DLA PIPER MARTINEZ BELTRAN

Newsflash Ambiental

Nuevo Fallo del Consejo de Estado declara y confirma la nulidad parcial de Directivas Presidenciales que establecen lineamientos en materia de Consulta Previa.

El pasado 10 de agosto el Consejo de Estado (“CE”) emitió fallo de única instancia sobre la acción de nulidad interpuesta en contra de las Directivas Presidenciales 001 del 26 de marzo de 2010 y 10 del 7 de noviembre de 2013, por medio de las cuales se estableció, “La Garantía del Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los Grupos Étnicos Nacionales” y la “Guía para la Realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas”, respectivamente.

Directiva Presidencial 001 del 2010

Frente a la **Directiva Presidencial 001 del 26 de marzo de 2010,** se declaró la excepción de cosa juzgada, dado que el CE ya había ordenado la nulidad de los capítulos 2 y 3 de la Directiva, así como algunos apartes de su capítulo 5 en Sentencia del 24 de septiembre de 2022. Recordemos los aspectos que regulaban estos acápites:

- El capítulo 2 de la Directiva 001 establecía el tipo de acciones y/o actividades que para su desarrollo requieren adelantar Consulta Previa (“CP”), las cuales incluyen (i) la expedición de medidas legislativas y administrativas que puedan causar afectación directa; (ii) la ejecución de proyectos de investigación adelantados por entidades públicas, (iii) el desarrollo de vías en territorios étnicos, y (iv) acciones de erradicación de cultivos ilícitos, entre otras.

- Por su parte, el capítulo 3 enumeraba aquellas acciones que no requieren adelantar CP para su ejecución, tales como: (i) medidas legislativas o administrativas que no afecten a los grupos étnicos, (ii) actividades para el mantenimiento de vías existentes, o (iii) la implementación de medidas urgentes en materia de salud, epidemias, desastres naturales, entre otros.

- Respecto al capítulo 5, las reglas b, c y d objeto de nulidad, indicaban que para el manejo de los impactos a las comunidades étnicas: (i) se deberán acordar procedimientos especiales para que los recursos económicos apoyen el fortalecimiento de las mismas; (ii) los acuerdos protocolizados con las comunidades deberán apoyar la adquisición de bienes o servicios; y (iii) dentro de los procesos de CP, se deberán tomar medidas para el manejo de los impactos a las comunidades a corto, mediano y largo plazo.

En ese sentido, a juicio del CE los precitados apartes son nulos por haber sido expedidos por el presidente de la República extralimitando sus facultades reglamentarias. Esto, por cuanto la competencia sobre estos asuntos es del legislador, a través de una ley estatutaria.

De igual forma, el CE manifestó que el capítulo 3 y las reglas b,c y d del capítulo 5 de la directiva desconocen los acuerdos previstos en el Convenio 169 de la OIT e imponen restricciones al derecho fundamental que no se encuentran previstos en la Ley 21 de 1991 por la cual se aprueba dicho tratado.

Directiva Presidencial 10 del 2013

Ahora bien, frente a la **Directiva Presidencial 10 del 7 de noviembre de 2013,** el CE consideró que si bien esta Directiva contiene instrucciones informativa y sugerencias dirigidas a promover el cumplimiento de la normatividad vigente en materia de CP, “(…) 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”.

En ese orden de ideas, la Corporación declaró la nulidad parcial de las siguientes secciones de la Directiva 10:

Etapa 1 sobre certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hacen necesaria la CP – segundo deber:

Este deber establecía que la Dirección de Consulta Previa (“DCP”) debe realizar las acciones adecuadas para constatar si hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto.

Etapa 2 sobre coordinación y preparación – segundo objeto y actividades 2,3,4 y 5:

Estas disposiciones contenían lineamientos para: (i) identificar si el proceso de consulta requiere consentimiento previo, libre e informado y (ii) el proceso de convocatoria a las partes involucradas en el PC, en aquellos casos que se presenten inasistencias a las convocatorias, dentro de las fases de preconsulta y consulta.

Etapa 3 sobre preconsulta – segundo paso y las consecuencias por inasistencia contempladas en los pasos 4 y 5.

Estas secciones abordaban los lineamientos para los procesos de convocatoria de las partes involucradas a la etapa de preconsulta, el proceso de notificación en aquellos casos en donde no se haya recibido respuesta por parte de algunos de los representantes de las comunidades, así como también la constitución de la ruta metodológica de la CP con los lugares y las fechas en que se efectuarán las reuniones pertinentes.

Etapa 4 sobre la Consulta Previa – paso 1 y los escenarios regulados en los pasos 2 y 3.

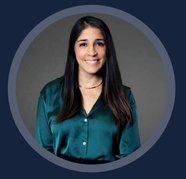
Durante el paso 1 se contemplaba nuevamente un proceso de convocatoria a través de la remisión de oficios a las partes involucradas, para las reuniones durante la consulta. Por otro lado, los escenarios 2 y 3 abordaban aspectos asociados a: (i) convocatoria a reuniones de consulta, (ii) el proceso de desarrollo de reuniones para formulación de acuerdos y (iii) el proceso de protocolización de acuerdos.

Según el CE, el Gobierno desbordó igualmente sus facultades reglamentarias y los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT.

Finalmente, según el CE, el Gobierno también vulneró el derecho fundamental a la CP, por no haber consultado a las comunidades étnicas, previo a la expedición de dichas disposiciones.

Para conocer más detalles sobre los efectos de este fallo y los retos que se avecinan en materia de consulta previa, no dude en contactarnos.

Para mayor información:



Camila del Villar
Socia
mcdelvillar@dlapipermb.com