia.

6. Adoptar los criterios para brindar la capacitación, asesoría y asistencia técnica en materia de consulta previa.

7. Identificar y articular a las entidades públicas y sector privado cuya concurrencia se requiera en la programación, previsión, identificación, realización y gestión de los procesos de consulta previa.

8. Identificar los sistemas de información que se requieran para el cumplimiento de las funciones de la Dirección e impartir las directrices para su administración e interoperabilidad con sistemas de información de otras entidades del Estado.

9. Dirigir la consolidación, actualización y custodia de la información sobre los procesos de consulta previa, así como promover el conocimiento y difusión de los mismos y de su marco jurídico.
10. Fijar los lineamientos para el seguimiento a los acuerdos alcanzados en los procesos de consulta previa, según los plazos y condiciones acordados e informar sobre el cumplimiento a las autoridades competentes.
11. Dirigir y promover estudios del impacto económico de los proyectos sobre las comunidades étnicas, el costo de oportunidad de su no realización, la cuantificación de las afectaciones directas y de las medidas acordadas, así como llevar las estadísticas pertinentes sobre las compensaciones e intervenciones que se tasen e implementen.
12. Expedir los actos administrativos mediante los cuales se da por concluido el procedimiento administrativo de consulta previa.
13. Resolver en segunda instancia los recursos que se interpongan contra los actos administrativos proferidos por las Subdirecciones de la Dirección.
14. Administrar el Fondo de la Dirección de Consulta Previa, creado en el artículo 161 de la Ley 1955 de 2019 y gestionar la ejecución de los recursos, de acuerdo a su destinación legal.
15. Determinar los parámetros y aprobar la programación anual de los recursos provenientes de la tasa por la realización de la consulta previa.
16. Efectuar el seguimiento de los procesos relacionados con el control de programas, proyectos, planes estratégicos y de acción de su competencia, generar los indicadores y verificar que se encuentren acordes con lo dispuesto por la Oficina Asesora de Planeación del Ministerio del Interior y definir la propuesta de ajustes a los mismos.
17. Administrar, de conformidad con las normas vigentes, los bienes y recursos destinados para el funcionamiento de la Dirección y responder por su correcta aplicación o utilización.
18. Elaborar y presentar, en coordinación con la Subdirección Corporativa y la Oficina Asesora de Planeación, para aprobación del Ministro, el plan estratégico y el anteproyecto de presupuesto de la Dirección.
19. Llevar en contabilidad separada de la del Ministerio, la contabilidad de los fondos y cuentas a cargo de la Dirección y remitirla para su consolidación, de acuerdo con los lineamientos que para el efecto defina el Ministerio.
20. Reportar a la Subdirección Administrativa y Financiera del Ministerio, la información relacionada con su gestión, en los sistemas de información que disponga el Ministerio.
21. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la dependencia.”

Es así como la competencia fijada por la ley a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, se resume en: **I)**. La determinación de la procedencia y oportunidad de la consulta previa; y **II)**. Dirigir y coordinar los procesos de consulta previa. Se trata entonces, de competencias que han sido fijadas de manera única y exclusiva a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, sin que otra autoridad administrativa tenga competencia para ello.

2. DEL CRITERIO DE PROCEDIBILIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

En reiterada Jurisprudencia Constitucional se ha determinado que no todo proyecto, obra, actividad, medida administrativa y/o legislativa implica *per se* el desarrollo del proceso de consulta previa con las comunidades étnicas. Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional manifestó:

*“(...) No todo lo concerniente 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”.*¹ (Subrayado fuera del texto)

Por lo tanto, la consulta previa sólo debe agotarse en aquellos eventos en que el proyecto, obra o actividad afecte directamente los intereses de las comunidades indígenas o tribales en su calidad de tales, es decir, que su obligación sólo resulta exigible cuando la actividad pueda:

*“(...) alterar el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios (...)”*². La alta Corte ha definido la afectación directa como *“(...) la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias”*³. Que se puede manifestar cuando: *“(...) (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.”*⁴

3. DE LA PETICIÓN EN CONCRETO

Así las cosas, teniendo en cuenta lo esbozado esta Autoridad Administrativa procederá a emitir respuesta a su solicitud en los siguientes términos:

- a. El anexo 1 - *Formato de solicitud de determinación de procedencia y oportunidad de la consulta previa para la ejecución de proyectos, obras o actividades*, y demás procedimientos para el desarrollo del procedimiento de determinación de procedencia de la consulta previa ha estado alineado al criterio de procedibilidad

¹ Sentencia C- 030 de la Corte Constitucional de 2008 del 23 de enero de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

² Sentencia C-175 de 2009

³ Sentencia T – 745 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ Sentencia SU – 123 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

de la afectación directa establecido por la Honorable Corte Constitucional, desde la misma expedición del Decreto 2353 de 2019, el cual le otorgó a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la competencia de definir la procedencia y oportunidad de la consulta previa.

Por lo cual, los formatos de solicitud de información se ajustan a la obtención insumos necesarios para que esta Autoridad Administrativa pueda evaluar posibles afectaciones directas derivadas de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades a los colectivos étnicos. Lo anterior, se desarrolla en virtud del numeral segundo del artículo 16A del Decreto 2353 de 2019, que establece:

“ARTÍCULO 16A. Funciones de la Subdirección Técnica de Consulta Previa. Son funciones de la Subdirección Técnica de Consulta Previa: (...) 2. Proponer las directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas frente a la determinación de la afectación directa que pueda derivarse de proyectos, obras, actividades, medidas administrativas o legislativas.”

