



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de mil veintitrés (2023)

**Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

<b>Referencia:</b>	<b>Medio de control de nulidad</b>
<b>Expediente:</b>	<b>11001-03-24-000-2016-00164-00</b>
<b>Actores:</b>	<b>Gobernador del Cabildo Indígena del Pueblo Kankuamo y Otros</b>
<b>Demandados:</b>	<b>Nación – Presidencia de la República</b>
<b>Tema:</b>	<b>Análisis de legalidad de las directivas presidenciales 1 de 2010 y 10 de 2013. Cosa juzgada. Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos. Reserva de ley estatutaria.</b>

## **SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA**

---

La Sala decide, en única instancia, la demanda de nulidad promovida por la parte actora en contra de las directivas presidenciales 001 de 26 de marzo de 2010 y 10 de 7 de noviembre de 2013<sup>1</sup>.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **I.1. La demanda**

1. Los ciudadanos Jaime Enrique Arias Arias, en calidad de Cabildo Gobernador del **Pueblo Kankuamo**; José de los Santos Saunas Limaco, actuando como Cabildo Gobernador del **Pueblo Kogui**; José María Royo Izquierdo, en calidad de Cabildo Gobernador del **Pueblo Aruhaco**; Víctor José Loperena Mindiola, actuando como Cabildo Gobernador del **Pueblo Wiwa**, y los ciudadanos Gloria Amparo Rodríguez, Sebastián Senior Serrano, Nicolás Felipe Mendoza Cerquera y Nathalia Hurtado, instauraron demanda<sup>2</sup> con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las directivas presidenciales 001 de 26 de marzo de 2010 y 10 de 7 de noviembre de 2013<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cabe destacar que recientemente se expidió la directiva presidencial 08 de 2020 que «[...] sustituye la Etapa 1 "Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa", adiciona la Etapa 3 "Preconsulta", adiciona la Etapa 4 "Consulta previa" y adiciona la Etapa 5 "Seguimiento de acuerdos" de la Directiva Presidencial No. 10 de 7 de noviembre de 2013»

<sup>2</sup> El presente expediente se encuentra digitalizado en Sede Electrónica para la Gestión Judicial SAMAI: 11001-03-24-000-2016-00164-00 (en adelante expediente digital). Cuaderno principal. Índice 73. Folios 1 a 82.

<sup>3</sup> En apoyo de lo anterior formularon las siguientes pretensiones:

«[...] 1. Sea declarada la nulidad por inconstitucionalidad de la Directiva Presidencial 01 de 2010 al desconocer y vulnerar de forma notoria, el derecho fundamental a la consulta previa, el debido proceso administrativo, la supremacía constitucional, el principio de legalidad en las actuaciones administrativas, el derecho fundamental a la participación y el principio de ley estatutaria

En subsidio, solicitamos la nulidad simple la Directiva Presidencial 01 de 2020, con fundamento en:

i) Infracción de las normas en las que los actos debían fundarse.  
ii) Expedición de los actos sin competencia, por parte del Presidente de la República.

[...] 2. Sea declarada la nulidad por inconstitucionalidad de la Directiva Presidencial 10 de 2013, al desconocer y vulnerar de forma notoria, el derecho fundamental a la consulta previa, el debido proceso administrativo, la supremacía constitucional, el



### I.1.1. Los hechos de la demanda

2. En el acápite de supuestos fácticos, los demandantes explicaron que el derecho a la consulta previa fue reivindicado por primera vez en el año 1989, a través del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT; instrumento internacional aprobado mediante la Ley 21 de 1991<sup>4</sup>.
3. Precisaron que la Corte Constitucional, en sentencia SU-039 de 1997, reconoció la dimensión fundamental del derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, criterio a su vez reiterado en fallos posteriores como la sentencia T-693 de 2011.
4. Anotaron que la Dirección de Consulta Previa adscrita al Ministerio del Interior fue creada como una entidad encargada de coordinar la garantía del derecho fundamental de la consulta previa a las comunidades étnicas en todo el territorio nacional.
5. Reseñaron que, a partir del año 1997, el derecho a la consulta previa tuvo especial desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, hasta el momento en que se expidieron las directivas presidenciales 1 de 2010 y 10 de 2013.
6. Acotaron que desde el año 2010 hasta la fecha de presentación de la demanda se habían desarrollado alrededor de 2609 procesos consultivos con fundamento en las citadas directivas; actos administrativos que resultan abiertamente inconstitucionales, pues en su desarrollo han participado los pueblos indígenas Kogi, Arhuaco, Wiga y Kankuamo, sin contar con garantías constitucionales.

### I.1.2. Normas violadas y el concepto de la violación

7. Los demandantes invocaron, como disposiciones transgredidas, los artículos 2º, 4º, 7º, 29, 53, 79, 93, 113, 114, 121, 122, 123, 150, 152, 153, 189 (numeral 11), 209 y 241 de la Constitución Política, los artículos 6º y 7º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y los principios 10 y 11 de la Declaración de Río de Janeiro, por las siguientes razones:

#### **(i) Primer cargo. Desconocimiento de los principios de legalidad, debido proceso, y reserva de ley estatutaria por el desbordamiento de las facultades reglamentarias del Ejecutivo**

8. En este planteamiento los actores afirmaron que las directivas enjuiciadas fueron expedidas por el Presidente de la República, como suprema autoridad

---

principio de legalidad en las actuaciones administrativas, el derecho fundamental a la participación y el principio de reserva de ley estatutaria.

En subsidio, solicitamos la nulidad simple la Directiva Presidencial 10 de 2013, con fundamento en:

i) Infracción de las normas en las que los actos debían fundarse.

ii) Expedición de los actos sin competencia, por parte del Presidente de la República».

<sup>4</sup> «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».



administrativa, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, según la cual le corresponde *«[e]jercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes»*.

9. Con fundamento en la anterior premisa, consideraron que las directivas enjuiciadas contienen verdaderas decisiones de la administración capaces de producir efectos jurídicos para los administrados y, como tales, son pasibles de control judicial a cargo de esta jurisdicción.

10. Acto seguido explicaron que las leyes estatutarias son un tipo especial de ley, que por razón de su contenido material, tienen una especial jerarquía dentro del ordenamiento jurídico y, por eso, cuentan con requisitos más exigentes para su aprobación, los cuales aparecen enunciados en el artículo 153 de la Constitución Política.

11. Expusieron que la aprobación de las leyes estatutarias debe cumplir con los siguientes pasos: **(i)** haber sido aprobado el proyecto por mayoría absoluta y en una sola legislatura y; **(ii)** sujetarse al control previo, oficioso y automático de la Corte Constitucional, cuyo pronunciamiento produce efectos de cosa juzgada constitucional absoluta; lo que a la postre significa que las normas revisadas no pueden ser demandadas posteriormente vía demanda de inconstitucionalidad.

12. Revelaron que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado que la regulación de un derecho, para que se encuentre sujeto a reserva de ley estatutaria exige la conjunción de los siguientes requisitos, a saber: **(i)** se trate de derechos fundamentales y no de derechos constitucionales de otra clase; **(ii)** la norma regule y complemente un derecho fundamental; **(iii)** la regulación atienda a los elementos conceptuales y estructurales de derechos fundamentales y, **(iv)** la regulación tenga la pretensión de regular de manera íntegra los derechos fundamentales.

13. En ese orden, recordaron que la consulta previa es un derecho fundamental reconocido a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, en virtud del cual se busca llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento cuando una decisión de las mayorías pueda afectarlos. Derecho que fue regulado integralmente en los actos acusados por las siguientes razones:

- i. La directiva presidencial 1 de 2010, aunque revista la forma de un instructivo, contiene auténticas órdenes del Presidente, a través de las cuales se definen las reglas y los criterios para determinar cuándo resulta necesario agotar el trámite consultivo. A la par, la citada directiva dejó a cargo del Ministerio del Interior la facultad para definir aspectos valorativos como ocurre con la facultad para determinar *«[...] las características técnicas que deberán tener los documentos de proyectos para establecer el diálogo intercultural que permita su cabal comprensión»*.



- ii. La directiva presidencial 10 de 2013 regula aspectos relacionadas con el procedimiento que se debe surtir para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa, el cual consta de las siguientes etapas: **(i)** certificación de la presencia de comunidades; **(ii)** coordinación y preparación; **(iii)** preconsulta; **(iv)** consulta previa y **(v)** seguimiento de acuerdos.

14. Acotaron que la regulación contenida en las citadas directivas apunta a definir los elementos estructurales del citado derecho, y en apoyo de ello, recordaron que el núcleo esencial de un derecho fundamental se encuentra integrado por «*i) la característica esencial es su fundamento y relación estrecha con la dignidad humana, pero además que para identificar su carácter de fundamental (ii) el juez debe evaluar (de manera flexible) consensos a nivel dogmático, constitucional, de derechos humanos o legislativos. [...] Ligado con lo anterior, la fundamentalidad de un derecho (iii) depende de la posibilidad de traducirlo en un derecho subjetivo, en la mayor medida de lo posible pues existen garantías en las que resulta muy difícil determinar el extremo activo, pasivo y el contenido de las obligaciones impuestos*» (T-970 de 2014).

15. A su juicio, las directivas acusadas reglamentan la totalidad de las eventualidades y situaciones en las cuales se debe acudir a dicho mecanismo, lo que se traducía en que los actos demandados fueron expedidos violando el principio de reserva de ley estatutaria y, como resultado de lo anterior, se desconocieron los artículos 2º, 4º, 7º, 53, 93, 113, 114, 121, 122, 123, 150, 152, 153, 189 (numeral 11º), 209 y 241 de la Constitución Política, así como lo dispuesto en los artículos 6º y 7º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT.

## **(ii) Segundo cargo. De la violación del derecho a la participación y a la consulta previa**

16. En segundo lugar, los accionantes manifestaron que los actos censurados transgreden el derecho al debido proceso en tanto que «*afectan a las comunidades étnicas y les interesan, porque **corresponde a ellas conocer su contenido, previa expedición del acto** y más si lo que se pretendía por el ejecutivo era garantizar el derecho a la consulta previa*».

17. En su sentir, el Presidente de la República vulneró el derecho a la participación cuya protección emana del artículo 79 del texto fundamental «*al imponerles órdenes administrativas reglamentarias que **no les fueron consultadas**, desconociendo el Convenio 169 de la OIT incorporado al ordenamiento interno, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Constitucional, a través de la Ley 21 de 1991, así como los principios 10 y 22 de la Declaración del Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*».

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**II.1. El Presidente de la República**, por conducto de apoderado judicial se opuso a la prosperidad de los cargos de la demanda con fundamento en lo siguiente:



### **(i) Oposición al primer cargo**

18. La entidad accionada manifestó que los actos acusados contienen una «*regulación de orden administrativo interno del Gobierno Nacional*», que «*en modo alguno afecta a tales comunidades*» en tanto que se limitan a definir temas procedimentales al interior del Gobierno Nacional.

19. Destacó que las disposiciones jurídicas producidas en ejercicio de la potestad reglamentaria pueden manifestarse en forma de decretos o resoluciones administrativas. A diferencia de ello, los actos acusados son instrucciones dictadas por el primer mandatario y dirigidas al señor Vicepresidente de la República, a los ministros del despacho, a los directores de departamento administrativo, a los superintendentes y otras autoridades del primer nivel dentro de la administración central nacional, en su condición de «*suprema autoridad administrativa prevista en el artículo 115 Constitucional*» y, como tales, al limitarse a definir aspectos de simple procedimiento y organización al interior del Gobierno Nacional, no tienen la virtualidad de afectar el núcleo esencial del derecho a la consulta previa.

20. La entidad accionada señaló que el Convenio 169 de la OIT, aprobado mediante la Ley 21 de 1991, establece en su artículo 6° una fórmula amplia consistente en que los Estados tienen a su cargo la tarea de definir los procedimientos apropiados los que, a su vez, deben estar diseñados de tal forma que permitan la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales; finalidad que buscó el primer mandatario al expedir esas directivas.

### **(ii) Oposición al segundo cargo**

21. De otro lado, la entidad accionada consideró que no era necesario agotar el procedimiento de consulta previa antes de la expedición de las directivas cuestionadas, pues la Corte Constitucional (C-175 de 2009), en su jurisprudencia, ha explicado que dicho requisito resultaba aplicable a las medidas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, de tal suerte que aquellas medidas de carácter general que afectan en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos, entre ellos, a los miembros de las comunidades indígenas no se encuentran sujetas al deber de consulta previa.

22. Manifestó que el procedimiento de la consulta previa busca la participación de las comunidades indígenas y tribales a fin de que suministren información complementaria y necesaria para la adecuada toma de decisiones del Gobierno Nacional.

23. Reseñó que en aplicación del principio que consagra el efecto útil de las normas, la consulta previa busca la adecuada participación de las comunidades en la formación de las reglas jurídicas susceptibles de afectarlas de manera directa. Sin embargo, dicha regla de interpretación no puede llegar al extremo de entender que



toda clase de producción normativa deba surtir el proceso de consulta previa pues este no es el efecto buscado por el constituyente.

### III. TRÁMITE DEL PROCESO

24. La demanda fue admitida por la Magistrada encargada en ese entonces de la sustanciación del proceso, a través de providencia de 24 de agosto de 2016<sup>5</sup>. En esa misma fecha se corrió traslado de la medida cautelar<sup>6</sup>.

25. El apoderado judicial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República contestó la demanda<sup>7</sup>.

26. Mediante escrito de 16 de junio de 2017<sup>8</sup>, el Magistrado Hernando Sánchez Sánchez manifestó su impedimento para seguir tramitando el proceso, el cual fue resuelto por la Sala de Sección mediante proveído de 17 de noviembre de 2017<sup>9</sup>, en el sentido de declararlo fundado.

27. A través de proveído de 11 de septiembre de 2019, el despacho denegó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos acusados<sup>10</sup> y mediante auto de 14 de abril de 2021, se confirmó la decisión anterior al desatar el recurso de reposición<sup>11</sup>.

28. Mediante auto de 18 de diciembre de 2020<sup>12</sup> se negó la solicitud de acumulación de procesos y, posteriormente, a través de proveído de 5 de marzo de 2021<sup>13</sup>, se rechazó por improcedente la solicitud de desistimiento formulada por el señor Nicolás Mendoza.

29. Más adelante, mediante providencias de 5 de marzo de 2021<sup>14</sup> y de 6 de julio de 2021, el Magistrado ponente fijó fecha y hora para la realización de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA.

