

# Revista Científica

de Estudios Sociales

**Revista científica de Estudios Sociales, RCES**

E-ISSN: 2958-6070

ISSN: 2959-4685

[revistacienciassociales@uam.edu.ni](mailto:revistacienciassociales@uam.edu.ni)

Universidad Americana, UAM

Managua, Nicaragua

---

## LOS EFECTOS JURÍDICO-VINCULANTES DE LA CONSULTA PREVIA SOBRE PROYECTOS MEDIO AMBIENTALES

---

### **Cómo citar:**

Grajales Chico, D., S. & Jacome Navarrete, L.,F. (2023). Los efectos jurídico-vinculantes de la consulta previa sobre proyectos medio ambientales. *Revista Científica de Estudios Sociales*, 3(2), 89-111



Obra bajo una licencia Creative Commons-Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0

## LOS EFECTOS JURÍDICO-VINCULANTES DE LA CONSULTA PREVIA SOBRE PROYECTOS MEDIO AMBIENTALES<sup>1</sup>

THE LEGAL-BINDING EFFECTS OF PRIOR CONSULTATION ON ENVIRONMENTAL PROJECTS

David Steven Grajales Chico<sup>2</sup>  
[david.grajales@campusucc.edu.co](mailto:david.grajales@campusucc.edu.co),  
<https://orcid.org/0009-0006-2314-3380> .

Luisa Fernanda Jacome Navarrete<sup>3</sup>  
[luisa.jacome@campusucc.edu.co](mailto:luisa.jacome@campusucc.edu.co),  
<https://orcid.org/0000-0002-3758-4949>

### RESUMEN

La Consulta Previa, se ha constituido en los últimos años como un mecanismo mediante el cual las comunidades pueden ejercer el derecho a la participación sobre los proyectos, actos o medidas legislativas que los puedan afectar directamente; sin embargo, su aplicación en el contexto colombiano presenta diversas problemáticas, esto debido a inconvenientes como la falta de claridad la consulta previa y sus productos producto del poco tratamiento legal sobre el tema. Por medio de una revisión documental del concepto de consulta previa, la naturaleza jurídica de la consulta previa y del acuerdo y el desacuerdo producto de esta, esta investigación analizó los efectos jurídicos-vinculantes derivados de los actos producto de las consultas previas en comunidades étnicas sobre actos administrativos que afectan directamente el medio ambiente; de esta forma se concluye que el carácter de derecho fundamental hace que el incumplimiento del procedimiento de consulta previa y el acuerdo que resulta de esta es una violación directa del derecho que se puede proteger vía tutela produciendo así la nulidad o suspensión de la actividad que causa el perjuicio; pero por el lado del acto administrativo de licencia ambiental que nace del desacuerdo en la consulta previa se sujeta a la jurisdicción contenciosa administrativa y su incumplimiento se resuelve por esta vía.

### PALABRAS CLAVE

Consulta previa, medio ambiente, efectos jurídicos, actos administrativos, comunidades étnicas.

<sup>1</sup> El presente artículo hace parte del proyecto de investigación titulado “Los efectos jurídico-vinculantes de la consulta previa sobre proyectos medio ambientales”, el cual fue presentado como ponencia para III Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio-Jurídica del 2022; presentación que reposa en las memorias del evento publicadas bajo el nombre: *Desafíos de los sistemas jurídicos especializados en el siglo XXI - III Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio Jurídica* (Vol. I).

<sup>2</sup> Estudiante de último semestre de Derecho de Universidad Cooperativa de Colombia.

<sup>3</sup> Abogada egresada de Universidad Cooperativa de Colombia.

## **ABSTRACT**

Prior Consultation has become, in recent years, a mechanism through which communities can exercise their right to participate in projects, actions, or legislative measures that may directly affect them. However, its implementation in the Colombian context presents various challenges due to issues such as the lack of clarity regarding prior consultation and its outcomes, stemming from limited legal treatment of the subject. Through a documentary review of the concept of prior consultation, the legal nature of prior consultation and the agreement and disagreement resulting from it, this research analyzed the legally binding effects arising from actions resulting from prior consultations with ethnic communities regarding administrative acts directly impacting the environment. Thus, it is concluded that the fundamental right character of prior consultation makes the failure to comply with the prior consultation procedure and the resulting agreement a direct violation of the right that can be protected through a legal remedy, leading to the nullification or suspension of the activity causing harm. On the other hand, the administrative act of environmental licensing arising from the disagreement in prior consultation is subject to administrative jurisdiction, and its non-compliance is resolved through this avenue.

## **KEYWORDS**

Prior consultation, Environment, Juridical Effects, administrative legal acts, Ethnic communities

## **INTRODUCCIÓN**

La pluralidad cultural en Colombia es uno de los factores característicos del país, lugar donde conviven e interactúan pueblos de tradición africana, gitana, americana endémica y por supuesto de descendencia europea, esta variedad que se ha motivado y restablecido por los diferentes procedimientos de reafirmación y concientización cultural que han sido plasmados en diferentes espacios de la sociedad a tal punto que la Constitución de 1991 reconoce como uno de los principios y valores a proteger el de la pluralidad (Hernández, Salamanca y Ruiz, 2007). Este valor que toma relevancia cuando se observa que solo en el 2018 la población indígena colombiana ascendía los 1.905.617 personas y que 4.671.160 de los colombianos son de la población negra, afrocolombiana, raizal o palanquera; y que desde el 2020 en la práctica se evidencia que estos grupos históricamente marginados desde la conquista se han encontrado con contextos de violencia y de grave situación humanitaria (Mendoza, 2021).

La llegada de la Constitución Política de Colombia en el año 1991 trajo consigo una variedad de cambios sustanciales en diferentes materias y campos del derecho, respondiendo al contexto que traía consigo un nuevo modelo económico cambiante y problemas como el narcotráfico, la persecución política, la corrupción, el conflicto armado, entre otros problemas que ha padecido históricamente el país. La Constitución Política, que nace desde una democracia deliberativa pluralista (voluntad general), construye entonces bajo la premisa de los derechos fundamentales un nuevo orden jurídico político en donde se establecen entre muchas cosas: la

estructura y deberes estatales; las relaciones, derechos y deberes de la sociedad colombiana; y los mecanismos de solución y protección (Leiva, Jiménez y Quinta, 2019).

A pesar de la gran importancia que tiene la consulta previa para el país, en la práctica y aplicación se enfrenta a una serie de aspectos problemáticos. Problemáticas que van desde la percepción que tiene el Estado mismo y los diferentes sectores de la economía colombiana de la figura, quienes la consideran como un obstáculo para el desarrollo del país a tal punto que la misma Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) la observa como una forma de afectar los intereses generales de la nación y por lo tanto un obstáculo al desarrollo social y económico (Rodríguez, 2014); por otra parte de la falta de voluntad legislativa sobre la concreción de la figura y del derecho fundamental en comunidades étnicas en una ley estatutaria, y aunque se ha intentado reglamentar la materia, irónicamente los proyectos de ley realizados por el Congreso de la República para hacer una legislación sobre la figura jurídica no realizaron una consulta previa a las etnias para su presentación (Cámara de Representantes, 2021).

Por otro lado, aunado al hecho de que no existe una legislación concreta sobre el tema, es la jurisprudencia quien se ha encargado de proteger el derecho de consulta previa, a través de pronunciamientos que han variado tanto, de manera que, los criterios no se han unificado respecto a la naturaleza del acto administrativo producto de la consulta; al concepto de consentimiento previo, libre e informado en esta figura; y hasta en la misma naturaleza de la figura, no siendo claro si se resume simplemente a un requisito de procedibilidad y constitucionalidad de los actos administrativos y las medidas legislativas respectivamente o si de contrario con este procedimiento lo que se busca es una verdadera materialización de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el de participación de los ciudadanos en las decisiones que les puedan afectar directamente (Salinas, 2011).