Así mismo, es concluyente señalar que el actuar de la DANCP está circunscrito a lo establecido en el numeral 1. del artículo 16A del Decreto 2353 de 2019, a saber:

*“ARTÍCULO 16A. Funciones de la Subdirección Técnica de Consulta Previa. Son funciones de la Subdirección Técnica de Consulta Previa: 1. Determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, **de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran.**” (Subrayado por fuera del texto).*

En consecuencia, es concluyente que los formatos y procedimientos utilizados por la DANCP se ajustan y están encaminados a la determinación de procedencia de la consulta previa a partir del criterio de Afectación Directa.

- b. Se debe señalar que el (i) Área de influencia del proyecto, (ii) Área de intervención del proyecto (iii) Jurisdicción municipal y departamental, es información utilizada por la DANCP para el desarrollo del procedimiento de determinación de procedencia y oportunidad de la consulta previa con comunidades étnicas, no obstante lo anterior se deben hacer las siguientes precisiones:
- El criterio de procedibilidad para la consulta previa definido por el precedente constitucional no va relacionado a la identificación de áreas de un POA, por el contrario la Corte Constitucional ha sido enfática en definir la afectación directa como el elemento a identificar para dar paso a la consulta previa como proceso de participación efectivo de los colectivos étnicos. En este orden de ideas, se debe señalar que la Honorable Corte Constitucional ha dirimido en su precedente jurisprudencial los conceptos que permiten inferir que la procedibilidad del derecho fundamental a la consulta previa se relaciona

con el traslape de áreas de un proyecto y las áreas reconocidas legalmente a los colectivos étnicos, sobre el particular desarrolló:

“(…) La Corte también ha destacado que el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia de un proyecto. Este último concepto se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos, en tanto la afectación directa, como se indicó, es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa y se identifican los impactos que se ocasionan a las comunidades étnicas, tanto en su territorio, como en su ambiente, salud y estructuras sociales y culturales, como se explica en el cuadro a continuación:

	Afectación directa	Área de influencia
Concepto	<i>Identificación de medidas que impactan o amenazan los derechos e intereses de las comunidades indígenas desde el punto de vista territorial, cultural, social, espiritual o económico.</i>	<i>Instrumento solicitado en las licencias ambientales para identificar los impactos de los proyectos de exploración y explotación en el ambiente y la sociedad. (Decreto 1076 de 2015, ARTÍCULO 2.2.2.3.1.1).</i>
Propósito	<i>Identificar medidas que perturben a los indígenas en sus derechos, intereses y en sus ámbitos territorial, cultural, político, espiritual, ambiental y de salud, para celebrar Consulta Previa. Se identifica a través de un diálogo intercultural.</i>	<i>Fijar unos criterios técnicos para delimitar el área de los proyectos en relación con la valoración de los impactos sociales, ambientales y económicos de los mismos.</i>
Fuente normativa	<i>Convenio 169 OIT, PIDESC, PDCP, UNIDRIP, Constitución Política.</i>	<i>Consagración legal y reglamentaria.⁵</i>

Así las cosas, para determinar posibles afectaciones directas a nivel territorial como criterio de procedibilidad de la consulta previa esta Autoridad Administrativa deberá seguir lo expresado por La Corte Constitucional con respecto al concepto de territorio amplio de los colectivos étnicos, a saber:

“Por eso, para determinar el alcance de este territorio amplio y si procede la consulta previa por efecto de la posibilidad de afectación directa por una

⁵ Ibídem

determinada medida, las autoridades deben tomar en consideración en el caso concreto los elementos económicos, culturales, ancestrales, espirituales que vinculan a un pueblo étnico a un determinado espacio como soporte material de su existencia y diversidad cultural.

Igualmente, conforme al principio de proporcionalidad, en este territorio amplio es posible que las autoridades competentes, para determinar si existe o no afectación directa por impacto en el territorio, tomen en consideración la intensidad y permanencia efectiva con la cual un pueblo étnico ha ocupado o no un determinado espacio específico, el grado de exclusividad con el cual ha ocupado esas porciones territoriales, al igual que sus particularidades culturales y económicas como pueblo nómada o sedentario, o en vía de extinción.⁶ (Subrayado por fuera del texto)

- En consecuencia, es concluyente que el estudio de determinación y oportunidad de la consulta previa desarrollado por esta Autoridad Administrativa, pretende determinar posibles afectaciones de un POA a los elementos económicos, culturales, ancestrales, espirituales de los colectivos étnicos.

De lo descrito se debe señalar que esta Autoridad Administrativa no define la procedencia o no de la consulta previa a partir de la definición de áreas, contrario a ello lo que busca identificar posibles afectaciones directas del POA, medida legislativa o administrativa, a los colectivos étnicos y para poder cumplir con dicho objetivo esta Dirección deberá analizar, entre otra la siguiente información:

- Área de influencia e intervención.
- Ubicación geográfica.
- Descripción pormenorizada de actividades.
- Identificación de impactos.

Con lo anterior damos respuesta a solicitud no sin antes manifestarle que estamos atentos a resolver cualquier criterio adicional.

Cordialmente,


FELIPE JOSÉ VALENCIA BITAR
Director
Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa

[CODIGO-QR]

Documento emitido por el Ministerio del Interior. [URL de verificación:](#)
[URL-DOCUMENTO]

Elaboró: Carlos Méndez – Abogado Contratista

⁶ Ibídem

Revisó: Clarissa Habib - Líder Área Jurídica
Alfonso Jiménez – Subdirector Técnico (E)
Aprobó: Felipe Valencia– Director

TRD 2500.510.12