30. El día 23 de julio de 2021, se realizó la audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA, en la cual se fijó el litigio, se ordenó tener como pruebas del proceso los documentos allegados por los sujetos procesales y se fijó el término para que las partes presentaran alegatos de conclusión. También se corrió el traslado al agente del Ministerio Público para que emitiera su concepto de fondo.

<sup>5</sup> Expediente Digital. Cuaderno principal. Índice 73. Folios 85 a 88.

<sup>6</sup> Expediente Digital. Cuaderno medidas cautelares. Índice 73. Folio 13.

<sup>7</sup> Expediente Digital. Cuaderno principal. Índice 73. Folios 103 a 108

<sup>8</sup> Expediente Digital. Cuaderno principal. Índice 73. Folios 145 a 146.

<sup>9</sup> Expediente Digital. Cuaderno principal. Índice 73. Folios 152 a 153

<sup>10</sup> Expediente Digital. Cuaderno medidas cautelares. Índice 73. Folios 32 a 57.

<sup>11</sup> Expediente Digital. Cuaderno medidas cautelares. Índice 73. Folios 85 a 100.

<sup>12</sup> Expediente Digital. Índice 56.

<sup>13</sup> Expediente Digital. Índice 61.

<sup>14</sup> Expediente Digital. Índice 61.



31. El día 16 de junio de la presente anualidad, la Sección Primera del Consejo de Estado ordenó conceder prelación de fallo al proceso de la referencia, tras considerar que el presente asunto revestía especial importancia jurídica y social.

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**IV.1. El Presidente de la República<sup>15</sup>**, por conducto de apoderado judicial, presentó su escrito de alegaciones de manera oportuna reiterando, en esencia, cada uno de los argumentos planteados en el escrito de contestación de la demanda.

32. Insistió en que las directivas enjuiciadas, lejos de ser actos administrativos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, son instrucciones dictadas por el primer mandatario en su calidad de suprema autoridad administrativa y, como tales, se limitan a definir aspectos de procedimiento y de organización al interior del Gobierno Nacional en procura de satisfacer la exigencia constitucional de la consulta previa.

33. Reiteró que no era necesario agotar el procedimiento de consulta previa antes de la expedición de las directivas censuradas y añadió que *«aceptar la tesis de la demanda nos llevaría al absurdo de que cualquier regulación interna al interior del gobierno o de cualquier entidad pública, independientemente de su contenido o alcance, debe surtir el procedimiento de consulta previa. Sería un escenario de coadministración que pugna con toda lógica»*.

**IV.2. Los señores Jaime Luis Arias Ramírez, actuando en representación del Pueblo Kankuamo; Zarwawiko Torres Torres, actuando en representación del Pueblo Arhuaco; Arregocés Conchacala Zarabata, actuando en representación del Pueblo Kogui; José Mario Bolívar Malo, actuando en representación del Pueblo Wiwa y Angie Daniela Yepes García, invocando su calidad de apoderada de la parte demandante en representación de Sebastián Senior Serrano<sup>16</sup>** reiteraron los argumentos del libelo introductorio.

34. Argumentaron que el Presidente de la República desbordó los límites de la potestad reglamentaria al regular materias propias del legislador las cuales se encuentran sujetas al principio de reserva de ley estatutaria como ocurre con la regulación integral del derecho a la consulta previa, así como su procedimiento. En apoyo de lo anterior, describieron la forma como cada una de estas directivas se ocupan de regular de manera íntegra dicho derecho.

35. Arguyeron que la directiva 1 de 2010 establece los supuestos en los cuales no se requiere la garantía del derecho a la consulta previa, y define los mecanismos para el desarrollo de dicho proceso, previendo, entre otros aspectos, que los grupos étnicos, en ejercicio de dicho derecho, no pueden vetar el desarrollo de proyectos.

<sup>15</sup> Expediente Digital. Índice 85.

<sup>16</sup> Expediente Digital Índice 86.



36. A su vez, mencionaron la directiva presidencial 10 de 2013 desarrolla cada una de las etapas del proceso de consulta previa, estableciendo aspectos esenciales para el ejercicio del mismo, como ocurre con la definición de los mecanismos a través de los cuales se debe certificar si hay o no presencia de comunidades étnicas, así como la forma y el momento en que se debe llevar a cabo dicho proceso consultivo.

37. Resaltaron, adicionalmente, que la Directiva Presidencial 10 de 2013, al regular la etapa de preconsulta, dispone la forma como debe surtirse el diálogo previo con el propósito de definir la ruta metodológica y los términos en que debe realizarse dicho proceso.

38. Finalmente, describieron que la etapa propiamente de consulta previa desarrolla elementos esenciales del derecho a la consulta. Particularmente, anotaron que *«[...] esta etapa presenta el centro del debate, llegando a la protocolización de los acuerdos a los que se llegó, y pasando por el test de proporcionalidad diseñado para establecer si se lleva a cabo o no el proyecto o la iniciativa normativa cuando no fue posible un acuerdo con las comunidades, desconociendo el propósito mismo de la consulta»*.

39. Así mismo, acotaron que *«la Directiva 10 del 07 de noviembre de 2013, deposita en cabeza del Ministerio del Interior exclusivamente diferentes competencias para determinar las características técnicas que debe tener la documentación de los proyectos, con el fin de establecer un diálogo intercultural con las comunidades que les permita una comprensión completa del proyecto o la medida legislativa o administrativa que se esté consultando. Con esto se está obviando que quienes pueden establecer si los documentos son adecuados o no para su comprensión son las propias comunidades»*.

40. De otro lado, reiteraron que el primer mandatario ha debido agotar el procedimiento de la consulta previa de que trata el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, previo a la expedición de las directivas acusadas, por cuanto se trata de actos administrativos susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas.

**IV.3.** El señor **Camilo Niño Izquierdo**, Secretario Técnico Indígena de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, presentó su escrito de manera extemporánea<sup>17</sup>.

**IV.4.** El **agente del Ministerio Público**, en esta oportunidad procesal, guardó silencio.

<sup>17</sup> Expediente Digital Ver informe secretarial visible en el Índice 88.



## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### V.1. Competencia

41. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política, y teniendo en cuenta lo ordenado en el artículo 149 del CPACA y en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019<sup>18</sup>, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de los procesos de nulidad de los actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional.

### V.2. Los actos demandados objeto de juzgamiento en este proceso

42. En el presente caso se controvierte la legalidad de las directivas presidenciales 1 de 26 de marzo de 2010 y 10 de 7 de noviembre de 2013.

43. La Directiva Presidencial 1 de 26 de marzo de 2010, denominada: «*garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales*», está 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*». Su contenido, por su extensión no se transcribirá (ver folios 2 a 8 del Índice 73 de SAMAI)

44. La Directiva Presidencial 10 de 7 de noviembre de 2013 lleva como título «*guía para la realización de consulta previa*» y está dirigida a «*ministros del despacho y directores de departamento administrativo*». Su contenido será analizado con posterioridad y por su extensión no se transcribirá (consultar folios 9 a 34 del Índice 73 de SAMAI)

### V.3 El problema jurídico

45. En la audiencia inicial celebrada el 23 de julio de 2021, se fijó el litigio en los siguientes términos:

«[...] objeto del presente litigio, de acuerdo con la demanda y la contestación de la misma, especialmente con el concepto de violación y la respuesta que del mismo se hace, consiste en determinar si el Presidente de la República con ocasión de la expedición de las Directivas Presidenciales 01 de 2010 “Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales” y la 10 de 2013 “Guía para la realización de consulta previa”, llegó a quebrantar lo dispuesto en los artículos 2º, 4º, 7º, 29, 53, 79, 93, 113, 114, 121, 122, 123, 150, 152, 153, 189 numeral 11, 209 y 241 de la Constitución Política y los artículos 6º y 7º del Convenio 169 de la OIT ratificado mediante la Ley 21 de 1991, los principios 10 y 11 de la Declaración de Río de Janeiro, en tanto que excedió sus facultades reglamentarias al regular 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, se conculcó el principio a la participación y los derechos

<sup>18</sup> Reglamento Interno del Consejo de Estado.



**RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00**  
**DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y OTROS**

fundamentales al debido proceso y a la consulta previa, pues las citadas Directivas no fueron consultadas a las comunidades étnicas antes de su expedición. (...)

**Primer Cargo: VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA**

1.1. Violación del artículo 2º de la Constitución Política, por cuanto: *“se desconocen los fines esenciales del Estado al vulnerarse el derecho a la consulta previa”*.

1.2. Violación de los artículos 4º, 53 y 93 de la Constitución Política, por cuanto: i) *“se desconoce la norma superior, al pretender con un acto administrativo reglamentar un derecho fundamental, que solo es susceptible de regulación por el Congreso de la República y mediante el trámite de una ley estatutaria”* y ii) *“el Convenio 169 de la OIT ingresó al ordenamiento jurídico por vía de bloque de constitucionalidad estableciendo el derecho a la consulta previa como un derecho fundamental, lo cual implica que no puede ser regulado mediante un acto administrativo sino única y exclusivamente por el Congreso de la República a través de una ley estatutaria”*.

1.3. Violación del artículo 7º de la Constitución Política, por cuanto: *“se desconoce el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, al obviar garantías constitucionalmente otorgadas a las comunidades indígenas y tribales”*.

1.4. Violación de los artículos 114, 150 y 152 de la Constitución Política, en tanto que: *“se están usurpando competencias al poder legislativo, al desconocer que éste tiene la facultad exclusiva de expedir leyes estatutarias a través de un trámite más riguroso”*.

1.5. Violación del artículo 153 Superior, comoquiera que: *“se desconoce el procedimiento apropiado para la reglamentación de los derechos fundamentales”*.

1.6. Violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, toda vez que: i) *“al expedir las directivas no se está desarrollando una norma legal”*.

1.7. Violación del artículo 241 Superior, comoquiera que: *“también se vulneran las facultades otorgadas a la Corte Constitucional, pues, al expedirse el acto administrativo que reglamenta el derecho fundamental, se desconoció el control de constitucionalidad que hace la misma frente a leyes estatutarias que son las destinadas a regular esa materia”*.

**Segundo Cargo: VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, DEBIDO PROCESO, Y RESERVA DE LEY POR DESBORDAMIENTO DE LAS FACULTADES REGLAMENTARIAS DEL EJECUTIVO**

2.1. Violación del artículo 4º de la Constitución Política, por cuanto: *“se está obviando la supremacía constitucional al desconocerse de manera directa y flagrante las determinaciones hechas por el constituyente sobre competencias, facultades y materias prohibidas respecto de la reglamentación de los derechos fundamentales”*.

2.2. Violación del artículo 29 y 79 superior, en tanto que: i) *“se desconoció la garantía constitucional de las comunidades étnicas a ser sujetos de un proceso que haya sido expedido por una autoridad competente, pues un derecho fundamental se protege a través de una ley estatutaria y no de un acto”*



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y  
OTROS

administrativo”, ii) *“el ejecutivo desconoció las facultades que lo habilitan para expedir órdenes reglamentarias y con los actos administrativos traspasó los límites legales y constitucionales”* y iii) *“las directivas acusadas no fueron consultadas a las comunidades étnicas aun cuando se trataba de un asunto que les interesaba”*.

2.3. Violación del artículo 113, 121, 122 y 123 de la Constitución Política, en tanto que: i) *“hay una usurpación de funciones del ejecutivo al legislativo”*, ii) *“el Presidente está ejerciendo funciones por fuera de su marco legal y constitucional”*, iii) *“el Presidente está sujeto a las funciones propias de su cargo, por tanto no podrá, por ello desbordarlas o desconocerlas en ningún momento”*.

2.4. Violación del artículo 152 superior, por cuanto: i) *“violó la reserva de ley estatutaria”*.

2.5. Violación del artículo 189 superior, toda vez que: *“el ejecutivo no está facultado para reglamentar asuntos en materia de ley estatutaria”*.

2.6. Violación del artículo 209 de la Constitución Política, en tanto que: *“el Ministerio del Interior, no puede desempeñar el proceso consultivo con base en una norma viciada de inconstitucionalidad, pues no cumple con los fines esenciales del Estado y afecta el interés general de protección de las comunidades étnicas”*.

2.7. Desconoció el precedente constitucional contenido en la sentencia SU-039 de 1997, *“al haber obviado las disposiciones constitucionales sobre la procedencia de la potestad reglamentaria, y los límites que ésta debe respetar”*.

2.8. *“Desconocimiento del Convenio 169 de la OIT incorporado al ordenamiento jurídico a través del artículo 93 constitucional y protocolizado por la Ley 21 de 1991”*.

2.9. Desconocimiento de los principios 10 y 11 de la Declaración de Río de Janeiro *“en lo referente a la participación”*».

46. Así las cosas, la Sala de Decisión, por razones metodológicas, a continuación resolverá de forma independiente los cargos respecto de cada uno de los actos administrativos demandados.

### **V.3.1. Los cargos en contra de la Directiva 001 de 2010**

47. Antes de entrar a considerar el fondo del asunto, la Sala estima necesario analizar de oficio la eventual configuración del fenómeno de cosa juzgada bajo la óptica de lo resuelto en la sentencia de 24 de noviembre de 2022<sup>19</sup>. En dicha providencia, la Sección Primera del Consejo de Estado resolvió el medio de control de nulidad instaurado por el Consejo Comunitario de la Organización Popular y Campesina del Alto Atrato, por el Foro Interétnico Solidaridad Chocó, por la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", por la Corporación Jurídica Etnias y por el Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, en contra de la Directiva Presidencial 001 de 2010.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Radicación: 11001-03-24-000-2012-00025-00, Demandante: Consejo Comunitario de la Organización Popular y Campesina del Alto Atrato - Cocomopoca y otros.



48. Cabe recordar que la cosa juzgada constituye una de las múltiples garantías que integran el debido proceso -artículo 29 de la Constitución Política-. Esta institución procesal materializa los atributos de intangibilidad e inmutabilidad jurídica a las decisiones judiciales, proporcionando seguridad jurídica, pues garantiza que los conflictos no permanezcan indefinidos en el tiempo al impedir que las controversias que han sido analizadas y debatidas en un juicio anterior sean ventiladas en un proceso posterior.

49. El artículo 189 del CPACA incorpora una regla diferencial sobre los efectos de la cosa juzgada en procesos a cargo de la jurisdicción los cuales varían según se trate de sentencias que declaren la nulidad del acto administrativo frente a aquellas denegatorias de la nulidad, en los siguientes términos:

**«ARTÍCULO 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.** La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero solo en relación con la *causa petendi* juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos *erga omnes* solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen [...]».