Salta a la vista como a pesar de que por mandato constitucional, la consulta previa sea un medio indispensable de participación étnica y ciudadana, su efectividad esté condicionada a decisiones judiciales que, aunque han protegido el derecho fundamental y en la mayoría de casos limitan a las autoridades administrativas para evitar su vulneración, varían de criterios y pronunciamientos; también la desventaja con la que parten las comunidades al momento de hacer uso de esta garantía que, no tienen un derecho de veto sobre los proyectos, actos y medidas que los puedan afectar directamente; aunada a una serie de problemas como la poca certificación de existencia de pueblos indígenas, situaciones de orden público como la presencia de conflictos armados en los lugares habitados por las comunidades étnicas, la poca garantía del debido proceso en la consulta previa, las condiciones precarias de dichas comunidades, y la gran cantidad de proyectos que no han sido consultados previamente y que se están llevando a cabo actualmente (Rodríguez, 2014). En este sentido, efectos jurídicos se resumen a los de un requisito procesal que las entidades deben cumplir, sin importar que sea efectivo o no para asegurar la participación y los derechos de los involucrados.

Respecto a la estructura estatal, con la Constitución de 1991, Colombia paso a ser un Estado Social de Derecho. Esta nueva denominación significó una serie de aspectos característicos,

entre estos, la forma en la que se llevan las relaciones entre las autoridades públicas (Estado) y los ciudadanos, las cuales siempre se deben regir por la dignidad humana y la garantía de los derechos fundamentales; y además teniendo en cuenta valores como la democracia, la participación y el pluralismo cultural y político propio de las nuevas sociedades (Constitución política de Colombia, 1991, Art. 1). Esta nueva consideración se dio gracias a que la Carta Magna parte de que toda persona es titular de derechos (subjetivos, colectivos, sociales, económicos, culturales, civiles, políticos), y de que los derechos fundamentales de los colombianos se vuelven la piedra angular de entre ciudadanos y entre el estado y sus individuos, de allí que por ejemplo la tutela sea la acción más apropiada por los colombianos como medio de defensa de sus garantías (Vargas C, 2003).

Dentro del gran catálogo de derechos que se encuentran en la carta magna, la consulta previa como garantía constitucional establece una forma de defensa de otros derechos como: “la integridad étnica, cultural, territorial, de participación y de autonomía, que permite avanzar en el reconocimiento real de los derechos humanos de estos pueblos” (Rodríguez, 2010, p. 36). Particularmente su doble naturaleza, (en las comunidades étnicas que puedan verse afectadas directamente por una medida administrativa o legislativa en su territorio, es un derecho fundamental, y para los ciudadanos que no cumplen con esta condición pero que de igual manera tengan una afectación directa por la actuación del Estado, es una forma de materializar el derecho de participación) es muestra de la ejecución de las nuevas cláusulas que se planteó la sociedad colombiana en la constitución política de Colombia.

Este mecanismo se ha convertido en una de las garantías constitucionales para la protección de derechos fundamentales de poblaciones como las Etnias, los Indígenas y comunidades raizales negras a tal punto que se han realizado cerca de 14.242 de consultas en 1.838 proyectos que se realizan sobre estas (Mendoza, 2021), proyectos que en la mayoría de las veces giran en torno a temas medio ambientales. En este orden de ideas al ser un derecho constitucional fundamental, la consulta previa sobre temas medio ambientales en las comunidades étnicas es un tema de importancia y de interés no solo nacional, sino que también internacional, y la efectividad de esta garantía compromete las obligaciones en cabeza del estado.

El desconocimiento de los efectos vinculantes de la consulta previa, de los acuerdos y de los desacuerdos generados como resultado de esta, por la carencia de reglamentación que existe sobre la naturaleza jurídica de estas figuras y su reducción a un simple requisito procedimental que se ha protegido vía tutela estos últimos años; es un problema jurídico que comprometen la eficacia del derecho constitucional, fundamental y humano de la consulta previa y a la participación de las comunidades étnicas comprometiendo así la eficacia de este. El vacío legal que ha intentado llenarse por la jurisprudencia colombiana no deja de causar controversias y dificultades de aplicación debido a que no existe una legislación que establezca las consecuencias jurídicas que puedan desplegarse de un proceso donde la opinión de una comunidad étnica o ciudadana sobre un acto estatal que la afecte directamente es requisito, mas no una obligación de acatamiento exigible. En este sentido, este artículo busca responder a la pregunta problema: ¿cuáles son los efectos jurídico-vinculantes de los acuerdos y desacuerdos producto de las consultas previas en comunidades étnicas sobre actos administrativos que

afecten directamente el medio ambiente y la salud pública?

La presente investigación hace uso de una metodología cualitativa, enfocada en el análisis documental, definido como el conjunto de acciones dirigidas a la representación de contenidos de documentos bajo otro contexto, por medio de la interpretación y depuración de información; siendo las 3 categorías bajo las cuales se realizó el análisis las de *i. La Conceptualización de la Consulta Previa*, *ii. La naturaleza Jurídica de los actos producto de la Consulta previa*, y *iii. La eficacia de los actos producto de la Consulta previa*. Con la finalidad de profundizar y abordar los efectos jurídico-vinculantes que suponen el diálogo intercultural desde la esfera del derecho, para de esta forma reconocer la verdadera eficacia del mandato constitucional e internacional en el contexto colombiano.

## **1. La consulta previa como medio de protección de derechos**

Para el desarrollo del concepto de consulta previa, en esta parte del escrito se contextualizará sobre su definición desde el contexto nacional e internacional, cómo es su aplicación en las poblaciones étnicas y campesinas, para finalizar con su abordaje en temas medio ambientales y de salud pública.

### ***1.1 La consulta previa en el sistema jurídico colombiano***

Partiendo de que la población indígena supera los 476 millones de individuos, representando así el 6,2% de la población mundial; de que estos pueblos son los poseedores de una gran diversidad de culturas, tradiciones, idiomas y sistemas de conocimiento único (Naciones Unidas, 2021); y que lastimosamente esta misma población, de acuerdo con Patiño (2014), ha sufrido una:

consecuente explotación de recursos naturales al interior de su territorio, su continua discriminación desde la Colonia, la subvaloración de su cultura, por un lado, y el intento de imposición de la cultura occidental como única opción de desarrollo (...). De ahí la importancia de respetar a, y dialogar con los pueblos indígenas en relación con las medidas que los afectan para preservar su diversidad étnica y cultural. (p.71)

Resulta justificable la gran cantidad de garantías que tienen actualmente en los sistemas jurídicos como el colombiano. Dentro de las tantas cauciones que se han conseguido históricamente, se encuentra el dialogo, que se traduce en la participación de los grupos étnicos en decisiones que los puedan afectar directamente, por lo tanto, en estricto sentido se entiende como “un derecho y obligación de la ciudadanía y la comunidad que debería ser garantizada por el Estado y por tanto ser exigible y aplicable” (Montes de Oca, 2006, p.5).

La consulta previa como una garantía constitucional de pervivencia en un contexto de riesgo y exterminio físico y cultural, se vuelve la forma concreta de plasmar este mandamiento. Es un mecanismo que tienen las comunidades étnicas para exigir la efectividad de sus derechos propios como personas y comunidad. El ejercicio de este derecho se hace efectivo cuando existen situaciones en que se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de los territorios de las comunidades

étnicas, buscando mediante la consulta, que se fortalezca el respeto por las comunidades y el reconocimiento de su derecho de definir sus propias prioridades para el desarrollo (Organización Internacional del Trabajo [OIT], C169 de 1986).

Por otro lado, es un medio por el cual se puede ejercer la participación ciudadana para velar por los derechos colectivos ambientales aplicable de la misma manera a situaciones donde el Estado promueve, alguna medida que tenga efectos sobre una comunidad o su territorio. De acuerdo con el artículo 1 de la ley 21 de 1993, debe existir comunicación entre el Estado y la comunidad para informar de la medida adoptada y promover la participación de ellos para su autonomía en las decisiones que los afectan.

El diálogo interlocutorio generado por la consulta se convierte entonces en un elemento de validez para las diferentes actuaciones del Estado, siendo esta según la Corte Constitucional (2006)

un trámite obligatorio que debe ejecutarse de acuerdo con los usos y costumbres de cada etnia, cada vez que se pretendan tomar decisiones que afecten a las comunidades, las cuales pueden ser: a) Medidas administrativas como la expedición de una licencia ambiental para la explotación de recursos naturales y b) Medidas legislativas como la expedición de normas que involucren o afecten a estos pueblos (Corte Constitucional, T-382, 2006).

### *1.2 Consulta previa en comunidades étnicas y campesinos*

Tratados internacionales como el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989, promueven obligaciones y deberes en cabeza de los Estados ratificadores, sobre el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural; fundamentan el rechazo a las políticas de destrucción de la cultura de las Comunidades étnicas por medio de actuaciones del Estado o privadas (Echeverry, 2022); y sugieren que los derechos que se adquieren mediante dichas normativas otorgan y buscan el cumplimiento de la participación ciudadana a las comunidades étnicas. La ley 21 de 1993, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, ratificó el Convenio 169 de la OIT y se sumó a la postura internacional de reconocer el derecho con un carácter fundamental la consulta previa, dado que “en muchas partes del mundo **sin excluir a Colombia**, esos pueblos no pueden gozar de derechos humanos fundamentales en ese mismo grado que el resto de la población” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], C169 de 1986) (Negrilla por fuera del texto).

El fundamento de este diálogo multicultural se debe a que la participación ciudadana está intrínsecamente ligada con la democracia y que aquella está reconocida como un principio, lo que quiere decir, más allá de ser un derecho que expresa y hace parte de un sistema jurídico de toma de decisiones es “un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia” (Corte Constitucional-, C-585, 1995). La consulta previa al ser un mecanismo para hacer efectivo el cumplimiento de un derecho humano (la participación ciudadana), obtiene el título de derecho fundamental en su enfoque de aplicación en la comunidad étnica, que, en concordancia con la ley y el convenio mencionados anteriormente, que se consideran

como tal a: “Pueblos tribales (...) y Pueblos indígenas (...)” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], C169 de 1986).

Constitucionalmente la consulta previa tiene como fundamentos los siguientes: el artículo 1, donde se interrelaciona el presente mecanismo directamente con el carácter participativo, democrático y pluralista de la constitucional, por otro lado, los artículos 7, 8, 9, 70 y 286 donde se reconoce la existencia de diversidad étnica en el país y el principio de la autodeterminación de estos, el artículo 330 cuando se refiere a temas de consulta previa debido a que el mismo enuncia que:

Artículo 330. PARÁGRAFO. 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.** (Negrilla por fuera del texto)

En este orden de ideas, se identifica que la consulta previa es de carácter obligatorio, debido al fundamento constitucional enmarcado en los artículos anteriormente mencionados, siendo un deber del interesado, sin importar su naturaleza pública o privada, el facilitar y dar a conocer la probable afectación y perjuicios, de las consecuencias de la obra, proyecto, labor plan y en tal caso el cumplimiento adecuado de los acuerdos pactados con las comunidades so pena de vulnerar del derecho fundamental a la consulta previa y la respectiva suspensión o terminación –si es del caso- de la medida (Corte Constitucional, T-005, 2016).

### *1.3 Consulta previa sobre temas medio ambientales y de salud pública*

Entre los tantos temas que se trataron con la constitución política de Colombia de 1991, “la defensa y conservación de los recursos naturales y la protección de los bienes y riquezas ecológicas necesarias para asegurar un desarrollo sostenible” (Polo, 2008), abrió la posibilidad de hablar de una constitución ecológica donde: la República se encarga de la protección del derecho al medio ambiente sano de las personas; el Estado y los ciudadanos son responsables de proteger los recursos naturales de la nación; las propiedades también tienen una función ecológica y no meramente patrimonial (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991) y otra serie de medidas que ayudan a dilucidar que el constituyente tenía como prioridad el derecho colectivo de los colombianos al goce de un medio ambiente sano y su plena defensa.

A partir del fundamento constitucional, es visible que desde la misma norma superior se viene hablando sobre el derecho ambiental, rama que es definida como aquella que:

(...) obedece a la necesidad de la sociedad de generar un ámbito de protección de índole jurídico a los recursos naturales a fin de promover su conservación y uso sostenible; de ahí que, para la consecución de dicho objetivo, resulte imprescindible la actuación de las entidades públicas y sus agentes (Diazgranados, 2012, p, 89)

De esta forma queda claro que la realización plena de los derechos ambientales es responsabilidad del Estado, y que siendo sus titulares toda la comunidad en general, se transforman en un derecho colectivo bases y fundamentales para la ejecución de garantías relacionadas con la dignidad humana, porque “el derecho ambiental se convierte en un presupuesto fundamental para el respeto de otros, como el derecho a la vida y el derecho a la salud” (ibídem, 2012, p, 90).

En este orden de ideas se debe entender que la armonización de intereses generales, como el desarrollo económico y social de la nación, tiene que ir en consecuencia a las condiciones que han sido planteadas para la protección del medio ambiente (Corte Constitucional, C-058, 1994), porque el crecimiento económico producto de las economías actuales y de la libertad que tienen, causan un impacto ambiental considerable que no se puede desconocer.

Sin embargo, la práctica difiere esencialmente del deber ser constitucional, problemas como el agotamiento de recursos naturales; la contaminación y polución en el país; la explotación a índices abismales de las especies marinas, los bosques, el agua, y de otros recursos; los índices de CO<sub>2</sub> presentes en la atmosfera; la destrucción evidente de la selva tropical, la extinción de diferentes especies; y entre muchos otros más, son el producto directo de una economía global regida por la libre competencia del mercado y sin voluntad ecológica (Martínez, 2011). De esta forma a pesar del gran esfuerzo por parte de algunos sectores de la población colombiana, lo cierto es que cuando se encuentran en controversia el desarrollo económico social y el medio ambiente, prima este primero. Le corresponde al derecho entonces disponer de los medios legales suficientes para armonizar intereses y proteger el medio ambiente en pro al mandato constitucional.

Siendo un derecho colectivo el de un medio ambiente sano, la forma procesal más expedita para su exigencia es el de la acción popular regulada por la ley 472 de 1998, la cual está planteada en la Carta Magna con el fin de proteger los derechos e intereses colectivos, relacionados con la salubridad pública, el ambiente, y entre otros intereses de la misma naturaleza (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 88). Dicha acción es por medio de la cual un ciudadano en el contexto comunitario tiene la facultad legítima y procesal de instaurar ante las autoridades competentes una demanda en nombre de su grupo o comunidad que se ha visto afectada en sus derechos colectivos; siendo necesario para su procedencia la violación o amenaza objetiva de estos o la omisión de las autoridades o particulares sobre el derecho en cuestión, de forma que provengan de una conducta diligente y negligente del ente (Por fuera de los deberes legales atribuidos), esto según la ley Ley 472 de 1998. En este orden de ideas la acción popular, aunque podría de cierto modo tutelar el derecho ambiental, se queda corta en algunos supuestos de hecho como cuando no existe la violación al derecho colectivo, pero esta no proviene de una conducta por fuera de los deberes legales atribuidos a la autoridad o al particular.

Por su parte la consulta previa, tema de la presente investigación, procede en el área medio ambiental cuando existe un peligro inminente y, además, como lo asevera Montes de Oca (2006), cuando:

Se presenta un impacto o lesión ambiental como consecuencia de la actividad de las autoridades públicas o las empresas privadas concesionarias de una obra pública o de recursos naturales; cuando existen indicios de afectaciones a la comunidad o al ambiente, o cuando ya se originó y se evidencia el impacto ambiental (p. 87)

Esto quiere decir que la consulta se debe dar en cumplimiento del principio de precaución, mediante el cual se busca evitar el daño grave en el medio ambiente cuando exista un peligro inminente, la naturaleza del hecho sea grave o que no se pueda restituir y exista cierta certeza científica; siendo así el principio un mecanismo para posibilitar la protección y la defensa del medio ambiente, y la salud (Ovalle y Castro 2012). En este sentido la consulta previa debe ser oportuna y hacerse en el mismo momento en el que se da el riesgo, de forma que cualquier proyecto que afecte directamente la integralidad de la comunidad (en el caso de los indígenas) o el derecho colectivo a un medio ambiente sano (en el caso de los ciudadanos) debe estar dirigido a evitar daños ambientales irreparables y un riesgo potencial en la salud de las personas.