(Destacado de la Sala)

50. De acuerdo con lo anterior, la sentencia que declara la nulidad produce efectos *erga omnes* absolutos, por lo que no es posible analizar nuevamente la legalidad del acto administrativo. A su vez, si se trata de una sentencia denegatoria de las pretensiones, el efecto de la cosa juzgada se proyecta solo en relación con la causa *petendi* juzgada, lo que a la postre se traduce en que resulta posible reabrir el debate sobre la legalidad del mismo acto por unos motivos o causa diferente a aquella que dio lugar a la sentencia previa.

51. El Código General del Proceso, en su artículo 303 señala que:

«[...] **Artículo 303. Cosa juzgada.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes [...]».

52. Cabe señalar que por construcción jurisprudencial<sup>20</sup> y doctrinal<sup>21</sup> se ha señalado que la cosa juzgada debe reunir los siguientes requisitos:

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado: 52001-23-31-000-2010-00514-01, radicado: 52001-23-31-000-2010-00514-01 (51279), actor: Wilson Tenorio Preciado y Otro, demandado: Nación - Ministerio De Defensa - Policía Nacional, MP: Guillermo Sánchez Luque: «Con esa perspectiva el artículo 97 CPC hoy 92 CGP prescribe como excepción la cosa juzgada, cuya decisión es ineludible para el juez que conozca del nuevo proceso -art. 170 CCA, hoy 187 CPACA. El objeto como uno de los elementos que configura la cosa juzgada se refiere a la relación jurídica sustancial o el derecho que decide una sentencia. Así, se verificará la identidad de objeto, si lo decidido en una providencia ejecutoriada coincide con el derecho o la pretensión que se presenta en una nueva demanda -petitum. A su vez, la causa de pedir se refiere al hecho jurídico que sustenta la pretensión, es decir, la razón o motivo por el que se pide -causa petendi. De allí que habrá identidad de causa si los supuestos de hecho que llevaron a la adopción de una providencia ejecutoriada y los que se exponen en una nueva demanda son en esencia los mismos. La identidad de partes se presenta si los sujetos, que comparecieron a nombre propio o representados en un proceso decidido con una providencia ejecutoriada, vuelven a un nuevo proceso bien sea en calidad de demandantes o de demandados». Puede consultarse, igualmente, el radicado 1998-90201-01, sentencia de 11 de octubre de 2006, CP: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

<sup>21</sup> Hernán Fabio López Blanco, Código General del Proceso, 2013, Tomo 1.



(i) Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia dictada.

(ii) Que ese nuevo proceso sea entre unas mismas partes. Ahora bien, debe aclararse que dicho requisito no aplica con el mismo rigor tratándose de procesos de naturaleza pública como ocurre con el mecanismo de control de simple nulidad, en tanto que el mismo fue instituido por el legislador con el fin de servir de instrumento para velar por la defensa y el respeto del ordenamiento jurídico, el principio de jerarquía normativa, y de legalidad, por lo que puede ser ejercitado en cualquier tiempo y por cualquier persona.

(iii) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, el cual se encuentra definido «[...] tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia (*petitum*), como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte resolutive de la respectiva sentencia con respecto al *petitum*<sup>22</sup>». En este sentido, habrá identidad de objeto si lo decidido en la sentencia ejecutoriada coincide con el *petitum* de la nueva demanda<sup>23</sup>.

(iv) Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior. Conforme lo dicho por la jurisprudencia «[...] la *causa petendi* o *causa de pedir*, las mismas fuentes señalan que ésta hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez. Es así como la *causa petendi* contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico, constituido no sólo por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados sino, también, por el específico proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación. En suma, es posible afirmar que la *causa petendi* es aquel grupo de hechos jurídicamente calificados de los cuales se busca extraer una concreta consecuencia jurídica<sup>24</sup>». La *causa petendi*, en procesos de simple nulidad, aparece integrado por las normas que se consideran infringidas y el concepto de violación<sup>25</sup>.

53. Dicho lo anterior, debe la Sala entrar a analizar si, en el presente caso, concurren los requisitos antes mencionados para declarar, de oficio, la excepción de cosa juzgada:

<sup>22</sup> T – 162 de 1998.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de noviembre de 2011, radicado: 52001-23-31-000-2010-00514-01 (51279), actor: Wilson Tenorio Preciado y otro, demandado: Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional, MP: Guillermo Sánchez Luque.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 4 de febrero de 2016, radicado: 11001-03-27-000-2011-00009-00 (18722), actor: CARLOS GUSTAVO RAMIREZ TARAZONA, demandado: DIAN, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
**DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y OTROS**

ACCIÓN	NULIDAD (ARTÍCULO 84 DEL CCA) (PROCESO PREVIO)	NULIDAD (ARTÍCULO 137 DEL CPACA)
<b>EXPEDIENTE</b>	11001-03-24-000-2012-00025-00	11001-03-24-000-2016-00164-00
<b>DEMANDANTES</b>	Consejo Comunitario de la Organización Popular y Campesina del Alto Atrato – Cocomopoca y otros.	Gobernador del Cabildo Indígena del Pueblo Kankuamo y otros
<b>DEMANDADOS</b>	Presidente de la República	Presidente de la República
<b>OBJETO – CAUSA DEL PROCESO</b>	<u>La directiva presidencial 1 de 26 de marzo de 2010.</u>	<u>Las directivas presidenciales 1 de 26 de marzo de 2010</u> y 10 de 7 de noviembre de 2013
<b>NORMAS VIOLADAS</b>	Las normas invocadas como transgredidas fueron las siguientes: los artículos 2°, 4°, 7°, 8°, 29°, 40 (numeral 2), 93° y 330 (parágrafo) de la Constitución Política, así como los artículos 2°, 3°, 6°, 7° y 8° del <b>Convenio 169 de 1989 de la OIT aprobado mediante la ley 21 de 1991.</b>	Las normas invocadas como transgredidas son las siguientes: los artículos 2°, 4°, 7°, 29, 53, 79, 93, 113, 114, 121, 122, 123, 150, 152, 153, 189 numeral 11, 209 y 241 de la Constitución Política, los artículos 6° y 7° del <b>Convenio 169 de la OIT aprobado mediante la Ley 21 de 1991</b> y los principios 10 y 11 de la Declaración de Río de Janeiro.
<b>CONCEPTO DE VIOLACIÓN</b>	<p>Fundamenta la transgresión de las anteriores disposiciones normativas en los siguientes argumentos:</p> <p>(i) «[...] los asuntos allí reglados gozan del principio de reserva de ley estatutaria, en tanto «regulan aspectos medulares de la naturaleza, alcance y aplicación del derecho fundamental a la consulta previa».</p> <p>(ii) «[...] no surtió el procedimiento de consulta previa y, por ende, se expidió de forma irregular [...]».</p> <p>(iii) «[...] el contenido de la Directiva Presidencial controvierte estándares internacionales relativos</p>	<p>El actor justificó el concepto de violación en dos cargos esenciales:</p> <p>(i) El primer mandatario excedió la facultad reglamentaria al regular el ejercicio del derecho a la consulta previa de los grupos étnicos, asunto que se encuentra sujeto al principio de reserva de ley estatutaria y,</p> <p>(ii) Se conculcó derecho fundamental al debido proceso, por cuanto las directivas acusadas no fueron consultadas por el Presidente antes de su expedición.</p>



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y  
OTROS

	<p>a la naturaleza, esencia y alcance del derecho fundamental a la Consulta Previa» pues</p> <p>(a) «[...] «excluye la noción de Consentimiento Previo, Libre e Informado» utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el Relator Especial de la ONU sobre Pueblos Indígenas, por el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial y por la Corte Constitucional;</p> <p>(b) «[...] el Estado es el responsable de financiar y adelantar los procesos de consulta previa, y no los titulares de los proyectos o programas;</p> <p>(c) «[E]l momento en que se realiza la consulta previa según lo dispuesto en la Directiva Presidencial 001 desconoce la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Constitucional» y,</p> <p>(d) «[...] fija etapas expresas para adelantar el proceso de consulta previa, a pesar de que ello «desconoce los usos y costumbres comunitarios, los cuales se extienden a modos propios de deliberación, análisis interno y toma de decisiones».</p>	
<p><b>DECISIONES</b></p>	<p>«RESUELVE: [...] <b>TERCERO: INHIBIRSE</b> para decidir de fondo sobre la legalidad de los apartes de la Directiva Presidencial 001 de 2010 que no generaron efectos reglamentarios, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.</p> <p><b>CUARTO: DECLARAR</b> la nulidad de los capítulos 2 y 3 de la Directiva Presidencial 001 de 2010, así como del segundo párrafo del capítulo 4 y de las reglas b), c) y d) del capítulo 5 del mismo acto administrativo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia».</p>	



54. En el presente caso, esta Sala de Sección, mediante sentencia de 24 de noviembre de 2022, declaró la nulidad de los capítulos 2 y 3 de la directiva presidencial 1 de 2010, así como del segundo párrafo del capítulo 4 y de las reglas b), c) y d) del capítulo 5 del mismo acto administrativo.

55. Para arribar a tal determinación, esta Sección consideró que los citados apartes normativos fueron expedidos por el Presidente de la República con claro desbordamiento de la potestad reglamentaria, en la medida de que se ocupó de regular materias del resorte exclusivo del legislador, a través de una ley estatutaria, por tratarse del ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa.

56. La Sala también encontró que el primer mandatario omitió el deber de agotar el mecanismo de consulta previsto en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, como requisito previo y concomitante a la expedición de la citada directiva, por cuanto regula materias susceptibles de afectar directamente a las comunidades a la luz de los criterios expuestos tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Precisamente, la referida sentencia arribó a las siguientes conclusiones que se transcriben:

«[...] **VI.3.4.1. Del análisis del primer cargo** 136. En su primer reparo, los demandantes afirmaron que la Directiva Presidencial 001 incurre en la causal de falta de competencia y transgrede los artículos 2°, 7° y 152 de la Constitución Política, porque los asuntos allí reglados gozan del principio de reserva de ley estatutaria, en tanto *«regulan aspectos medulares de la naturaleza, alcance y aplicación del derecho fundamental a la consulta previa»*.

[...]

160. Por el contrario, el capítulo 3°, el segundo párrafo del capítulo 4° y las reglas b), c) y d) del capítulo 5 de la Directiva Presidencial 001, desconocen los acuerdos previstos en el Convenio 169, **porque establecen limitaciones a ese derecho no previstas en la Ley 21 y señalan la forma en que se materializaran los resultados de la consulta; aspectos claramente relacionados con el núcleo fundamental de ese derecho.**

162. El capítulo 3° delimita el núcleo central del derecho fundamental a la consulta previa al enlistar las acciones que **no** tendrán que surtir ese requisito constitucional y legal, aun cuando ninguna norma de nuestro ordenamiento superior señala las fronteras, prohibiciones o restricciones a que alude la Directiva Presidencial 001 en ese apartado.

[...]

163. A su vez, el párrafo segundo del capítulo 4 y las reglas b), c) y d) del capítulo 5 de la Directiva 001 enuncian los efectos y el contenido de las prerrogativas derivadas del derecho fundamental a la consulta previa, tal como puede observarse a continuación [...]

164. **Todos estos asuntos deben regularse a través de una ley estatutaria, en la medida en que la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT aprobado por la Ley 21 no regularon estas materias.**



165. Ello significa que le asiste parcialmente la razón a la parte actora, en tanto el capítulo 3, el segundo párrafo del capítulo 4 y las reglas b), c) y d) del capítulo 5 de la Directiva 001 de 2010 incurren en la causal de falta de competencia y transgreden lo dispuesto en los artículos 2°, 7° y 152 de la Constitución Política.

[...] **VI.3.4.2. Del análisis del segundo cargo [...]**

176. Con base en lo anterior, **resulta incuestionable que los capítulos 2 y 3 de la Directiva 001, así como el segundo párrafo del capítulo 4 y la reglas b), c) y d) del capítulo 5 del mismo acto, afectan directamente a las comunidades étnicas por las siguientes razones:**

(i) Las medidas adoptadas en esos apartados hacen parte del ámbito de materias previstas tanto en el Convenio 169 de la OIT, como en el artículo 330 de la Constitución. De hecho, contienen disposiciones de gran interés y significado para ellas porque conciernen a su derecho fundamental a ser consultadas. Es decir que esos apartados desarrollan de forma importante los contenidos del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT; (ii) El objeto principal de la regulación son los grupos étnicos de nuestro país. Tales órdenes presidenciales tienen mayores efectos en estas que en el resto de la población, aun cuando también definen aspectos comportamentales de los titulares de las políticas, programas y proyectos que las afecten directamente; (iii) El tema allí abordado interfiere en las instancias participativas de tales comunidades, por lo que modifica su situación o posición jurídica al imponer restricciones sobre el particular. En efecto, se regularon materias respecto de las cuales estos pueblos cuentan con titularidad especial de derechos.

177. Se sigue de lo anterior que los apartes antes citados de la Directiva Presidencial 001 de 2010 **responden a la naturaleza de actos administrativos reglamentarios que debieron ser consultados antes de su expedición, puesto que crearon una situación jurídica que vincula a todos los grupos minoritarios del país [...]**».

57. Si bien es cierto que en el proceso de la referencia se citaron otras disposiciones como vulneradas, tal es el caso de los artículos 53, 79, 113, 114, 121, 122, 123, 150, 152, 153, 189 numeral 11, 209 y 241 de la Constitución Política, también lo es que el fundamento y los argumentos de su presunta trasgresión resultan ser los mismos, esto es, «[...] que los asuntos allí reglados gozan del principio de reserva de ley estatutaria, en tanto «regulan aspectos medulares de la naturaleza, alcance y aplicación del derecho fundamental a la consulta previa» y (ii) «[...] no surtió el procedimiento de consulta previa y, por ende, se expidió de forma irregular, con desconocimiento del debido proceso [...]».

58. En consecuencia, la Sala deberá estarse a lo resuelto en esa sentencia, pues frente a los capítulos 2 y 3 de la directiva presidencial 1 de 2010, así como el segundo párrafo del capítulo 4 y de las reglas b), c) y d) del capítulo 5 del mismo acto administrativo, preceptos normativos que fueron declarados nulos operó la cosa juzgada absoluta. Además de ello, y frente a las demás disposiciones contenidas en el citado acto, la Sala se inhibió para decidir de fondo sobre su legalidad, al considerar que no generaron efectos reglamentarios de carácter general.



59. En efecto, y en lo que aquí interesa, el mencionado fallo, al referirse a «*los mecanismos que deben ser utilizados en los procesos de Consulta Previa*» [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 y, g) cierre del proceso de consulta previa, discurrió en el siguiente sentido:

«[...] Frente a las anteriores directrices, la Sala observa que el primer párrafo del capítulo 4 y los literales a), b), c), d), g) (segundo inciso) y e) del mismo capítulo, establecieron instrucciones informativas y confirmatorias que exclusivamente afectan el funcionamiento interno del poder ejecutivo en cuanto a las pautas que debe vigilar en cada caso.

93. Nótese especialmente que, según el literal a) del capítulo 4°, las fases del proceso de consulta previa «*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*». De manera que esa directriz no es imperativa y tampoco afecta de forma obligatoria los componentes del proceso de la consulta, es decir que no produce efectos reglamentarios de carácter general».

60. Por ende, esta Sala de Decisión se enfocará en el estudio de legalidad de la directiva 10 de 7 de noviembre de 2013.

### **V.3.2. Los cargos en contra de la Directiva 10 de 2013**

61. Definido lo anterior, la Sala entrará a analizar los reparos concretos de nulidad formulados por los actores en contra de la directiva presidencial 10 de 7 de noviembre de 2013 expuestos en la demanda, esto es:

i) Si la Directiva 10 transgredió los principios de legalidad, al debido proceso y a la reserva de ley y quebrantó los artículos 4°, 29, 79, 113, 121, 122, 123, 152, 153, 189 (numeral 11°) y 209 de la Constitución Política y los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT, por cuanto el Ejecutivo desbordó sus facultades reglamentarias y,

ii) Si la Directiva 10 vulneró el derecho fundamental a la consulta previa y el derecho a la participación.

62. Sin embargo, antes de resolver estos cuestionamientos sustanciales, es necesario determinar si la Directiva Presidencial 10 es una regulación general y abierta de orden administrativo interno que, en modo alguno, afecta a los grupos étnicos.

### **A. Cuestión preliminar sobre la naturaleza jurídica de la Directiva Presidencial 10 de 2013 y su control jurisdiccional**

63. La parte demandada sostiene que la Directiva Presidencial 10 de 7 de noviembre de 2013 no es un acto administrativo de naturaleza reglamentaria, sino una «*regulación de orden administrativo interno del Gobierno Nacional*», que «*en modo*



*alguno afecta a tales comunidades»*, en tanto que se limita a definir aspectos de simple procedimiento al interior del Gobierno Nacional y, además, fue dictada por el Presidente de la República en su condición de «*suprema autoridad administrativa prevista en el artículo 115 Constitucional*».

64. Frente a lo afirmado por el extremo pasivo, es preciso poner de relieve que la potestad reglamentaria no se reduce, como parece sugerirlo la parte demandante, a la expedición de decretos y resoluciones. Por el contrario, el numeral 11 del artículo 189 superior encomendó al Presidente de la República la competencia de expedir los decretos, las resoluciones y las **órdenes** necesarias para la cumplida ejecución de las leyes<sup>26</sup>. Ello se traduce en que el ejercicio de la potestad reglamentaria se relaciona con los efectos materiales de la manifestación de la voluntad del Ejecutivo, y no con los aspectos formales asociados a la denominación del acto.

65. Al respecto, esta Corporación ha sostenido reiteradamente lo siguiente:

«[...] 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 legislador**<sup>27</sup>. 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 ella<sup>28</sup>. 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.** [...]»<sup>29</sup> (negritas de la Sala)

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de octubre de 1911.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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: 34144, actor: Emerson Vicente Solórzano Riaño, demandado: Nación- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, referencia: acción de nulidad-fallo.



66. También ha insistido en que: «*si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales*»<sup>30</sup>.

67. Siguiendo esta tesis jurídica, en las sentencias de 27 de octubre de 2011<sup>31</sup> y de 12 de marzo de 2015<sup>32</sup>, esta Corporación judicial declaró la nulidad de algunas directivas presidenciales que contenían órdenes imperativas de naturaleza reglamentaria que transgredían el ordenamiento jurídico superior. Aunado a ello, en las sentencias de 27 de mayo de 2009<sup>33</sup> y de 26 de febrero de 2004<sup>34</sup>, se reiteró que ciertas *directivas presidenciales* son actos administrativos reglamentarios que deben respetar el contenido de la ley que buscan desarrollar.

68. Entonces es claro que las directivas presidenciales que contienen órdenes tendientes a permitir la cumplida ejecución de las leyes son actos administrativos definitivos pasibles de control jurisdiccional, en tanto se adecúan a la descripción que de ellas se hace en el artículo 12 de Ley 153 de 1887<sup>35</sup>, norma del siguiente tenor:

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

69. Sin embargo, como lo señala la entidad demandada, también es una realidad que, en ciertas ocasiones, el Presidente de la República, en su condición de suprema autoridad administrativa, profiere directivas que contienen lineamientos y sugerencias internas tendientes a promover el cumplimiento de la ley por parte de las entidades que integran el poder ejecutivo, las cuales no comportan una naturaleza reglamentaria, sino que «informan» o «confirman» el contenido del ordenamiento superior.

70. Este segundo tipo de directrices presidenciales emanan de la competencia enunciada por el numeral 10 del artículo 189 superior, conforme a la cual el presidente es responsable de «*promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*».

<sup>30</sup> Consejo de Estado, auto de abril 23 de 1975.

<sup>31</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Radicación número 11001-03-26-000-2007-00040-00(34144)

<sup>32</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E), Radicación número: 11000-03-26-000-2009-00041-00(36760)

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00041-00(36760), Actor: SAMUEL URUETA ROJAS

<sup>34</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejero ponente: DARIO QUIÑONES PINILLA, Radicación número: 11001-03-28-000-2003-0024-01(3132), Actor: JOSÉ CASTELAR MENDOZA GUERRA

<sup>35</sup> 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.



71. Sobre el particular, en la sentencia de 5 de agosto de 1993, la Sección Segunda del Consejo de Estado explicó lo siguiente:

«[...] la Corporación, de modo reiterado ha manifestado, que tales pronunciamientos deben acatarse como **normas de conducta, pero que en ningún caso tienen el alcance y firmeza de una disposición legal**, pues se trata de **recomendaciones y orientaciones sobre determinados aspectos de manejo de personal que los gobiernos de los distintos órdenes consideran oportuno formular**, pero que no pueden tener efecto para enervar la facultad discrecional de las autoridades administrativas [...]»<sup>36</sup>. (negrillas de la Sala)

72. En el mismo sentido, en el pronunciamiento de 3 de agosto de 2020, esta Corporación reconoció que ciertas directivas presidenciales no cuentan con la virtualidad de afectar el proceso externo objeto de la instrucción, por las siguientes razones:

«[...] 60.- La Sala considera que, **al margen de la naturaleza jurídica y del carácter vinculante de estas Directivas Presidenciales estas tienen como destinatarias a las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional en el nivel central y descentralizado y su inobservancia no configura la causal de anulación** del laudo arbitral relativa a <<No haberse constituido el tribunal en forma legal>>, establecida por el numeral 3 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en la medida que esas reglas, **como lo indica su texto, pretenden dar instrucciones a las entidades públicas sobre el procedimiento interno que deben llevar a cabo para la designación de árbitros, pero no tienen la virtualidad de afectar el proceso de integración del Tribunal que es un proceso externo a la entidad**, que se realiza con la contraparte, quien no está vinculada al mismo, y que también tiene efecto en relación con los árbitros designados, **igualmente ajenos al procedimiento mediante el cual internamente cada parte realizó su escogencia**. Es claro que estas **instrucciones están dirigidas a las entidades públicas ya indicadas, y por lo tanto no puede exigírsele a los particulares la carga de cumplirlas**<sup>37</sup>. [...]» (negrillas de la Sala)

73. Por todo lo anterior, para distinguir las instrucciones presidenciales a que se refieren los numerales 10 y 11 del artículo 189 superior, el Constituyente utilizó los conceptos de «órdenes» y «potestad reglamentaria», con miras a identificar cuáles son las decisiones obligatorias del primer mandatario de la Nación dirigidas a lograr la reglamentación o ejecución de las leyes.

74. De suma importancia para esta controversia resulta este último aspecto, en la medida en que:

«[...] [L]os actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración **dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales de carácter abstracto e impersonal o de**

<sup>36</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejera ponente: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, Santafé de Bogotá D.C., agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y tres (1993), Radicación número: 5991, Actor: ALFONSO CAMELO CASTRO

<sup>37</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-26-000-2019-00078-00(63973), Actor: EQUION ENERGÍA LIMITED - SANTIAGO OIL COMPANY



**carácter particular y concreto respecto de una o varias personas determinadas o determinables.**

El medio de control de nulidad (...) se ha de dirigir contra los actos administrativos definitivos y no contra aquellos de impulso de un procedimiento, de trámite o de mera ejecución.

Es decir, los actos preparatorios, de simple ejecución y los de trámite, no son demandables mediante este tipo de acciones, **ya que solo los actos definitivos pueden ser demandados, o sea aquellos que resuelven de fondo la cuestión planteada ante la Administración**<sup>38</sup>. [...]» (negritas de la Sala)

75. Siendo ello así, para la Sala resulta pertinente distinguir entre la decisión presidencial que simplemente transmite, constata o describe una regla jurídica preexistente para obedecer y velar por el cumplimiento de la ley en el interior del Gobierno nacional, de aquellas órdenes presidenciales que buscan provocar consecuencias reglamentarias externas al funcionamiento del mismo<sup>39</sup>.

76. Precisamente, en la sentencia de abril 20 de 1983, la Sección Segunda del Consejo de Estado advirtió lo siguiente:

«[...] Una Circular de un funcionario Administrativo, **así como puede contener un simple concepto o una recomendación**, por ejemplo, o sea que no es una manifestación de la voluntad dirigida a producir efectos de derecho, **es posible que contenga una decisión que se pretende sea acatada por las personas a quienes va dirigida**. En el primer caso, que la coloca al margen de la categoría de los actos jurídicos, no es objeto de conocimiento por esta jurisdicción, ni por ninguna otra; en el segundo sí, puesto que constituye un acto decisorio de la Administración [...]»<sup>40</sup> (negritas de la Sala)

77. Del anterior extracto jurisprudencial es posible deducir que las medidas «informativas» y «confirmativas» que dicta el Presidente de la República para obedecer las leyes y velar por su estricto cumplimiento, en los términos del numeral 10 del artículo 189 superior, se encuentran por fuera de la categoría de orden reglamentaria definitiva, por cuanto esa tipología de instrucciones en sí mismas no están transformando la realidad jurídica, pues solo: i) reproducen los efectos previstos en un acto jurídico precedente; ii) recuerdan el contenido preexistente de la Ley; iii) reiteran a nivel interno lo ya decidió en otra norma superior, o iv) constatan la existencia de un hecho, de un acto jurídico o de un derecho vigente.

78. Por el contrario, el segundo tipo de manifestaciones imperativas se catalogan como actos administrativos reglamentarios porque tienen la intención de generar efectos jurídicos definitivos para los administrados en cuanto a la forma en que se ejecutan las leyes.

79. Así las cosas, se colige que no toda directiva presidencial tiene naturaleza reglamentaria. Sin embargo, independientemente de su denominación, los

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, decisión del 17 de noviembre de 2017, proceso No. 63001-23-33-000-2016-00354-01, M. P. María Elizabeth García González.

<sup>39</sup> PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général*, Paris: LexisNexis, 2016, pp. 925 y ss.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de abril 20 de 1983, Exp. 6273, C.P. Joaquín Vanín Tello.



decretos, resoluciones, directivas presidenciales o las circulares que contengan órdenes del primer mandatario de la Nación, proferidas en ejercicio de su potestad reglamentaria, claramente son susceptibles de control judicial en tanto que, dado su carácter decisorio, producen, por sí mismas, efectos jurídicos generales y externos.

80. En razón de dicha distinción resulta pertinente estudiar el contenido de la Directiva 10 de 2013, a efectos de determinar si el acto es o no enjuiciable, siempre que se configuren las exigencias puestas de presente en este proveído.

81. Con tal propósito, es pertinente partir de la premisa consistente en que la Directiva 10 de 2013 contiene la "Guía para la realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas", documento que expresamente señala que *«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»*.

82. También la directiva explica que *«este protocolo 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»*.

83. Para ello, el Presidente subdividió el contenido de sus instrucciones en cinco etapas, a saber: (i) certificación presencia comunidades, (ii) coordinación y preparación, (iii) preconsulta, (iv) consulta previa y (v) seguimiento de acuerdos.

84. Ahora bien, de la lectura integral de esas etapas se deduce que algunos apartes constituyen lineamientos internos de naturaleza «informativa» y «confirmativa», encaminados a señalar la forma en que el ejecutivo debe obedecer las leyes y reglamentos vigentes al momento de la expedición del acto. Mientras que otros apartes constituyen «órdenes» del Presidente de la República que no solo afectan el comportamiento interno del ejecutivo, sino que están reglamentando el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa a nivel general, al delimitar el contenido de ese derecho fundamental y establecer criterios sobre su ejercicio.

85. En ese orden, a continuación, la Sala individualizará la naturaleza de las instrucciones dadas en cada una de las etapas:

**i) Etapa 1 «Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa»**

86. Este primer apartado señala que el objeto de actuación de la administración es *«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».*

87. Posteriormente, la Guía enlista 3 deberes a cargo de la Dirección de Consulta Previa, a saber:

[...]1. La DCP debe **recibir la solicitud de certificación** según los requisitos que se especifican en el formato aprobado por el Sistema de Gestión Institucional SIGI (formato de solicitud de certificación de presencia o no de comunidades étnicas) y publicado en el portal web del Ministerio del Interior.

2. La DCP debe **realizar las acciones adecuadas para constatar si hay presencia de comunidades étnicas** en el área de influencia del proyecto a ejecutarse. Específicamente, **debe evaluarse si el proyecto se pretende realizar en:**

- **Territorios titulados a comunidades étnicas de manera colectiva.**
- **Territorios destinados a comunidades étnicas de manera colectiva, pero que aún no figuran como formalmente titulados. Para obtener esta información es necesario consultar con el NCODER y el Supernotariado.**
- **De ser posible, territorios baldíos donde habitan comunidades étnicas**
- **Resguardos coloniales que conservarán esta condición según el Plan Nacional de Desarrollo.**

3. **La DCP debe certificar la presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto, obra o actividad.** Cuando la DCP considere que es necesario tener certeza sobre los límites espaciales, colindancias y proximidad del área solicitada en relación con territorios que registren presencia de comunidades étnicas, se realizará una visita de verificación en la que se tendrán en cuenta los criterios trazados por la Corte Constitucional. [...]