Recordando que la consulta previa consiste en un medio de participación que busca el dialogo entre el Estado y las comunidades afectadas directamente por un acto o medida lo que se busca con este medio es un diálogo donde la opinión informada de la comunidad debe ser escuchada. Esta interlocución en el tema ambiental resulta problemática, mientras las comunidades indígenas prefieren no probar el daño ambiental que pueden causar los proyectos realizados en sus territorios, porque perjudicar sus argumentos en la consulta previa, los estudios de impacto ambiental resultan inconsistentes e insuficientes frente al verdadero estado de la ciencia ambiental (Rodríguez, 2014). En este sentido el suministro de información y su manejo resulta indispensable para cualquier diálogo interlocutorio entre las dos partes de la consulta que claramente tienen dos intereses opuestos.

La consulta previa en materia medio ambiental (licencias ambientales), resulta ser evidentemente algo indispensable e imprescindible para cualquier sociedad, sin embargo, a la luz de la legislación vigente sobre el tema (Decreto 1320 de 1998), se resume a una reunión donde el responsable de la actividad expone los posibles impactos ambientales de esta y los representantes de las comunidades afectadas expresan su opinión sobre el tema, que puede terminar de dos formas: *i.* Un acuerdo en torno a la identificación de los impactos y medidas propuestas, y *ii.* El no acuerdo sobre las medidas del plan de manejo ambiental que deja en facultad de la autoridad ambiental competente la facultad la decisión sobre el tema. En resumen, la comunidad afectada tiene dos opciones, o llega a un acuerdo con el encargado del proyecto, o se presenta su claro desacuerdo con el acto o la medida y faculta a una autoridad ambiental para que decida sobre la comunidad, lo cual es una clara desventaja para esta.

Este apartado demuestra que del concepto de consulta previa se desprenden una gran variedad de temáticas y aspectos relevantes, desde su justificación en el derecho internacional vigente en tratados y convenios vinculantes para Colombia; la protección que significa para la participación ciudadana y étnica que termina siendo un derecho constitucional fundamental y humano que se debe proteger y garantizar por el Estado; hasta la importancia que tiene para el procedimiento

de licitación ambiental, que directamente plasma el principio de precaución propio del derecho del medio ambiente, al dar voz a las comunidades que pueden verse afectadas directamente por un acto de la administración, para que expresen su opinión sobre los posibles daños e impactos que este pueda causar. De forma que desarrollando el concepto de consulta previa y sus diferentes aristas, comprender la naturaleza jurídica de esta figura legal resulta importante para determinar los efectos jurídicos y vinculantes de esta.

## **2. La naturaleza jurídica de la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano**

El presente apartado abordará la consulta previa como un conflicto de intereses entre el Estado y las comunidades, como derecho fundamental integrado en el ordenamiento constitucional colombiano por medio del bloque de constitucionalidad, y como procedimiento previo del acto administrativo regulado por el decreto 1320 de 1993 del cual resultan dos supuestos de hecho: el acuerdo y el no acuerdo producto de la consulta.

### ***2.1 El conflicto de intereses entre Estado y comunidades***

La consulta previa nace de un conflicto, desde el momento en el que el Estado tiene interés en la realización de alguna actividad sobre recursos naturales que se encuentren ubicados en un sector donde habiten etnias o campesinos, dos intereses se encuentran en oposición, por una parte, el interés general del Estado que vela por el desarrollo económico-social y la protección cultural, económica y social de las etnias, que es responsabilidad del Estado (Rodríguez, 2014). A final de cuentas es el encuentro entre dos intereses generales que tienen que ser ponderados, sin embargo, quien resulta haciendo esta ponderación, como se dijo anteriormente, es la autoridad ambiental competente. Es importante tener en cuenta esto, porque cuando el juez constitucional ha realizado esta comparación de intereses, ha llegado a la conclusión de que solamente podrá limitarse la preservación de la diversidad étnica cuando esto sea acorde a la constitución (Corte constitucional, SU-383 del 2003).

**2.1.1 La consulta previa como derecho fundamental.** La protección jurisdiccional del juez constitucional viene estrechamente relacionada con la naturaleza constitucional que tiene la consulta previa; y teniendo en cuenta que los derechos fundamentales son en sí normas indispensables y creadores del modelo constitucional de la sociedad colombiana, y que como conjunto de valores provocan acciones positivas a cargo de los poderes públicos, que consecuentemente generan una serie de actividades administrativas y legislativas en pro de cumplir los mandatos producto de las garantías (Vargas, 2003); esta figura que nace en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo ratificado por la ley 21 de 1991 se convierte en una obligación del Estado.

Esta naturaleza fundamental de la consulta previa llega por medio del llamado bloque de constitucionalidad, específicamente el artículo 93 de constitución política declara que siempre que los tratados y convenios ratificados por Colombia para el reconocimiento de derechos humanos, estas garantías harán parte de los derechos fundamentales. De tal forma que siendo el convenio 169 de la OIT un tratado internacional ratificado por Colombia que crea

el derecho fundamental de la consulta previa su naturaleza directamente es fundamental. Específicamente esta garantía constitucional está conformada por otros dos derechos según lo afirma Salinas (2011):

Con el de preservar su integridad étnica y el de la participación. Por ello se hace necesaria la implementación de espacios de interlocución, para cada caso particular, en donde dichos pueblos expresen activamente sus inquietudes frente al proyecto o actividad; y que conjuntamente con quien va a desarrollarlos diseñen medidas tendientes a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos derivados de tales obras o actividades (p. 3)

De forma que, su naturaleza de derecho fundamental lo convierte en algo más que un procedimiento, ni un simple requisito de procedibilidad para los actos administrativos y medidas legislativas. Se debe plantear como una verdadera intromisión de las comunidades en las decisiones objeto de controversias.

**2.1.2 El procedimiento de consulta previa de acuerdo al Decreto 1320 de 1998.** El Decreto 1320 de 1998 es la aproximación más cercana que se tiene de una legislación vigente de la consulta previa sobre aspectos medio ambientales; en esta legislación se establecen frente a dos supuestos de hechos que generan particulares cambios en la forma en la que se desarrolla este derecho fundamental. En materia de licencias ambientales y establecimiento de planes de manejo ambiental, la primera precisión que se hace es de los sujetos que interactuarán en el dialogo intercultural, por un lado, las comunidades indígenas lo harán por medio de su representante legal o la autoridad tradicional, y las comunidades afrodescendientes por medio de los miembros de la junta del Consejo Comunitario; ya por el lado del Estado, lo hará el responsable del proyecto, obra o actividad que se pretende realizar. El proceso para esta materia se resume en los siguientes pasos:

Se presenta la solicitud de licencia ambiental o de establecimiento de plan de manejo ambiental.

- a. La autoridad ambiental expide los términos de referencia de la solicitud e informa al ministerio del interior sobre la participación de las comunidades indígenas y/o negras posiblemente afectadas.
- b. Se realizan los estudios ambientales en consideración al componente socioeconómico y cultural de la comunidad.
- c. Se realiza el estudio de impacto ambiental teniendo en cuenta la comunidad como tal y sus condiciones de subsistencia, junto a las medidas que adoptara el responsable del proyecto en caso de impactar medio ambientalmente el territorio.
- d. 15 días hábiles después a la solicitud de la licencia o de establecimiento de plan de manejo ambiental, la autoridad administrativa comprobará la participación de la comunidad interesada en la elaboración del estudio de Impacto Ambiental y programará la reunión de consulta previa dentro de los 30 días siguientes.
- e. En la reunión se presentarán necesariamente “la autoridad ambiental competente, y deberá contar con la participación del Ministerio del Interior. (...) el responsable

del proyecto, obra o actividad y los representantes de las comunidades indígenas y/o negras involucradas en el estudio” (Decreto 1320, 1998, art. 12) y se desarrollara en castellano, con la traducción a la lengua de la comunidad.