88. Acto seguido, el documento menciona que esa certificación cuenta con 8 pasos antes de su expedición. El primer paso es la recepción y análisis del contenido de la solicitud de certificación, momento en el que la DCP evalúa lo siguiente:

[...] **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. [...]

89. El segundo paso es la consulta en la base de datos de la Dirección, actividad que cuenta con los siguientes lineamientos:

[...]- 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. [...]

90. El paso 3 es la verificación en campo que se rige por las siguientes instrucciones:

[...]- 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.



**RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00**  
**DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y OTROS**

91. El paso 4 se refiere a la verificación de posible incidencia en territorios que no tienen asentamientos permanentes, para lo cual se explicó lo siguiente:

[...] 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. [...]

92. El paso 5 consiste en determinar si es necesario realizar la consulta, así:

[...] 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. [...]

93. El paso 6 refiere a las labores de proyección y expedición de la certificación de presencia o no de comunidades étnicas, para lo cual se determinó lo siguiente:

[...] 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. [...]

94. Finalmente, el último plazo señala que, en caso de ser procedente, el recurso de reposición se resolverá «según el procedimiento y el plazo previsto en la legislación vigente» y, además:

[...] 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:



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y  
OTROS

- 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» [...] (se destaca)

95. Como puede apreciarse, las instrucciones incorporadas en la «*etapa 1*» de la Guía son lineamientos que, en principio, se desprenden directamente de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1320 de 1998<sup>41</sup>, conforme al cual se tiene que:

[...] **Artículo 3º. Identificación de comunidades indígenas y negras.** Cuando **el proyecto, obra o actividad** se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, **le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica.** El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido. Las anteriores entidades, expedirán dicha certificación dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto obra o actividad, la cual contendrá:

A Identificación del interesado:

- a) Fecha de la solicitud;
- b) Breve descripción del proyecto, obra o actividad;
- c) Identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss. [...]

96. También responde a lo señalado en los numerales 4 y 5 del artículo 16 del Decreto – Ley 2893 de 2011, esto es:

[...] ARTÍCULO 16. Funciones de la Dirección de Consulta Previa. Son funciones de la Dirección de Consulta Previa, las siguientes: [...]

4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.

5. Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos [...]

97. Ello quiere decir que la mayoría de las instrucciones dispuestas en esta etapa son de naturaleza informativa y confirmativa pues la Guía explicó la forma cómo la Dirección de Consulta Previa internamente debía ejercer las funciones encomendadas por una norma superior, sin exceder aquel marco legal y reglamentario.

98. En ese orden, los lineamientos de gestión, de logística y de administración que la Dirección de Consulta Previa aplica en la etapa 1 de los procesos de consulta no

<sup>41</sup> «Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio».



son pasibles de control jurisdiccional por cuanto el Presidente de la República ni siquiera estaba ejerciendo materialmente la potestad reglamentaria.

99. Aun así, la Sala encuentra que la Guía contiene dos (2) instrucciones que van más allá de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1320 y en artículo 16 del Decreto – Ley 2893 convirtiéndose en verdaderas normas reglamentarias.

100. En primer lugar, se advierte que el deber relacionado con «*realizar las acciones adecuadas para constatar si hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto a ejecutarse*», establece una lista taxativa de criterios territoriales que incluye: (i) «*territorios titulados a comunidades étnicas de manera colectiva*», (ii) «*territorios destinados a comunidades étnicas de manera colectiva, pero que aún no figuran como formalmente titulados*», (iii) «*territorios baldíos donde habitan comunidades étnicas*» y (iv) «*resguardos coloniales que conservarán esta condición según el Plan Nacional de Desarrollo*». Sin embargo, esta enunciación instituye criterios distintos a los dispuestos en el artículo 2<sup>42</sup> Decreto 1320 y tampoco responde al concepto de territorio previsto en el Convenio 169 de la OIT.

101. En segundo lugar, el primer paso de la etapa 1 determina los momentos específicos cuando los administrados deben solicitar la respectiva certificación, escenario que tampoco fue reglado por el Decreto 1320 y que no solo reglamenta la conducta de terceros (los interesados en los POA) sino que afecta a las comunidades indígenas, pues a partir de ese momento se hace exigible la verificación de un deber de cual depende el ejercicio de un derecho.

102. En consecuencia, solamente el segundo deber y el primer paso de la etapa primera son pasibles de control jurisdiccional en los apartes mencionados.

## ii) Etapa 2 «Coordinación y Preparación»

103. El objeto de esta segunda etapa es «*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*», para lo cual se establecen los siguientes parámetros:

[...] - 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.**

<sup>42</sup> Artículo 2°. Determinación de territorio. La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo.



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[...].

104. Del anterior extracto, la Sala encuentra que la etapa 2 incorpora una serie de lineamientos internos encaminados a convocar y garantizar la participación de las distintas entidades con competencias conexas en la materia. Pero, además dos instrucciones son de naturaleza reglamentaria porque versan sobre: (i) el consentimiento previo libre informado; (ii) la forma en que se realiza la convocatoria del ejecutor del proyecto y los grupos étnicos, y (iii) sobre cuáles son las consecuencias de la inasistencia por parte de los representantes o el ejecutor del proyecto. Esto es, los siguientes apartados:

[...]Objeto (...)

**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. (...)

#### **Procedimiento para las Convocatorias**

[...] • 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[...].

105. Todo lo demás guarda relación con simples pautas que afectan estrictamente el funcionamiento interno del poder ejecutivo sin incidir en los elementos



estructurales del derecho fundamental a la consulta previa y los mecanismos para su protección.

### iii) Etapa 3 «Preconsulta»

106. La Guía señala que el objeto de la etapa 3 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*». También establece los siguientes deberes:

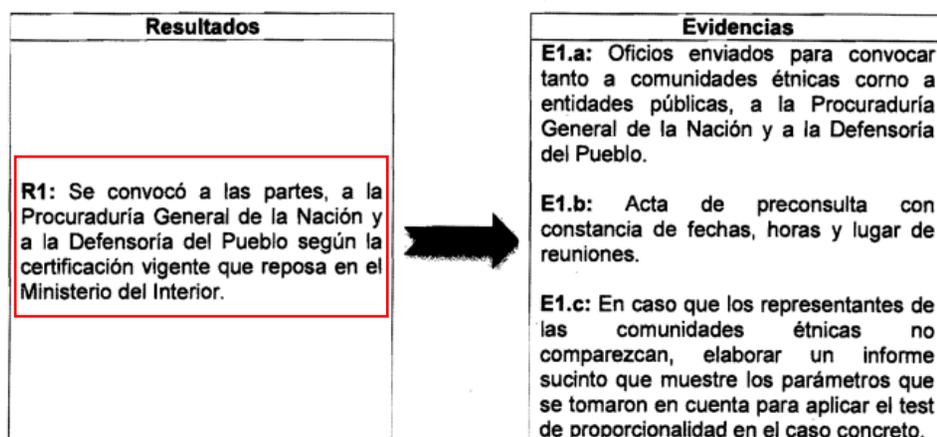
- [...] 1. La DCP debe convocar a los representantes de las comunidades étnicas, al ejecutor, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, a través de todos los medios que estén a su disposición.
2. La DCP debe presentar a las comunidades el marco jurídico de la consulta previa. La información debe incluir qué es la consulta previa, cuál es su fundamento normativo en Colombia, y que derechos y obligaciones implica. La información que se brinde debe ser completa y clara.
3. La DCP debe garantizar el espacio para que las comunidades expresen sus inquietudes frente al marco jurídico expuesto.
4. La DCP debe garantizar el espacio para que el ejecutor responda las preguntas y comentarios expresados por las comunidades en relación a lo que se exponga sobre el POA.
5. **El ejecutor debe presentar el POA a las comunidades étnicas.**
6. La DCP debe garantizar la gestión oportuna y transparente de información suficiente. [...]

107. Posteriormente enlista los siguientes pasos:

[...] 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



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y  
OTROS

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. [...]**».

108. Teniendo en cuenta esta cita textual, la Sala advierte que la etapa 3 en su primer componente incorpora unos deberes de la Dirección de Consulta Previa que respetan y responden al marco de competencias previsto en el artículo 16 del Decreto – Ley 2893 de 2011, a saber:

[...]1. Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley.

6. Verificar, antes del inicio de cualquier proceso de Consulta Previa, con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías, y de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, los registros actualizados de la representación legal de las autoridades de los grupos étnicos y conformación legítima de los espacios de concertación propios de cada uno de ellos.

9. Elaborar estrategias de corto y largo plazo para el manejo de crisis sociales en el entorno de las comunidades y minorías étnicas en las que se desarrollan



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y  
OTROS

las consultas previas, en coordinación con las demás dependencias o entidades competentes. [...]

109. El Gobierno Nacional en este apartado de la Guía no hizo nada distinto a encaminar la forma en la que el ejecutivo cumpliría con lo dispuesto por la Corte Constitucional en la C-461 de 2008<sup>43</sup>, conforme con la cual los procesos consultivos deben estar precedidos de una etapa preliminar orientado a sentar las bases específicas de la consulta, como lo explicó el máximo Tribunal Constitucional en los siguientes apartados:

**[...] 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”.**<sup>44</sup>

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.”

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. 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 afectado.**<sup>45</sup> En este sentido, la Corte ha recordado que las

<sup>43</sup>MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>44</sup> (Cita es original): Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

<sup>45</sup> 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,



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, 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 etnia y por tanto, no constituyen un modelo único de acercamiento con los diferentes pueblos”.<sup>46</sup>[...] (subrayado y resaltado fuera de texto)

110. Así las cosas, los lineamientos incorporados además de reproducir las competencias legales y reglamentarias de la Dirección de Consulta Previa, instruyen sobre la forma en que debe aplicarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin desconocer los lineamientos allí fijados

111. Sin lugar a dudas, la mayoría de instrucciones internas no fueron más allá de propiciar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, para así definir la ruta metodológica concertada y fijar los términos que guiaran el proceso de consulta según sus especificidades culturales.

112. Sin embargo, lo cierto es que si existen 3 lineamientos que efectivamente afectaron directamente el comportamiento de los administrados y que excedieron el marco reglamentario vigente al momento de la expedición del acto acusado, estos son: (i) la obligación impuesta al ejecutor del proyecto en el numeral 5 del capítulo de deberes; (ii) la exigencia prevista sobre la forma en la que se hará la convocatoria; y (iii) las consecuencias de las inasistencias.

113. Todo ello significa que los siguientes apartes son pasibles de control jurisdiccional:

[...] Deberes (...)

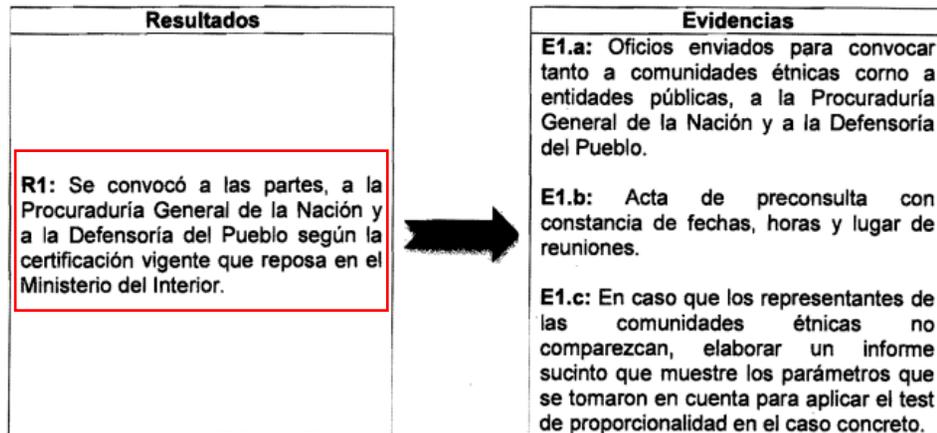
**5. El ejecutor debe presentar el POA a las comunidades étnicas. (...)**

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

---

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”.

<sup>46</sup> Sentencia T-382 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



(...) Paso 4:

**(...)(Para la inasistencia a las reuniones, aplicar lo indicado para la inasistencia a las convocatorias en el paso 2 de esta etapa)**

Paso 5: (...)

**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. [...]**

114. Tales instrucciones recaen en un sujeto externo a la administración e impactan directamente la participación efectiva de los miembros de las comunidades, en tanto establecen una forma única de convocatoria y señalan las consecuencias de la inasistencia.

#### **iv) Etapa 4 «Consulta Previa»**

115. Según la Guía, el objeto de la cuarta etapa es *«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»*.

116. Para tal efecto, la guía menciona 2 deberes y 3 pasos cuyo alcance es el siguiente:

##### **[...] Deberes**

1. La DCP debe convocar a los representantes de las comunidades étnicas, al Ejecutor, a las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo por escrito o mediante el uso de otros medios para la apertura de la consulta.

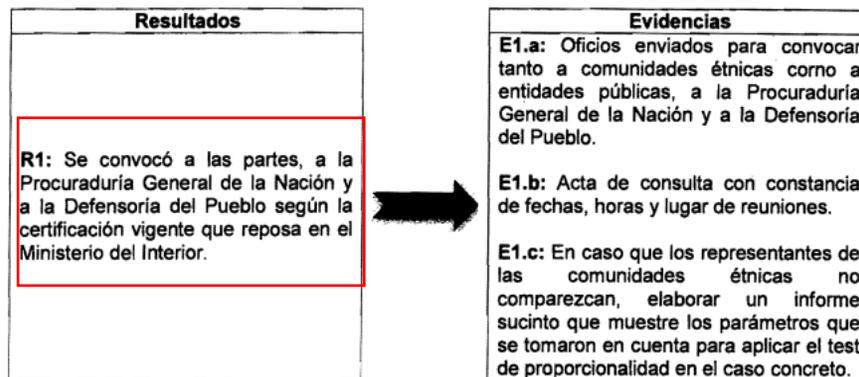
2. La DCP debe realizar la apertura de la consulta.

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



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y OTROS

**Paso 1: Convocatoria a las reunion(es) de 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**



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y OTROS

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.