- f. En la reunión i. se explica por parte del responsable en que consiste el acto que se pretende realizar y cuáles son sus posibles consecuencias, ii. Se escucha la opinión de los representantes de las comunidades.
- g. En caso de acuerdo sobre los impactos y las medidas propuestas en el plan de manejo ambiental se dejará acta expresa del hecho.
- h. En caso de no existir acuerdo, se suspenderá la reunión en solo una ocasión con el fin de evaluar las propuestas. Si después de la suspensión se llega a un acuerdo se dejará expreso en acta, de no ser así se dejará constancia del no acuerdo.
- i. Frente esta última situación la autoridad ambiental competente decidirá sobre el conflicto en el acto administrativo que otorgue la licencia ambiental o apruebe el plan de manejo ambiental.
- j. La autoridad ambiental dejara constancia de la reunión de consulta previa en un acta.

Sobre la consulta previa que se hace para la emisión de documentos de evaluación y manejo ambiental, el interesado informará la participación de comunidades étnicas al Ministerio del Interior; una vez se haga el documento se realizará la consulta previa y de la misma forma será la autoridad ambiental quien decida la procedencia de las obras producto del documento. Por otro lado, en materia de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables, se llega el siguiente proceso:

- a. La consulta previa será programada 15 días siguientes al auto que la declara.
- b. En la reunión i. Se expondrán técnicamente el manejo de los recursos, ii. Se escucharán las comunidades indígenas o negras consultadas para iii. Determinar los impactos ambientales que puedan surgir de la práctica.
- c. Sobre el acuerdo o desacuerdo se aplicará las mismas disposiciones de la licencia ambiental y el plan de manejo ambiental.
- d. La autoridad ambiental dejara constancia de la reunión de consulta previa en un acta.

Siguiendo la lógica del decreto, queda claro que la consulta previa es la piedra angular de las varias actuaciones administrativas sobre temas medio ambientales, y la participación de las comunidades que pueden verse afectadas por dichas actuaciones es una clara concreción de la necesaria influencia de las etnias del proceso administrativo al expresar su punto de vista. Por lo tanto, si se vulnera esta participación es una clara afectación del derecho fundamental de estas poblaciones que se debe y se ha resuelto por vía tutela, los últimos años. Lo que si resulta problemático es el hecho de que, si se da una participación étnica por fuera de cualquier afectación, pero, sin embargo, el resultado de la reunión sea la no existencia de un

acuerdo; sea la autoridad ambiental quien termine tomando una decisión sobre el conflicto. Al final, sin importar lo que suceda en la reunión o reuniones de la consulta previa el resultado será un acto administrativo que en la mayoría pondera los intereses generales del desarrollo económico social, sobre el de preservación étnica y ambiental.

### 3. La naturaleza de los posibles productos de la consulta previa

Teniendo en cuenta el procedimiento establecido por el decreto 1320 de 1998, la consulta previa constituye dos actos jurídicamente relevantes: *i.* El posible acuerdo producto de la reunión que materializa la consulta previa, y *ii.* La decisión que toma la autoridad ambiental competente sobre el desacuerdo entre la comunidad étnica y el responsable del proyecto ambiental. Resulta importante, para efectos de determinar las consecuencias jurídicas de la consulta previa en Colombia, determinar la naturaleza jurídica de cada una de las figuras que derivan de ella, partiendo de las clasificaciones doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre el tema. En este apartado se ahondará en la propuesta de clasificación jurisprudencial del acuerdo producto de la consulta previa; y en el tipo de acto administrativo que resulta del no acuerdo, partiendo desde la teoría general del acto administrativo.

#### 3.1 *El acuerdo producto de la consulta previa (sentencia T-002 del 2017)*

El primer supuesto de hecho es siguiente: el responsable de un proyecto o plan de manejo ambiental en un territorio campesino o étnico y la comunidad o comunidades directamente afectadas, se reúnen para que el primero explique en que se basa su proyecto o el plan, y para que la o las segundas expresen su opinión sobre tema, siendo el resultado de esta interlocución **un acuerdo que será estipulado en un acta expresa**. Dicho acuerdo intercultural fue desarrollado por la corte constitucional en el año 2017, quien para determinar sus efectos jurídicos estableció una serie de pautas sobre el tema.

La corte llega a la conclusión de que el acuerdo no se puede enmarcar dentro las clasificaciones doctrinales clásicas, de por si su naturaleza de derecho fundamental y su poco tratamiento legal ha causado la inexistencia de medios judiciales de defensa, de forma que la corte constitucional ha resultado siempre competente en estos casos en defensa de la participación y del dialogo intercultural. En este sentido determina la corte que el acuerdo producto de la consulta previa es un *pacto plurilateral vinculante* sujeto al mandato constitucional. Dicho pacto es mediante el cual:

las partes se obligan a concertar (i) la protección integral de los derechos fundamentales de la(s) comunidad(es) étnica(s) afectada(s), salvaguardando su estatus diferenciado, pese a (ii) la afectación causada por la puesta en marcha de una obra, proyecto o actividad estatal, bajo el entendido de minimizar las afectaciones directas. Dicho ACP resulta obligatorio para esta Sala de Revisión en la medida que el respeto por la voluntad libre de las partes en el proceso consultivo concreta los principios constitucionales de participación activa y

efectiva, buena fe, democracia, transparencia y diversidad étnica y cultural. Asimismo, permite darle contenido y coerción al derecho fundamental a la consulta previa.

En este sentido:

Los ACP son herramientas obligatorias que permiten la satisfacción y el goce efectivo del derecho a la consulta previa, así como de los demás derechos fundamentales involucrados en el proceso consultivo. En tal virtud, los ACP constituyen parte del derecho fundamental a la consulta previa y guardan una estrecha relación con el derecho constitucional. (Corte constitucional, T-002, 2017).

Sin embargo, vale la pena observar como la Corte descarta las figuras clásicas para llegar a esta conclusión. Sobre que el acuerdo sea un *acto administrativo*, arguye que en la consulta previa se encuentran dos voluntades, la de la administración en cumplimiento de sus funciones administrativas, u la de las comunidades étnicas o campesinas; esta pluralidad de voluntades no estaría entonces al unísono con la definición de acto administrativo. Sobre si es *contrato privado*, precisa que como existe un sujeto de derecho público que participa y la concreción de los actos previos tienen rango constitucional, no sería posible considerarlo en esta figura. Por último, como *contrato estatal*, no resulta viable para la corte debido a que el objeto de los acuerdos son las medidas de mitigación, compensación e indemnización, no de remuneración, además que no hace parte de la clasificación legal y no tiene el mismo proceso que se utiliza en los contratos de este tipo (Ibídem, 2017).

Por otra parte, la doctrina específicamente ha identificado diferentes formas en las que se pueden materializar los actos de las autoridades administrativas, una de estas formas es la de los actos bilaterales, que Herrera (2012) definidos como aquellos:

que requieren, además de la voluntad de una autoridad administrativa, la de otro sujeto, que puede tratarse de un particular u otra autoridad, y necesitan la existencia de un acuerdo entre ellos para que la voluntad expresada nazca a la vida jurídica y, en consecuencia, genere obligaciones para las partes (p. 306).

Interesa para el tema del presente escrito como en esta clasificación el acto despliega efectos para las quienes otorgaron sus voluntades para su respectiva formación mediante un acuerdo, lo cual es lo más cercano a lo que sucede en el acuerdo que nace del procedimiento de la consulta previa. Sin embargo, el mismo autor, reconoce que su forma de concreción típica se encuentra en los contratos estatales, y como se detalló anteriormente según el pronunciamiento de la corte no sería viable su enmarcación dentro de este negocio jurídico, pero no deja de ser una figura jurídica adecuada al supuesto de hecho planteado.

De esta forma queda claro, como a pesar de que la corte sienta unas pautas para llegar a una conclusión razonable sobre la figura que supone el acuerdo de la consulta previa, y que la consideración de acto bilateral resulta en una figura jurídica doctrinal que recoge las

características de dicho acuerdo; de nuevo el vacío legal sobre la materia no permite sino llegar a consideraciones jurisprudenciales sobre el tema. Sin embargo, las aseveraciones de la corte sobre la naturaleza del acuerdo producto del dialogo intercultural entre el Estado y las comunidades étnicas o campesinas, hacen denotar las características propias del acuerdo, que sugieren la necesidad de un tratamiento legal diferencial respecto al de los actos de las autoridades administrativas o al de los actos jurídicos privados.

### *3.2 Acto administrativo (La decisión de la autoridad ambiental competente)*

Sobre el segundo supuesto de hecho donde: el responsable de un proyecto o plan de manejo ambiental en un territorio campesino o étnico y la comunidad o comunidades directamente afectadas, se reúnen para que el primero explique en que se basa su proyecto o el plan, y para que la o las segundas expresen su opinión sobre tema, siendo el resultado de esta interlocución **un no acuerdo** que perdura después de la suspensión de la reunión para el análisis de las propuestas y que será estipulado en un acta expresa, quedando de esta forma facultada la autoridad ambiental competente para emitir **decisión sobre el tema objeto de controversia**. En este sentido, siguiendo la línea argumentativa de la corte no existe acuerdo en la consulta previa, por lo tanto, no hay un pacto plurilateral vinculante, solo existe un acto administrativo competencia de una autoridad.

**3.2.1 Sobre el Acto Administrativo en general.** Específicamente el artículo 104 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) instituye que “las controversias y litigios originados en **actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones**, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa” (énfasis propio) (Ley 1437, 2011, Art. 104) son materias competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa. El acto (objeto del presente estudio), se caracteriza por nacer de la manifestación de la voluntad de una autoridad administrativa, siendo esta última cualquier órgano de la rama legislativa, judicial, ejecutiva, de todos los sectores y niveles, junto a los órganos autónomos e independientes y hasta los particulares que ejerzan función administrativa (Ley 1437, 2011, Art. 2).

En este orden de ideas la función administrativa influye en el concepto de acto administrativo, porque siendo “toda actividad que realizan los órganos del Estado, o los particulares, autorizados por la ley, para realizar los fines estatales” (Penagos, 2001), se vuelve determinante para saber si se está frente a un acto administrativo o no; debido a que cuando la actividad individual resulta insuficiente para velar por la realización de fines como la seguridad, progreso y bienestar de toda la población (propios de la función administrativa), estos se prestan por medio del acto administrativo (Alessi, 1970). El acto, resulta ser, a fin de cuentas, la manifestación de la función administrativa y el medio para que el Estado realice materialmente los intereses generales.

Sobre los elementos que estructuran esta manifestación se encuentran: el objeto, los motivos, el fin, la forma y los procedimientos, la capacidad, la competencia y la voluntad de la autoridad o sujeto de orden administrativo, siendo estos los que condicionan su nacimiento a la vida

jurídica o su respectiva nulidad, que impide desplegar los efectos jurídicos en caso de que el acto carezca de esta. A estas características propias de los actos se suman las de: i. Provenir de una autoridad administrativa; ii. Ser producto de la voluntad unilateral de la autoridad que lo expide, y que por lo tanto no requiere que la aceptación de en quien recae (Sujeto pasivo) para surtir efectos jurídicos; iii. Ser de obligatorio cumplimiento desde su expedición por su presunción de legalidad; iv. Poder decidir sobre temas jurídicamente relevantes, sin autorización judicial; y v. producir efectos ejecutorios y ejecutivos (Herrera, 2012).

Respecto a su clasificación, el mismo CPACA establece que estos actos pueden ser, según el artículo 37, *generales* cuando el sujeto pasivo no es determinado, o *particulares* cuando existen terceros puedan resultar afectados directamente por los efectos del acto; *definitivos*, según el artículo 43, cuando se resuelve directamente sobre la materia del asunto, en otras palabras, el momento en el que termina el procedimiento administrativo; de *ejecución* cuando su objeto radica en hacer cumplir un acto administrativo de carácter definitivo (artículo 75); *reglado*, cuando a pesar de que es definitivo, la decisión está sujeta a disposiciones de ley o algún reglamento; *discrecional*, por mandado del artículo 44, cuando este depende exclusivamente de la voluntad de la autoridad administrativa, pero con proporcionalidad a los hechos y a los fines de la normatividad; y *presunto*, cuando, según el artículo 83, se deriva de un silencio administrativo negativo; o de *tramite* o *preparatorios* según el artículo 75. Esta clasificación legal resulta relevante para el momento en el que se determinan los medios de publicación y notificación de los actos administrativos, y los instrumentos que sirven para defender los derechos de los afectados y su forma de impugnación. Los recursos administrativos, por ejemplo, son aquellos mecanismos propios de la administración mediante los cuales se busca que el acto administrativo se revise, se modifique o que en su defecto se revoque, y cuya procedencia depende de la clase de acto que se busca alegar.

El acto administrativo que resulta del no acuerdo producto de la consulta previa (licencia ambiental), es la forma como la administración responde la petición del responsable de un proyecto, obra o plan de manejo ambiental y manifiesta las obligaciones que este debe cumplir este sujeto para producir el menos impacto ambiental posible (Rodríguez, 2009). En este orden de ideas resulta ser un acto *discrecional y definitivo*, donde a partir del estudio y evaluación detallado del impacto ambiental y de la participación ciudadana, la autoridad competente es quien toma la decisión de fondo de licenciar o no, al responsable del proyecto, imponiendo así unos deberes de mitigación de impacto ambiental a este tercero como consecuencias jurídicas, convirtiéndose también en un acto administrativo *particular* pero ya que influye en el derecho al medio ambiente que hace parte de los derechos colectivos también es *general*. Hay que precisar que, aunque el acto genera una serie de obligaciones hacia el responsable, no se deben entender como únicas, ya que estas significan una obligación también para la administración, siendo de esta forma un acto bilateral en el sentido que genera efectos para ambas partes.

Consumando el contenido de esta parte del escrito, queda claro como frente a la imposibilidad de clasificar el acuerdo producto del procedimiento de consulta previa establecido en el decreto 1320 de 1998, y las características propias de la consulta previa, hacen que no se pueda enmarcar en la tipología clásica de los actos celebrados por la administración, de forma que el llamado

“Pacto Plurilateral” traído por la corte constitucional, y el acto bilateral podrían ser alternativas sobre la clasificación de la figura. Por otro lado, cuando no existe un acuerdo entre las partes de la consulta, la decisión de la autoridad ambiental competente que termina el procedimiento administrativo es un acto administrativo de carácter discrecional y definitivo, que, aunque motivado, dependerá de la voluntad de la autoridad, quien puede negar licenciar al responsable o en su defecto permitir el desarrollo del proyecto que afecte a las comunidades étnicas, radicando en él una serie de obligaciones que deberá cumplir siendo uno de estos sus efectos jurídicos.

#### **4. Los efectos jurídico-vinculantes de los posibles productos de la consulta previa**

Siempre estará condicionado a los elementos esenciales propios de la tipología, tanto la existencia de un acto jurídico, como el consecuente despegamiento de efectos jurídicos, que se pueden abordar como las consecuencias que producen una afectación en la realidad jurídica (Trujillo y Zapata, 2018), y dependen exclusivamente de la eficacia y de la validez de su origen. En este último apartado, se abordarán dichas consecuencias que afectan la realidad del derecho en el acuerdo de la consulta previa, y en el acto administrativo producto del no acuerdo.

##### ***4.1 Frente al incumplimiento del acuerdo***

A pesar de que la jurisprudencia ha tenido diferentes pronunciamientos sobre la consulta previa debido al vacío legal que existe sobre la materia (Salinas, 2011), algo que se ha mantenido constante, es la procedibilidad de la tutela frente en los casos en los que se ve vulnerado el derecho fundamental. La mayoría de casos en los que ha tutelado el juez constitucional sobre la materia lo ha hecho cuando es vulnerado el procedimiento de la consulta previa, es decir el establecido por el decreto 1320 de 1998; pero la mayoría de pronunciamientos se han dirigido a considerar la consulta más allá del trámite y de la diligencia que significa para la administración, considerándola como una oportunidad de interacción, razonable e ilimitada (Corte Constitucional, T-764, 2015) para y con las comunidades afectadas.