Resultados	Evidencias
<p>R1: Se redactó el documento que contiene los acuerdos alcanzados. Además, en el documento consta que se cumplieron los siguientes elementos.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- En los acuerdos alcanzados se respetaron los estándares de protección al derecho de consulta previa.</li><li>-En caso de tratarse de una situación que lo amerite, no sólo se surtió la consulta, sino que además se obtuvo el consentimiento previo, libre e informado por parte de los representantes de las comunidades, según la jurisprudencia constitucional.</li></ul> <p>- En caso de no llegar a un acuerdo con los representantes de las comunidades cuando no se requiera el consentimiento previo, libre e informado, según la jurisprudencia constitucional, la DCP convocó a una reunión para tomar una decisión sobre el proyecto</p>	<p>E1.a: Convocatoria de los representantes de las comunidades según el mecanismo que ellos eligieron y que quedó establecido en la etapa de pre consulta.</p> <p>E1.b: Oficios enviados para convocar a las entidades públicas.</p> <p>E1.c: Correos electrónicos enviados para convocar a las entidades gubernamentales.</p> <p>E1.d: Constancia en la bitácora de actividades de consulta previa de las fechas, horas, interlocutores y resumen de contenido de las llamadas.</p> <p>E1.e: Acta de la reunión en que se establecieron los preacuerdos.</p> <p>E1.f: Matriz de medidas de manejo y preacuerdos.</p> <p>E1.g: Registro audiovisual donde consta la determinación de las medidas de manejo.</p> <p>E1.h: Informe en la bitácora de consulta previa donde constan los preacuerdos.</p> <p>E1.i: Documento en donde consta el consentimiento previo, libre e informado firmado por los representantes de las comunidades.</p>

### 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



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y OTROS

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 [...].

117. Como se observa, la cuarta etapa señala lineamientos de dialogo entre el Estado, el ejecutor del proyecto y las comunidades étnicas, de los cuales algunos son medidas internas sobre la forma en que debe actuar la Dirección de Consulta Previa en el marco de las siguientes competencias enunciadas en el artículo 16 del Decreto – Ley 2893 de 2011:

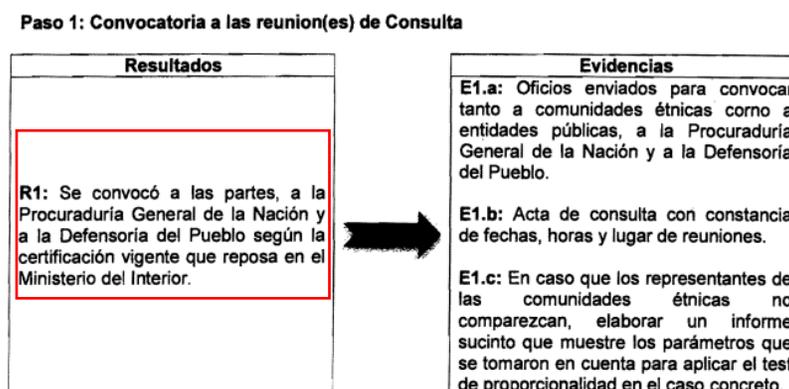
[...]1. Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley. (..)

3. 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.

9. Elaborar estrategias de corto y largo plazo para el manejo de crisis sociales en el entorno de las comunidades y minorías étnicas en las que se desarrollan las consultas previas, en coordinación con las demás dependencias o entidades competentes. [...]

118. Sin embargo, otras instrucciones adquieren una naturaleza reglamentaria en la medida en que afectan a las comunidades indígenas porque señalan un mecanismo específico de convocatoria y regulan los eventos en los que no exista un acuerdo. Concretamente estos apartes son del siguiente tenor:

[...] **Paso 1: Convocatoria a las reunión(es) de Consulta**



**Paso 2: Desarrollo de reuniones para la formulación de acuerdos**



(...) 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.

Resultados	Evidencias
<p>R1: Se redactó el documento que contiene los acuerdos alcanzados. Además, en el documento consta que se cumplieron los siguientes elementos.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- En los acuerdos alcanzados se respetaron los estándares de protección al derecho de consulta previa.</li><li>- En caso de tratarse de una situación que lo amerite, no sólo se surtió la consulta, sino que además se obtuvo el consentimiento previo, libre e informado por parte de los representantes de las comunidades, según la jurisprudencia constitucional.</li></ul> <p>- En caso de no llegar a un acuerdo con los representantes de las comunidades cuando no se requiera el consentimiento previo, libre e informado, según la jurisprudencia constitucional, la DCP convocó a una reunión para tomar una decisión sobre el proyecto</p>	<p>E1.a: Convocatoria de los representantes de las comunidades según el mecanismo que ellos eligieron y que quedó establecido en la etapa de pre consulta.</p> <p>E1.b: Oficios enviados para convocar a las entidades públicas.</p> <p>E1.c: Correos electrónicos enviados para convocar a las entidades gubernamentales.</p> <p>E1.d: Constancia en la bitácora de actividades de consulta previa de las fechas, horas, interlocutores y resumen de contenido de las llamadas.</p> <p>E1.e: Acta de la reunión en que se establecieron los preacuerdos.</p> <p>E1.f: Matriz de medidas de manejo y preacuerdos.</p> <p>E1.g: Registro audiovisual donde consta la determinación de las medidas de manejo.</p> <p>E1.h: Informe en la bitácora de consulta previa donde constan los preacuerdos.</p> <p>E1.i: Documento en donde consta el consentimiento previo, libre e informado firmado por los representantes de las comunidades.</p>

### Paso 3: Protocolización

(...) 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. [...]**

#### **v) Etapa 5 «Seguimiento de Acuerdos»**

119. El objeto de esta etapa consiste en «*asegurar que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas*», en el contexto de los siguientes deberes y pasos:

[...] 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 de la Sala)

120. En este orden de ideas, la Guía, en esta última etapa, contiene una serie de lineamientos internos en materia de seguimiento, enmarcados en la competencia enunciada por el numeral 8° del artículo 16 del Decreto – Ley 2893, norma que es del siguiente tenor:

[...] ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA.  
Son funciones de la Dirección de Consulta Previa, las siguientes:



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y  
OTROS

8. Hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en desarrollo de los procesos de consulta previa coordinados por esta Dirección y hacer las recomendaciones respectivas. [...]

121. Adicionalmente, se resalta que esta instrucción no busca nada diferente que reiterar lo dicho por la Corte Constitucional en su jurisprudencia<sup>47</sup>:

«**5. Seguimiento al cumplimiento:** La ejecución de los acuerdos y de las obligaciones contenidas en ellos se hará en los mismos términos pactados y en concordancia con los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*.

Las partes podrán y deberán ejecutar las obligaciones que les corresponden con celeridad y eficiencia.

La ejecución y verificación de lo acordado se verificará mediante las actuaciones realizadas por el Comité de Seguimiento<sup>48</sup>, que será liderado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Dicho Comité, podrá requerir periódicamente a las entidades públicas y a los ejecutores del proyecto, obra o actividad, el cumplimiento de lo acordado. Además, podrá acudir a los organismos de control y promover acción de tutela en caso de presentarse un incumplimiento objetivo y recurrente que afecte la existencia de la comunidad étnica.

**6. Cierre del proceso de consulta previa:** Una vez verificado el cumplimiento de lo pactado, se deberá realizar un acta de cierre del proceso de consulta previa por consenso recíproco (*mutuus consensus, contrarius consensus, mutuus dissensus*).

En caso de incumplimiento a lo acordado por las partes, no podrá cerrarse el proceso de consulta previa por cuanto en esta etapa se realiza el último seguimiento al cumplimiento del acuerdo de consulta previa. Las partes podrán suscribir el acta una vez se verifique el cumplimiento del 100% de lo pactado».

122. De lo anteriormente expuesto, es dable afirmar que las instrucciones incorporadas en la última etapa de la directiva presidencial son simples pautas que afectan estrictamente el funcionamiento interno del poder ejecutivo sin generar efectos jurídicos externos adicionales a los previstos en la reglamentación vigente al momento de la expedición de ese acto.

123. Todo lo anterior deja ver que la Directiva Presidencial 10 es un acto administrativo que contiene parcialmente una serie de instrucciones informativas y sugerencias dirigidas a promover el obediencia de la legislación, la reglamentación vigente y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el interior del Gobierno nacional, pero también incluye verdaderas órdenes reglamentarias que modificaron la forma en que se desarrolla el diálogo participativo con los grupos minoritarios frente a los procesos decisorios de las mayorías.

<sup>47</sup> Puede verse por ejemplo la sentencia T- 002 de 2017, MP: MP: Alberto Rojas Ríos

<sup>48</sup> (cita es original): Decreto 2613 de 2013: «Artículo 12. Comité de seguimiento. Con la protocolización de la consulta previa se dispondrá la creación de un Comité de Seguimiento que estará integrado, entre otros, por la Dirección de Consulta Previa, el ejecutor del proyecto, los organismos de control, autoridades ambientales y los representantes de las comunidades. El comité tendrá a su cargo la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en la consulta. Para estos efectos deberá reunirse periódicamente con la comunidad étnica consultada. Una vez el Comité de Seguimiento verifique el cumplimiento de los compromisos de la consulta, solicitará a la Dirección de Consulta Previa que convoque a las partes a la Reunión de Cierre de Consulta Previa».



**RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00**  
**DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y OTROS**

124. Concretamente, las órdenes reglamentarias reposan en: (i) el segundo deber<sup>49</sup> y el primer paso<sup>50</sup> de la etapa 1; (ii) el segundo objeto<sup>51</sup> y las actividades 2°, 3°, 4° y 5°<sup>52</sup> del procedimiento para las convocatorias previsto en la etapa 2; (iii) el 5 deber<sup>53</sup>, el segundo paso<sup>54</sup> y las consecuencias de la inasistencia señaladas en el paso 4<sup>55</sup> y en el paso 5<sup>56</sup> de la etapa 3; (iv) el paso 1<sup>57</sup> y los escenarios regulados en los pasos 2 y 3 de la etapa 4 para los eventos en que no existe acuerdo<sup>58</sup>.

<sup>49</sup>2. La DCP debe realizar las acciones adecuadas para constatar si hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto a ejecutarse. Específicamente, debe evaluarse si el proyecto se pretende realizar en: Territorios titulados a comunidades étnicas de manera colectiva. Territorios destinados a comunidades étnicas de manera colectiva, pero que aún no figuran como formalmente titulados. Para obtener esta información es necesario consultar con el NCODER y el Supernotariado. De ser posible, territorios baldíos donde habitan comunidades étnicas. Resguardos coloniales que conservarán esta condición según el Plan Nacional de Desarrollo.

<sup>50</sup> [...] 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.

<sup>51</sup> [...] 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. (...)

<sup>52</sup> [...] • 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[...].

<sup>53</sup> [...] Deberes (...) 5. El ejecutor debe presentar el POA a las comunidades étnicas. (...)

<sup>54</sup> Convocatoria a las reunión(es) de preconsulta (...) Se convocó a las partes, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo según la certificación vigente que reposa en el Ministerio del Interior.

<sup>55</sup> (...) (Para la inasistencia a las reuniones, aplicar lo indicado para la inasistencia a las convocatorias en el paso 2 de esta etapa)

<sup>56</sup> 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. [...]

<sup>57</sup> Convocatoria a las reunión(es) de preconsulta (...) Se convocó a las partes, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo según la certificación vigente que reposa en el Ministerio del Interior.

<sup>58</sup> (...) 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.

(...) 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. [...]



125. Las citadas directrices imperativas no sólo contienen la manifestación de la voluntad de la administración, sino que además producen efectos jurídicos al crear una situación que, por sí misma y una vez en firme, es vinculante para sus destinatarios formales y materiales, esto es, para los titulares de los proyectos, para los grupos étnicos, así como para el vicepresidente de la República, los ministros del Despacho, los directores de los Departamentos Administrativos, los superintendentes, y los directores, gerentes y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional.

126. Valga recordar que la consulta previa implica, *per se*, la participación de tres extremos: las comunidades indígenas, los titulares de los proyectos y las autoridades públicas. Por ende, las instrucciones externas al funcionamiento del Gobierno Nacional que afecten a las comunidades o a los titulares de los proyectos corresponden a órdenes reglamentarias dirigidas a lograr el acatamiento de la legislación por parte de los administrados. Adicionalmente, se pone de relieve que los citados apartes se encuentran redactados en modo imperativo, fórmula gramatical que expresa órdenes y mandatos.

127. También es preciso resaltar que, por las razones señaladas en este acápite, los demás apartes de la Directiva Presidencial 001 son meras cartas de instrucción o simples circulares administrativas que imparten lineamientos sobre la mejor manera de cumplir unas normas, reproduciendo lo decidido en el ordenamiento superior vigente al momento de la expedición del acto; de manera que la Sala se inhibe para emitir un pronunciamiento de fondo sobre tales asuntos, como se declarará en la parte resolutive de este proveído.

128. En este orden de ideas, la Sala estudiará a continuación los ejes temáticos expuestos por los demandantes frente a los apartes de la Directiva Presidencial 10 que son pasibles de control de legalidad, acogiendo el criterio jurisprudencial previamente citado y que fue expuesto por esta Corporación en la sentencia de 20 de abril de 1983<sup>59</sup>, conforme al cual los enunciados de las circulares de funcionamiento administrativo que contengan «*un simple concepto o una recomendación*», no son objeto de control por parte de esta jurisdicción.

## **B. Del análisis del primer cargo**

129. En su primer reparo, los demandantes afirmaron que la Directiva Presidencial 10 quebrantó los artículos 4°, 29, 79, 113, 121, 122, 123, 152, 153, 189 (numeral 11°) y 209 de la Constitución Política y los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT, por cuanto el Ejecutivo desbordó sus facultades reglamentarias en la medida en que desconoció los principios de legalidad, debido proceso y reserva de ley estatutaria.

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de abril 20 de 1983, Exp. 6273, C.P. Joaquín Vanín Tello.



130. Para efectos de resolver, es pertinente recordar que al Congreso de la República le asiste la función de hacer las leyes, interpretarlas, reformarlas y derogarlas, a partir de un sistema normativo piramidal integrado por códigos, leyes marco, leyes ordinarias, leyes orgánicas, leyes de facultades extraordinarias y leyes estatutarias<sup>60</sup> (Art. 150 C.P.).

131. Sobre esta última categoría, el artículo 152 superior consagró un procedimiento legislativo cualificado para las materias consideradas por el Constituyente de mayor trascendencia, a saber:

«[...] Artículo 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;**
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.
- e) Estados de excepción.
- f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley. [...]» (negritas de la Sala)

132. Cabe mencionar que la Corte Constitucional se encargó de delimitar jurisprudencialmente el alcance del literal a) del artículo 152 superior, en el sentido de precisar que no toda regulación legal de los derechos fundamentales goza del principio de reserva de ley estatutaria<sup>61</sup>, sino que dicho procedimiento cualificado se circunscribe exclusivamente a los «*elementos estructurales o esenciales*» de esos derechos<sup>62</sup> y a los «*mecanismos para su protección*»<sup>63</sup>.