Esta misma línea argumentativa llevo a que esta alta corte considerara que el derecho constitucional fundamental no finaliza en el momento en que se concreta el procedimiento, es decir, cuando se da el acuerdo final entre el Estado, quien ejecuta el proyecto y la comunidad o comunidades involucradas. Para la corte el acuerdo final es vinculante para las partes ya que la voluntad de estas se encamina en un pacto cuyo objeto radica esencialmente en los derechos de las comunidades étnicas minoritarias; por lo que su incumplimiento significaría la ineficacia de la consulta previa y una grave afectación de derechos humanos (Corte Constitucional, T-002, 2017).

Bajo esta tesis, el acuerdo final y su cumplimiento futuro se convierten en una extensión del derecho fundamental de la consulta previa, por lo tanto, la inobservancia de lo pactado compromete el procedimiento de consulta y se convierte en una violación directa al proceso. De esta forma el efecto jurídico de este pacto el obligatorio cumplimiento de las cláusulas

pactadas siendo el medio de protección la jurisdicción constitucional ya que esta perspectiva no deja de ser una solución argumentativa para justificar la procedibilidad de la acción constitucional de tutela por medio de una conexidad entre el derecho fundamental. Esta forma de interpretar los efectos de la consulta previa es viable considerando que en la tipología de las actuaciones administrativas no existe un acto jurídico cuyo objeto sea la limitación de los derechos sociales, económicos y culturales de una etnia, y por lo tanto resulta útil para la protección frente al quebrantamiento de estos solo en caso de que exista un acuerdo, porque cuando no lo hay los efectos desplegados son diferentes.

#### *4.2 Existencia y eficacia del acto administrativo*

Como se expresó en el apartado anterior, la decisión de la autoridad administrativa ambiental competente sobre el desacuerdo final de la consulta previa, es un acto administrativo discrecional definitivo que impone una serie de obligaciones al responsable del proyecto u obra en caso de que licencie su actividad. Por lo tanto, su eficacia y sus efectos jurídicos están relacionados con los del acto administrativo en general y dependen exclusivamente del momento en el que se manifiesta la voluntad de la autoridad, se hace la expedición del acto y se cumple con la publicación y notificación del mismo, en otras palabras, desde su existencia (Herrera, 2012).

La existencia toma una relevante importancia debido a que se relaciona con la obligatoriedad y eficacia del acto, siendo esta primera la que nace con la voluntad de la autoridad administrativa, la cual tiene que ser exteriorizada válidamente (Penagos, 1992), para que produzca posteriormente los efectos jurídicos propios del acto por ser oponible para terceros. De esta forma, un acto administrativo obligatorio buscara de las situaciones jurídicas objetivas o subjetivas una creación, extinción o modificación, siendo de necesario acatamiento y cumplimiento debido a que se presume legal a menos que sean declarados nulos expresamente por la jurisdicción Contenciosa Administrativa (Ley 1437, 2011, art. 88). Dicha obligatoriedad corre no solo para los administrados, sino que también involucra al ente público, de forma que los efectos que se produzcan alterarán la esfera del sujeto (en caso de ser un acto administrativo particular) y de la autoridad que puede hacerlo cumplir sin necesidad de recurrir a la vía jurisdiccional.

Respecto al acto administrativo de la autoridad ambiental, su eficacia radica en la creación de una situación jurídica la cual es el otorgamiento de la autorización para la realización de una actividad con cierto impacto ambiental y la imposición de obligaciones de relacionada con el manejo de los probables impactos ambientales que se puedan producir; es un acto el cual se puede modificar, suspender o revocar en el tiempo a partir de las variaciones de conceptos técnicos que se tengan sobre las condiciones que originaron la licencia, uno que frente al incumplimiento de lo ordenado del obligado (el responsable de la actividad) pierda la fuerza ejecutoria (Rodríguez, 2009).

En cambio, para cuando la consulta previa es un requisito para el otorgamiento de la licencia, debido a que el decreto 1320 de 1998 remite a la ley 99 de 1993 y el decreto 1753 de 1994 para que se continúe con el otorgamiento o negación de la licencia ambiental, cuando se termina la reunión entre el responsable y la comunidad; el acto administrativo tendrá las mismas características de uno donde no hubieran influido las comunidades.

Ultimando este apartado, queda en evidencia que la jurisprudencia ha llegado a un argumento mediante el cual la característica de derecho fundamental de la consulta previa se extiende al acuerdo final, este último al comprometer derechos humanos de minorías como las comunidades étnicas no se puede desprender del proceso de participación, por lo tanto en caso de que se incumplan de sus cláusulas se vulnera una garantía susceptible a protegerse por la vía del juez constitucional; esta situación no ocurre con el acto administrativo que decide sobre la solicitud de licitación ambiental, que no deja de estar regido por la discrecionalidad de la autoridad y aunque los efectos jurídicos (obligaciones para el responsable de la actividad) son de obligatorio cumplimiento so pena de comprometer la ejecutoriedad del acto, es la vía contencioso administrativa la forma de hacer exigir estos efectos en caso de incumplimiento.

## RESULTADOS

Los apartados referenciados en párrafos anteriores dan cuenta del análisis documental realizado, el cual puede evidenciar, la solución que se obtiene al problema de investigación planteado, encontrando de esta manera que, los efectos jurídico vinculantes del acuerdo entre la comunidad étnica afectada por una actividad ambiental, el responsable del proyecto y el Estado; es la creación de obligaciones como situaciones jurídicas que deben ser cumplidas so pena de viciar el procedimiento de consulta previa y en consecuencia vulnerar el derecho fundamental que este involucra haciéndolo susceptible de protección por la vía del juez constitucional (tutela). Por su parte, el desacuerdo entre los mismos sujetos en el marco de la consulta previa deja en la discrecionalidad de la autoridad ambiental administrativa competente el licenciamiento de la actividad, y crea obligaciones en el responsable relacionadas con la mitigación de daño ambiental pero que variarán con respecto al proyecto autorizado; sin embargo, la vía para detener la ejecutoriedad de este acto administrativo que licencia es la jurisdicción contenciosa administrativa.

Se deja como recomendación el estudio de la figura de pacto plurilateral que trajo la corte constitucional con el fin de explicar la naturaleza jurídica del acuerdo producto de la consulta previa, ya que se sale de la clasificación clásica de las actuaciones de las autoridades administrativas al tener como objeto, derechos humanos como los de las comunidades indígenas. Por otra parte, resulta pertinente y necesaria una ley estatutaria de la consulta previa donde esta figura jurídica traspase la esfera de ser un mero requisito de procedibilidad para proyectos o medidas que se quieran realizar sobre comunidades étnicas y que sea garante en la protección de la participación de dichas comunidades en decisiones que los puedan afectar.

## CONCLUSIONES

La Consulta previa en materia ambiental en territorio perteneciente a comunidades étnicas tiene un carácter obligatorio, que se observa en el deber del interesado o responsable de una obra, un proyecto, una labor o un plan de manejo ambiental de comunicar las probables afectaciones e impactos ambientales del acto que solicita de la autoridad administrativa competente (licencia ambiental), so pena de vulnerar del derecho constitucional fundamental y en consecuencia causar la respectiva suspensión o terminación de su actividad, condicionada a la nulidad del licenciamiento.

La consulta previa determina la validez de las actuaciones administrativas sobre temas medio ambientales, de forma que la participación de las comunidades que pueden verse afectadas por dichas actuaciones es una clara concreción de la necesaria influencia de las etnias del proceso administrativo al expresar su punto de vista. Por su parte el Decreto 1320 de 1998 establece de qué forma se tiene que realizar esta participación; las reuniones se convierten en el medio en el cual se da el diálogo intercultural donde la opinión de las comunidades involucradas es escuchada, pero esto debido a que no compromete la realización de la actividad, resulta solo un mecanismo de participación sin importar lo que suceda en la reunión o reuniones de la consulta previa el resultado será un acto administrativo en cabeza de la autoridad ambiental competente.