133. En ese sentido, la sentencia C-981 de 2005 de la Corte Constitucional detalló los criterios aplicables a la hora de identificar si un asunto goza de reserva de ley estatutaria, así:

«[...] Puede extractarse de la jurisprudencia constitucional mencionada, que la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales, debe referirse a:

- i) **normas que desarrollan y complementan los derechos,**
- ii) **que regulan solamente los elementos estructurales esenciales,**
- iii) **que regulan de forma directa su ejercicio y también el desarrollo de su ámbito a partir del núcleo esencial definido en la Constitución,**
- iv) **que refieran a los contenidos más cercanos al núcleo esencial,**
- v) **que regulan aspectos inherentes al ejercicio y principalmente lo que signifique consagrar límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial,**

<sup>60</sup> 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.”

<sup>61</sup> Sentencia C-013 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>62</sup> Sentencia C-226 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero / sentencia C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>63</sup> Sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



- vi) cuando **el legislador asuma de manera integral, estructural y completa la regulación del derecho**,
- vii) que aludan a la estructura general y principios reguladores pero no al desarrollo integral y detallado, regulando así la estructura fundamental y los principios básicos, y
- viii) que refieran a leyes que traten situaciones principales e importantes de los derechos [...]». (negritas de la Sala)

134. Además, la Corte en la sentencia C-818 de 2011 compiló las reglas que permiten armonizar el contenido de los artículos 150 y 152 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

«[...] **2.2.3.4.1** La regla general es la regulación por parte del legislador ordinario. Lo anterior en tanto *“la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario.”*

**2.2.3.4.2** La regulación estatutaria u ordinaria no se define por la denominación adoptada por el legislador, sino por su contenido material. (...)

**2.2.3.4.3** Las regulaciones integrales de los derechos fundamentales debe realizarse mediante ley cualificada<sup>64</sup>.

**2.2.3.4.4** Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria<sup>65</sup> *“de tal forma que si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria”*<sup>66</sup>. De esta forma, es claro que la regulación puntual y detallada del derecho corresponde al legislador ordinario<sup>67</sup>. Al respecto, la Corte dijo que **“las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todo aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico.”**<sup>68</sup>. Así mismo, también deben tramitarse por el procedimiento especial, **los aspectos importantes de un derecho fundamental**. [...]». (negritas de la Sala)

135. Como puede apreciarse, al legislador estatutario le corresponde desarrollar los aspectos principales del núcleo esencial de los derechos fundamentales, relacionados con: (i) las prerrogativas que se derivan del derecho y que se convierten en obligaciones para los sujetos pasivos<sup>69</sup>; (ii) la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones<sup>70</sup>; (iii) los principios básicos previstos para su ejercicio<sup>71</sup>; (iv) el desarrollo de los procedimientos y recursos para la protección

<sup>64</sup> Sentencias C-620 de 2001, C-687 de 2002 y C-872 de 2003.

<sup>65</sup> Sentencias C-313 de 1994, C-740 de 2003, C-193 de 2005 y C-872 de 2003, entre otras.

<sup>66</sup> Sentencias C-162 de 2003 y C-981 de 2005

<sup>67</sup> Sentencia C-013 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>68</sup> Sentencia C-226 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>69</sup> Ver sentencia C-818 de 2011, M

<sup>70</sup> Ver sentencias C-425 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-247 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-374 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-251 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1338 de 2000, M.P.(E) Cristina Pardo Schilesinger, C-981 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>71</sup> Ver sentencia C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



directa de los derechos de naturaleza judicial<sup>72</sup> y administrativa<sup>73</sup>, y (v) la regulación de manera integral, estructural y completa del derecho fundamental<sup>74</sup>.

136. A partir de este marco normativo, la Sala debe evaluar si el Presidente de la República invadió la órbita de competencias del legislador estatutario en el marco de alguno de los componentes reglamentarios de la Directiva 10 de 2013.

137. Sin embargo, antes de ahondar en este punto, la Sala advierte que el artículo 152 de la Constitución Política debe leerse en concordancia con lo dispuesto en el párrafo del artículo 330 superior y con el bloque de constitucionalidad integrado por los artículos 2° y 6 del Convenio 169<sup>75</sup>.

138. El Constituyente, en el párrafo del artículo 330 superior, otorgó una competencia directa al Ejecutivo para que propicie espacios de participación con los grupos étnicos, antes de adoptar decisiones que puedan afectar los recursos naturales ubicados en sus territorios, así:

«[...] **ARTICULO 330.** (...)

**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.** [...]» (negritas de la Sala)

139. Mientras que el artículo 6° del Convenio 169 encomendó la siguiente competencia al Estado colombiano:

«[...] a) **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;**

**b) 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; (...)**

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio **deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias,**

<sup>72</sup> Ver sentencia C-981 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>73</sup> sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>74</sup> Sobre este punto, en sentencia C-053/19, se precisó que “el legislador asume de manera integral, estructural o completa la regulación de un tema de aquellos que menciona el artículo 152 superior, debe hacerlo mediante ley estatutaria, aunque dentro de esta regulación general haya disposiciones particulares que por su contenido material no tengan el significado de comprometer el núcleo esencial de derechos cuya regulación se defiere a este especial proceso de expedición legal. Es decir, conforme con el aforismo latino que indica que quien puede lo más, puede lo menos, una ley estatutaria que de manera integral pretende regular un asunto de los que enumera la precitada norma constitucional, puede contener normas cuya expedición no estaba reservada a este trámite, pero en cambio, a la inversa, una ley ordinaria no puede contener normas particulares reservadas por la Constitución a las leyes estatutarias”.

<sup>75</sup> Ver Rodrigo Uprimny, “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e Internacional*, Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001.



con la finalidad de **llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas**. [...]» (negrillas de la Sala)

140. De allí que el Ejecutivo, en virtud de esas normas superiores, sea directamente el responsable de: (i) propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones que los afecten en materia de explotación de recursos naturales, y de (ii) *«establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente (...) en la adopción de decisiones en **instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole** responsables de políticas y programas que les conciernan»*.

141. Significa lo anterior que, en los términos del artículo 152 superior, el legislador es el único competente para expedir las leyes estatutarias encaminadas a limitar, restringir, condicionar, prohibir o fijar los alcances, el ámbito de aplicación o el ámbito de prerrogativas derivadas del derecho fundamental a la consulta previa.

142. Aun así, en lo que atañe al desarrollo de los medios y mecanismos a través de los cuales los grupos étnicos participan en la toma de decisiones, el Gobierno Nacional ostenta tales responsabilidades; atribución que encuentra su límite en la definición de los mecanismos o instrumentos que permitan el desarrollo de las consultas<sup>76</sup>.

143. Con base en lo expuesto, y luego de revisar los apartes de la directiva presidencial que son objeto de control de legalidad, se advierte que el segundo deber de la etapa 1, el primer paso de la etapa 1; el 5 deber de la etapa 3, el segundo paso de la etapa 3 y el paso 1 de la etapa 4, prevén órdenes reglamentarias del Convenio 169 aprobado a través de la Ley 21, encaminadas a promover la participación de los «Grupos Étnicos Nacionales» en las decisiones que les conciernen, sin exceder la órbita de competencias del Gobierno nacional.

144. El segundo deber de la etapa 1 señala que la Dirección de Consulta Previa es responsable de evaluar si el proyecto se va a realizar en algún territorio que tenga relación con un grupo étnico; instrucción que estaría reglamentando el contenido de los artículos 13 y 14 del Convenio 169<sup>77</sup>.

145. El artículo 13 del Convenio 169 de la OIT determinó que: *«**los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación**»*.

146. Por su parte, el artículo 14 del Convenio *ibidem* estableció que el Estado *«deberá reconocer a los pueblos interesados **el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan**. Además, en los casos apropiados, deberán **tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los***

<sup>76</sup>El Diccionario de la Real Academia de Lengua Española RAE define la palabra «medio» como la «cosa que puede servir para un determinado fin», y conceptualiza el verbo «propiciar» como la acción de «favorecer que algo acontezca o se realice».

<sup>77</sup> En este punto, la Sala destaca que el objeto de la demanda no



***pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia».***

147. De manera que el Gobierno Nacional estaba ejerciendo sus facultades reglamentarias en ese aparte normativo, sin invadir las competencias del legislador estatutario.

148. De otra parte, el primer paso de la etapa 1 y el 5 de la etapa 3 señalan los momentos en que el titular del proyecto debe solicitar la certificación de la presencia de comunidades étnicas y reconocen una obligación a su cargo en materia de socialización.

149. Para la Sala esas órdenes también son el resultado del adecuado ejercicio de la facultad constitucional conferida por el parágrafo del artículo 330 superior, en cuyo marco el Gobierno Nacional es responsable de propiciar espacios de participación con los grupos étnicos, antes de adoptar cualquier decisión que puedan afectar los recursos naturales ubicados en sus territorios.

150. Ambos mecanismos propician el desarrollo de los procesos consultivos de forma efectiva, en tanto exigen la verificación de una posible afectación directa antes del inicio de las obras, e imponen una responsabilidad al titular del proyecto durante la etapa de socialización de su iniciativa.

151. Igual acontece con el segundo paso de la etapa 3 y el primer paso de la etapa 4 pues resulta claro que es necesario definir la forma en que el Estado y los grupos étnicos se comunicaran teniendo en cuenta que el literal b) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT ordena al Gobierno «*establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente*».

152. Sin embargo, la Sala observa que el segundo objeto de la etapa 2, las actividades 2°, 3°, 4° y 5°<sup>78</sup> del procedimiento para las convocatorias de la etapa 2, los escenarios regulados en los pasos 2 y 3 de la etapa 4 para los eventos en que

---

<sup>78</sup> [...] • 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[...].



no existe acuerdo<sup>79</sup> y las consecuencias de la inasistencia señaladas en el paso 4<sup>80</sup> y en el paso 5<sup>81</sup> de la etapa 3, materialmente establecen límites y restricciones para el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa y además reglamentan el contenido de las prerrogativas que se derivan del derecho y que se convierten en obligaciones para los sujetos pasivos, asuntos que si están sujetos al principio de reserva de ley estatutaria.

153. Tales preceptos no buscan: (i) propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones que los afecten en materia de explotación de recursos naturales; o (ii) «*establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente (...) en la adopción de decisiones en **instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole** responsables de políticas y programas que les conciernan*»

154. Por el contrario, el Ejecutivo está regulando una materia no desarrollada en el Convenio 169 de la OIT, al consagrar taxativamente las causales que darían lugar al derecho de veto. Este asunto es un componente del núcleo central de este derecho fundamental, por lo que no es acertado instituir causales taxativas cuando la legislación guardo silencio y los criterios de la Corte Constitucional podrían cambiar con el transcurso del tiempo.

155. Los apartes cuestionados también regularon las consecuencias de la inasistencia a las reuniones y la posibilidad de culminar el procedimiento por el incumplimiento de las cargas impuestas a esas comunidades. Igualmente, se define cuál será el contenido de los documentos que protocolicen los escenarios en los que no exista consenso sobre las medidas de manejo cultural, social y ambiental.

156. Sin lugar a dudas, todos estos aspectos deben ser objeto de reglamentación en la medida en que el derecho a la consulta previa no es absoluto y, además, esta acompañado consecuentemente de deberes encaminados a lograr su materialización. Aun así, el constituyente fijó un procedimiento reglado en cabeza del legislador para ello, por lo que el ejecutivo no puede exceder esa orbita.

<sup>79</sup> (...) 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.

(...) 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. [...]

<sup>80</sup> (...) (Para la inasistencia a las reuniones, aplicar lo indicado para la inasistencia a las convocatorias en el paso 2 de esta etapa)

<sup>81</sup> 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. [...]



157. Ello significa que le asiste parcialmente la razón a la parte actora, en tanto el segundo objeto de la etapa 2, las actividades 2°, 3°, 4° y 5° del procedimiento para las convocatorias de la etapa 2, los escenarios regulados en los pasos 2 y 3 de la etapa 4 para los eventos en que no existe acuerdo y las consecuencias de la inasistencia señaladas en el paso 4 y en el paso 5 de la etapa 3 incurrir en la causal de falta de competencia y transgreden lo dispuesto en los artículos 152 y 189 (numeral 11°) de la Constitución Política y los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT.

### C. Del análisis del segundo cargo

158. En el segundo cargo, los demandantes solicitaron la nulidad de la Directiva Presidencial 10 de 2013, luego de considerar que ese acto administrativo no surtió el procedimiento de consulta previa y, por ende, desconoce el derecho a la participación y al debido proceso.

159. Para resolver, cabe recordar que la expedición irregular del acto administrativo es un vicio de nulidad que se configura cuando la administración desconoce las normas que regulan los requisitos o procedimientos legales exigidos para la expedición de la decisión administrativa. Para esta Corporación: *«cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma»*<sup>82</sup>. (negritas fuera de texto)

160. Valga agregar también que la única irregularidad capaz de viciar de nulidad un acto corresponde a aquella que incida directamente en el sentido de la decisión y sea relevante para su contenido, tal y como lo ha sostenido esta Corporación en el siguiente sentido:

*«[...] Los vicios de forma o procedimentales en la expedición del acto administrativo **deben ser de tal magnitud**, que tengan la virtualidad de afectar la legalidad de la decisión, en tanto **que su irregularidad compromete principios, normas o derechos que el ordenamiento busca salvaguardar a través de estas exigencias formales**. Así, no cualquier defecto de carácter formal, tiene la potencialidad de afectar la validez de una decisión administrativa y de esa manera lo ha considerado esta Corporación en varias ocasiones [...]»*<sup>83</sup> (negritas de la Sala)

161. En este contexto, la Sala pone de presente que el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT establece los parámetros para la procedencia de la consulta previa, en

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá D.C., 13 de mayo de 2009, Radicación número: 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832).

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 15 de mayo de 2018, número único de radicación 08001-23-31-000-2007-00955-01, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y OTROS

virtud de los cuales las comunidades deben ser consultadas «*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente*».

162. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha sostenido pacíficamente en las sentencias C-418 de 2002<sup>84</sup>, C-891 de 2002<sup>85</sup>, C-208 de 2007<sup>86</sup>, C-030 de 2008<sup>87</sup>, C-461 de 2008<sup>88</sup>, C-175 de 2009<sup>89</sup>, C-615 de 2009<sup>90</sup>, C-702 de 2010<sup>91</sup>, C-196 de 2012, C-644 de 2017, C-067 de 2018, C-369 de 2019 y C-369 de 2019, que el Estado tiene que cumplir con el deber de consultar todas medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, antes de adoptar tales decisiones.