Resulta inviable el clasificar el acuerdo producto del procedimiento de consulta previa establecido en el decreto 1320 de 1998, dentro de la tipología clásica de los actos celebrados por la administración por el carácter de derecho fundamental de la consulta previa; y el Pacto Plurilateral y el Acto Bilateral resultan ser alternativas sobre la clasificación de la figura. Por otro lado, respecto al desacuerdo entre la comunidad afectada y el responsable de la actividad, la decisión que toma la autoridad ambiental competente es un acto administrativo de carácter discrecional y definitivo derivado de la voluntad de la autoridad, mediante el cual licencia o no al responsable para realizar la afectación medio ambiental y radica en él una serie de obligaciones que deberá cumplir en caso de que el acto administrativo le conceda el derecho.

Cuando existe un acuerdo entre la comunidad y los interesados de una actividad ambiental en las reuniones de consulta previa, este hace parte del procedimiento, por lo tanto, los efectos jurídicos vinculantes, se encuentran en lo estipulado en el pacto plurilateral, y su incumplimiento significa una vulneración de los derechos pactados y por lo tanto del derecho fundamental de consulta previa de las comunidades indígenas.

El acto administrativo que concede o no la licencia ambiental en los casos en los que no hay acuerdo en el procedimiento de la ley 1320 de 1998, se rige por las reglas del derecho contencioso administrativo y en consecuencia el de licenciamiento ambiental. Sus efectos desplegados, serán las obligaciones del responsable del proyecto, obra, o plan de manejo ambiental, que variarán dependiendo de las condiciones de la actividad, y que la misma entidad administrativa que autorizó puede exigir por la ejecutoriedad del acto administrativo.

Ahora bien, quedo sentado que la consulta previa, ha sido el resultado de una serie de garantías que buscan la protección de comunidades étnicas asegurando su participación, concepto que se extiende a las medidas administrativas o actividades de terceros que amenacen el medio ambiente y la salud pública de un territorio habitado por poblaciones culturalmente diferentes. De igual

forma, se logra identificar el pacto plurilateral como la clasificación más adecuada para el acuerdo que nace de la consulta previa, siendo las cláusulas parte del procedimiento de consulta y, por lo tanto, las mismas son vinculantes para el Estado y el responsable del proyecto; por el lado de la licencia ambiental que nace del desacuerdo esta sigue siendo un acto administrativo discrecional.

Por último, el derecho fundamental de las comunidades étnicas, genera efectos para las autoridades administrativas y para terceros, cuando esté en cabeza suya una actividad con posible impacto ambiental y de salud pública, los cuales consisten en obligaciones como las de: asegurar realmente la participación de las comunidades étnicas afectadas y el cumplimiento de las cláusulas convenidas en los pactos plurilaterales con el fin de proteger la integridad y los derechos humanos de estas poblaciones.

#### LISTA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alessi, R., (1970) Manual de derecho administrativo. Tomo I. Casa Editorial Bosch. Barcelona.
- Cámara de representantes (12 de abril de 2021) Congresistas ponentes de Proyecto de Ley de consulta previa, reclaman que no fue consultado con los Pueblos Indígenas, Afro y Rom. <https://www.camara.gov.co/congresistas-ponentes-de-proyecto-de-ley-de-consulta-previa-reclaman-que-no-fue-consultado-con-los>
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). (2.a ed.). Legis
- Corte Constitucional. (17 de febrero de 1994) Sentencia C-058 [M.P: Martínez, A.]
- Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015) Sentencia T- 764. [M.P: Mendoza, G.]
- Corte Constitucional. Sala de Revisión de la Corte Constitucional. (19 de enero de 2016) Sentencia T-005. [M.P: Palacio, J.]
- Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. (22 de mayo de 2006) Sentencia T- 382 [M.P: Vargas, C.]
- Corte Constitucional. Sala Octava de la Corte Constitucional (17 de enero de 2017) Sentencia T-002. [ M.P: Rojas, A.]
- Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. (13 de mayo de 2003) Sentencia Su-383 [M.P: Tafur, A]
- Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. (26 de octubre de 2016) Sentencia C- 585, 1995. [ M.P: Vargas, L.]
- Diazgranados, L. (2012) El ambiente y los servidores públicos, una aproximación desde la responsabilidad y la gestión pública. En Rodríguez, G., Páez, I. (Eds.) *Temas de derecho*

- ambiental: una mirada desde lo público* (pp. 89-111). Universidad del Rosario.
- Echeverry Enciso, Y. (2021). La participación ciudadana como mecanismo de protección del medioambiente: el caso de la consulta previa en comunidades étnicas. *Precedente. Revista Jurídica*, 20, 89-121. <https://doi.org/10.18046/prec.v20.4852>
- Hernández, A., Salamanca, L., Ruiz, F. (2009). *Colombia una Nación Multicultural. Su diversidad étnica*. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 28 -35. Dirección de Censos y Demografía.
- Herrera, A. (2012). *Aspectos Generales de Derecho Administrativo Colombiano*. (3ª ed.). Ediciones Uninorte.
- Leiva, E., Jiménez, W. & Meneses, O. (2019). Los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo, *Revista Derecho del estado*, 42, 149 -180. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5667>
- Martínez, J. (2011). Hacia una economía sostenible: dilemas del ecologismo actual. *Revista Letras Verdes*, 09, 5-25.
- Mendoza, D. (2021, Marzo). *El Mundo Indígena 2021: Colombia*. <https://www.iwgia.org/es/colombia/4129-mi-2021-colombia.html>
- Montes de Oca, B. (2006). *La consulta previa en materia ambiental* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador] .
- Naciones Unidas, (2021, agosto) Día Internacional de los Pueblos Indígenas. <https://www.un.org/es/observances/indigenous-day>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1986). Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales C169 de 1986. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf)
- Organización mundial de las naciones unidad, (n. sf.) No dejar a nadie atrás: pueblos indígenas y el llamado a un nuevo contrato social. <https://www.un.org/es/observances/indigenous-day#:~:text=Hay%20m%C3%A1s%20de%20476%20millones,y%20sistemas%20de%20conocimiento%20%C3%BAnicos>
- Ovalle, M., Castro, Z. (2012). Introducción al principio de precaución. En Rodríguez, G., Páez, I. (Eds.) *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público* (pp. 55-88). Universidad del Rosario.
- Patiño, L. (2014). Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, 7, 69-111. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/acdi7.2014.03>
- Penagos, G. (2001). *El Acto Administrativo*. Tomo I. Parte General. (7ª ed.). Ediciones Librería del Profesional.
- Polo, M. (2008) La ecología frente a la constitución política de Colombia y a la jurisprudencia constitucional. *Revista Boliviana de Derecho*, (5), 139-156. <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539905002.pdf>
- Presidencia de la república de Colombia. (1998, julio). 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. [Ley 1320 de 1998]. <https://pruebaw.mininterior.gov.co/sites/default/files/co-decreto-1320-98-consulta-previa-indigenas-2.pdf>

- Rodríguez, G. A. (2009). La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización. En Restrepo, M. (Ed) *Retos y perspectivas del derecho administrativo* (pp. 222-245). Universidad de Rosario
- Rodríguez, G. A. (2010). *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Universidad del Rosario.
- Salinas, S., (2011). La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. *Revista derecho del Estado*, 27, 235-259. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3019>
- Trujillo, E. & Zapata, J. (2018). *Efectos Jurídicos del Estado de Cosas Inconstitucional en Colombia, a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional (1997 – 2017)*. [ Tesis de especialización, Universidad la Gran Colombia].
- Vargas, C. (2003). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado “Estado de cosas inconstitucional”. *Estudios constitucionales*, 1, 203-228. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>
- Vargas, T., & Hernandez, P. (2019). *Reflexiones sobre algunas posiciones de la corte constitucional del consejo de estado frente temas sustanciales de las acciones populares en diferentes contextos: fallos y sentencias* [Tesis de Grado, Universidad Cooperativa de Colombia].