163. Específicamente, en la sentencia C-196 de 2012, el máximo Tribunal Constitucional sintetizó las reglas aplicables a la hora de determinar tal afectación, así:

«[...] Las reglas jurisprudenciales generales en materia de consulta previa de medidas legislativas a las comunidades étnicas se pueden sintetizar en los siguientes términos: (i) la consulta previa constituye un derecho fundamental; (ii) **existe un claro vínculo entre la realización de la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas**; (iii) la realización de la consulta previa es **obligatoria** cuando la medida **afecta directamente a las comunidades étnicas**; (iv) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta previa, se trate de proyectos de ley de su iniciativa o no; (v) su **pretermisión configura una violación a la Carta Política**; y (vi) la consulta **debe efectuarse en un momento previo a la radicación del**

<sup>84</sup> La Corte resolvió declarar la exequibilidad condicionada de la disposición demandada, “[...] bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991 [...]”

<sup>85</sup> La Corte señaló que el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas y se concreta en el derecho de consulta que se desprende del artículo 330 de la Constitución y que corresponde a las previsiones del Convenio 169 de la OIT, en particular, a lo que sobre la materia se dispone en su artículo 6°.

<sup>86</sup> El máximo tribunal constitucional precisó que la consulta previa, al consagrar expresamente en su artículo 27 que “[...] Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales [...]”. Expresó la Corte que “[...] [e]n esa medida, no cabe duda 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, 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 [...]”

<sup>87</sup> En dicha oportunidad se declaró inexecutable la Ley Forestal, puesto que “[...] el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley [...]”.

<sup>88</sup> La Corte declaró la exequibilidad de la Ley 1151 de 2007, “[...] en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional [...]”

<sup>89</sup> Al respecto la Corte precisó que: “[...] la obligación que, prosiguió, se refuerza por la existencia de materias específicas que cumplen con el requisito previsto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, según el cual deben someterse al procedimiento de consulta previa aquellas medidas legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes, en cuanto que versan, entre otros aspectos, sobre la determinación del régimen jurídico predicable de los resguardos indígenas y los territorios de propiedad colectiva de las comunidades afrodescendientes. Para la Corte, por consiguiente, no existía duda alguna acerca de la exigibilidad de la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales para el caso del EDR [...]”.

<sup>90</sup> La Corte declaró la inexecutable de la Ley 1214 de 2008, por el incumplimiento del requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas en lo que atañe a leyes aprobatorias de tratados internacionales

<sup>91</sup> La sentencia C-702 de 2010, [38] la Corte declaró inexecutable el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009 extendiendo el deber de consulta a los actos reformativos de la Constitución.



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y  
OTROS

**proyecto** de ley en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración, sin perjuicio de la participación prevista para los ciudadanos en general durante el trámite legislativo [...]» (negrillas de la Sala)

164. Posteriormente, en la sentencia C-389 de 2016, la Corte Constitucional indicó que: «(i) *la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que **la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT**, y (iii) **la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica;** (iv) *la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una **medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados***».*

165. En línea con lo anterior, esta Corporación judicial, a través de las providencias de 11 de mayo de 2015<sup>92</sup> y de 27 de marzo de 2019<sup>93</sup>, estimó que el criterio de afectación directa permite determinar si un acto incurre o no en el vicio de expedición irregular cuando la administración omite llevar a cabo el procedimiento de consulta previa antes de su expedición.

166. Específicamente, en la providencia de 11 de mayo de 2015, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoció que la generalidad del acto administrativo no excluye automáticamente el deber de adelantar la consulta previa cuando así resulte necesario, por las siguientes razones:

«[...]la Sala tiene claro que el sólo hecho de que las decisiones analizadas tengan carácter general (pues refieren de manera indistinta a diversas zonas del territorio nacional) no constituye razón suficiente para desestimar el deber de consulta previa a las comunidades diferenciadas.

12.7.- De acuerdo con los estándares sobre la materia arriba expuestos debe procederse a un análisis en orden a verificar si tal medida, que se presenta como general y abstracta, representa un impacto diferenciado o singular para las comunidades indígenas y afrodescendientes. Justamente, en este caso, esta judicatura verifica que tal circunstancia sí se satisface en el sub judice por cuanto las medidas administrativas significan una afectación directa y clara [en ejecución de una política pública gubernamental de destinación económica de ciertos territorios que cuentan, según las accionadas, con vocación para explotación de minerales de interés estratégico] a un elemento esencial en esas comunidades como lo es el territorio [...]»<sup>94</sup>.

167. Ahora bien, antes de entrar a determinar si la directiva presidencial objeto de análisis cumple con el criterio de afectación directa a los grupos étnicos, esta Sala

<sup>92</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ(E), once (11) de mayo de dos mil quince (2015), Radicación numero: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149)B

<sup>93</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Bogotá, D.C., veintisieste (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-24-000-2017-00100-00

<sup>94</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Radicación número: Radicación: 11001032600020140014300(52149).



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y  
OTROS

pone de presente la compilación que sobre el particular efectuó la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de 20 de junio de 2017, así:

«[...] Ante el carácter amplio y complejo del término “afectación directa”, la jurisprudencia nacional ha identificado una serie de criterios, no taxativos<sup>95</sup>, que deben tomarse en cuenta para establecer la ocurrencia de esta. Así, en la sentencia C-1051 de 2012 se señalaron los siguientes:

i) La regulación de materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT<sup>96</sup> 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 lengua.

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

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”.

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.

<sup>95</sup> “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.

<sup>96</sup> “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.



**RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00**  
**DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y**  
**OTROS**

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 [...]». (negritas de la Sala)

168. Con base en lo anterior, resulta incuestionable que: (i) el segundo deber<sup>97</sup> de la etapa 1; (ii) el segundo objeto<sup>98</sup> y las actividades 2°, 3°, 4° y 5°<sup>99</sup> del procedimiento para las convocatorias previsto en la etapa 2; (iii) el segundo paso<sup>100</sup> y las consecuencias de la inasistencia señaladas en el paso 4<sup>101</sup> y en el paso 5<sup>102</sup> de la etapa 3; (iv) el paso 1<sup>103</sup> y los escenarios regulados en los pasos 2 y 3 de la etapa 4 para los eventos en que no existe acuerdo<sup>104</sup>, afectan directamente a las comunidades étnicas por las siguientes razones:

<sup>97</sup>2. La DCP debe realizar las acciones adecuadas para constatar si hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto a ejecutarse. Específicamente, debe evaluarse si el proyecto se pretende realizar en: Territorios titulados a comunidades étnicas de manera colectiva. Territorios destinados a comunidades étnicas de manera colectiva, pero que aún no figuran como formalmente titulados. Para obtener esta información es necesario consultar con el NCODER y el Supernotariado. De ser posible, territorios baldíos donde habitan comunidades étnicas. Resguardos coloniales que conservarán esta condición según el Plan Nacional de Desarrollo.

<sup>98</sup> [...] 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. (...)

<sup>99</sup> [...] • 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[...].

<sup>100</sup> Convocatoria a las reunión(es) de preconsulta (...) Se convocó a las partes, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo según la certificación vigente que reposa en el Ministerio del Interior.

<sup>101</sup> (...) (Para la inasistencia a las reuniones, aplicar lo indicado para la inasistencia a las convocatorias en el paso 2 de esta etapa)

<sup>102</sup> 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. [...]

<sup>103</sup> Convocatoria a las reunión(es) de preconsulta (...) Se convocó a las partes, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo según la certificación vigente que reposa en el Ministerio del Interior.

<sup>104</sup> (...) 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.

(...) 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. [...]



- (i) Las medidas adoptadas en esos apartados hacen parte del ámbito de materias previstas tanto en el Convenio 169 de la OIT, como en el artículo 330 de la Constitución Política. De hecho, contienen disposiciones de gran interés y significado para ellas porque conciernen a su derecho fundamental a ser consultadas, lo que traduce en que esos apartados desarrollan de forma importante los contenidos del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.
- (ii) El objeto principal de la regulación son los grupos étnicos de nuestro país. Tales órdenes presidenciales tienen mayores efectos en estas que en el resto de la población, aun cuando también definen aspectos comportamentales de los titulares de las políticas, programas y proyectos que las afecten directamente.
- (iii) El tema allí abordado interfiere en las instancias participativas de tales comunidades, por lo que modifica su situación o posición jurídica al imponer restricciones sobre el particular. En efecto, se regularon materias respecto de las cuales estos pueblos cuentan con titularidad especial de derechos.

169. Se sigue de lo anterior que los apartes antes citados de la Directiva Presidencial 10 de 2013 responden a la naturaleza de actos administrativos reglamentarios que debieron ser consultados antes de su expedición, puesto que crearon una situación jurídica que vincula a todos los grupos minoritarios del país.

170. En consecuencia, como la inobservancia de esa formalidad obstaculizó el cumplimiento de los requisitos o procedimientos previstos en la Constitución Política y en la ley para la formación, estructura y contenido del acto, la Sala declarará la nulidad de esos apartados, por la omisión de un requisito que contaba con la virtualidad de impactar el sentido y el contenido de la decisión adoptada.

### VI.3.3. CONCLUSIONES

171. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala declarará de oficio la excepción de cosa juzgada para estarse a lo resuelto en la sentencia de 24 de noviembre de 2022<sup>105</sup> que estudió los cargos de desconocimiento de los principios de legalidad, debido proceso, y reserva de ley estatutaria; así como el cargo de violación del derecho a la participación y a la consulta previa por parte de la Directiva Presidencial 001 de 2010.

172. Adicionalmente, esta autoridad judicial advierte que la Directiva Presidencial 10 de 2013 es un acto administrativo que contiene parcialmente una serie de instrucciones informativas y sugerencias dirigidas a promover el obedecimiento de la legislación, la reglamentación vigente y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el interior del Gobierno Nacional, pero también incluye verdaderas órdenes reglamentarias que modificaron la forma en que se desarrolla el diálogo participativo con los grupos minoritarios frente a los procesos decisorios de las mayorías.

<sup>105</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Radicación: 11001-03-24-000-2012-00025-00, Demandante: Consejo Comunitario de la Organización Popular y Campesina del Alto Atrato - Cocomopoca y otros.



173. De las órdenes que son pasibles de control jurisdiccional, el segundo objeto de la etapa 2, las actividades 2°, 3°, 4° y 5° del procedimiento para las convocatorias de la etapa 2, los escenarios regulados en los pasos 2 y 3 de la etapa 4 para los eventos en que no existe acuerdo y las consecuencias de la inasistencia señaladas en el paso 4 y en el paso 5 de la etapa 3 de la "Guía para la realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas", adoptada a través de la Directiva 10 de 2013, transgreden lo dispuesto en los artículos 152 y 189 (numeral 11°) de la Constitución Política y en los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT, por cuanto el Ejecutivo desbordó sus facultades reglamentarias.

174. También se pone de relieve que el Presidente de la República omitió consultar a los grupos étnicos las órdenes dispuestas en el segundo deber de la etapa 1, en el segundo objeto de la etapa 2, en las actividades 2°, 3°, 4° y 5° del procedimiento para las convocatorias previsto en la etapa 2, en el segundo paso de la etapa 3, en el paso 1 de la etapa 4; así como las consecuencias de la inasistencia señaladas en el paso 4 y en el paso 5 de la etapa 3 y los escenarios regulados en los pasos 2 y 3 de la etapa 4 de la "Guía para la realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas".

175. Con fundamento en lo expuesto, es necesario declarar la nulidad de tales preceptos en defensa de la legalidad y del orden jurídico en abstracto.

176. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala pone de presente que esta decisión no implica que se paralicen los trámites de consulta previa en curso o aquellos que en el futuro deban adelantarse, teniendo en cuenta que los procedimientos administrativos y actuaciones relacionados con ellos, deberán continuar con base en la normatividad que les resulte aplicable y con lo resuelto por esta Corporación judicial respecto del Decreto 1320 de 1998<sup>106</sup> y las Directivas 01 de 2010<sup>107</sup> y 10 de 2013.

177. Finalmente, es pertinente exhortar al Congreso de la República con miras a que ejerza sus competencias constitucionales respecto de la regulación de los asuntos de consulta previa relacionados con esta providencia.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.**

#### **F A L L A:**

**PRIMERO: DECLARAR** probada de oficio la excepción de cosa juzgada frente al análisis de legalidad de la Directiva Presidencial 1 de 26 de marzo de 2010, de

<sup>106</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA, Santa Fe de Bogotá D.C., veinte de mayo de mil novecientos noventa y nueve, Radicación número: 5091,

Actor: APOLINAR PASCAL CABEZAS Y ASOCIACION DE AUTORIDADES TRADICIONALES AWA - ORGANIZACIÓN UNIDAD INDIGENA DEL PUEBLO AWA – UNIPA.

<sup>107</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Radicación: 11001-03-24-000-2012-00025-00, Demandante: Consejo Comunitario de la Organización Popular y Campesina del Alto Atrato - Cocomopoca y otros.



RADICADO: 11001-03-24-000-2016-00164-00  
DEMANDANTES: GOBERNADOR DEL CABILDO INDÍGENA DEL PUEBLO KANKUAMO Y  
OTROS

conformidad con la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, **ESTARSE** a lo resuelto en sentencia de 24 de noviembre de 2022, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, radicación: 11001-03-24-000-2012-00025-00.

**SEGUNDO: INHIBIRSE** para decidir de fondo sobre la legalidad de los apartes de la Directiva Presidencial 10 de 2013 que no generaron efectos reglamentarios, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad parcial de la "**Guía para la realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas**", adoptada a través de la Directiva Presidencial 10 de 2013, en los siguientes apartados: el segundo deber de la etapa 1; el segundo objeto y las actividades 2°, 3°, 4° y 5° del procedimiento para las convocatorias previsto en la etapa 2; el segundo paso y las consecuencias de la inasistencia señaladas en el paso 4 y en el paso 5 de la etapa 3; el paso 1 y los escenarios regulados en los pasos 2 y 3 de la etapa 4 para los eventos en que no existe acuerdo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: EXHORTAR** al Congreso de la República con miras a que ejerza sus competencias constitucionales respecto de la regulación de los asuntos de consulta previa relacionados con esta providencia.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas las anotaciones de rigor.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
Consejero de Estado  
Presidente

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Consejera de Estado

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**  
Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley. P(5, 22 y 1)