



Bogotá D.C.

Señor

**TOMAS RESTREPO RODRÍGUEZ**

Jefe

Oficina Asesora Jurídica

Ministerio de Minas y Energía

Calle 43 N° 57 - 31 CAN

Email: [menenergia@minenergia.gov.co](mailto:menenergia@minenergia.gov.co)

Bogotá D.C.

**Asunto:** Respuesta a solicitud de concepto de determinación de procedencia o no de la consulta previa para el proyecto de decreto reglamentario del art. 233 de la Ley 2294 de 2023.

**Referencia:** Radicado Controldoc N° **2023-1-004044-043945** id 149636 de 16 de junio de 2023, Comunicación Radicado N° 2-2023-017384 Fecha: 15-06-2023

Respetado señor Restrepo Rodríguez, reciba un cordial saludo.

Esta Dirección recibió solicitud de concepto técnico-jurídico de determinación de procedencia de la consulta previa para los proyectos de decreto reglamentarios del artículo 233 de la Ley 2294 de 2023.

En la solicitud se recibieron los siguientes documentos:

- Proyecto de decreto “*Por el cual se reglamenta el artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 y se adiciona la Subsección 8.4 a la Sección 8, Capítulo 8, Título III, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1073 de 2015, con el fin de reglamentar las transferencias del sector eléctrico con destino a comunidades indígenas*”.
- Proyecto de decreto “*Por el cual se reglamenta el artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 y se adiciona la Subsección 8.5. a la Sección 8, Capítulo 8, Título III, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1073 de 2015, con el fin de reglamentar las transferencias del sector eléctrico con destino a Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras*”.

De modo que, con la finalidad de dar respuesta a su solicitud de concepto técnico – jurídico de procedencia de la consulta previa sobre el proyecto de norma indicado en el asunto, este Despacho procede a emitirlo basado en las siguientes consideraciones:

#### **1. De la competencia de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa**

El Decreto 2353 de 2019 por medio del artículo 4 sustituyó los artículos 16 y 16A del Decreto 2893 de 2011 y adicionó los artículos 16B, 16C y 16D. En particular, el numeral 1 del artículo 16A del Decreto 2353 de 2019, dispuso como función de la Subdirección Técnica de Consulta Previa:

*“Determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran”.*

Por lo anterior, **quien pretenda ejecutar un proyecto, obra o actividad, o implementar una medida legislativa o administrativa** deberá solicitar a este despacho pronunciamiento sobre la



procedencia y oportunidad de la consulta previa, y con base en el análisis de la afectación directa que el proyecto o medida pueda generar sobre la comunidad étnica, este despacho determinará si es procedente o no adelantar proceso de consulta previa.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Subdirección Técnica tiene competencia de responder la solicitud de la referencia, ya que es una competencia que ha sido fijada de manera única y exclusiva a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, sin que otra autoridad administrativa tenga competencia para ello.

## 2. De la Consulta Previa:

El derecho a la Consulta Previa tiene sustento en principios reconocidos desde el mismo preámbulo de nuestra Carta Política y reiterados a lo largo del texto constitucional. En primera medida, encontramos precisamente que la Constitución Política estableció como uno de los pilares de nuestro Estado Social de Derecho el principio de participación democrática (*preámbulo, Art. 1°*), y como fin esencial del Estado, el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

Así mismo, nuestra Carta Fundamental reconoció que Colombia es un Estado pluralista que garantiza y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación (Art. 1°, 7°, 8°, 10°).

De igual manera, el artículo 330 de la Constitución Política establece con relación a los territorios indígenas, lo siguiente:

*“Artículo 330: De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:*

*(...) 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.”*

En virtud de lo anterior y en consonancia con el compromiso de establecer especial protección a la diversidad étnica y cultural del país, el Estado Colombiano suscribió el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, adoptado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley 21 de 1991, haciendo parte del bloque de constitucionalidad.

El mencionado Convenio consagra en el artículo 6°, el derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, conforme al siguiente texto:

*“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

*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 afectarlas directamente (...)”*

A su turno, el artículo 7° ibidem, dispone:

*“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.*



*Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”*

### 3. De la afectación directa:

De acuerdo con los acápites precedentes, de manera general puede afirmarse que la consulta previa procede, en principio, frente a dos tipos de decisiones o medidas: **i)** la ejecución de proyectos, obras o actividades, y **ii)** la adopción de medidas administrativas o legislativas de carácter general. En ambas situaciones lo que determina la obligatoriedad de la consulta previa, es que las medidas o decisiones que se pretendan adoptar causen una afectación específica y directa en las comunidades étnicas.

En sentencia T-800 del 31 de octubre de 2014, recogiendo otros pronunciamientos sobre la materia, nuestro máximo Tribunal Constitucional identificó una serie de criterios para determinar aquellos casos en los cuales las *medidas administrativas o legislativas*, ocasionan una afectación directa:

*“La sentencia C-030 de 2008, precisó que por afectación directa debe entenderse toda medida que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. En tal sentido, sostuvo que la afectación directa se da sin importar que sea positiva o negativa, pues es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados.*

*Ahora bien, entrando más a fondo, a efectos de determinar cuál es el grado de afectación, se señala que la especificidad que se requiere para que una medida deba ser sometida a consulta, “se puede derivar o bien del hecho de que regula una de las materias del Convenio 169 de la OIT, o bien de que, aunque ha sido concebida de manera general, tiene una repercusión directa sobre los pueblos indígenas”. Es decir, “puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercute de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.” (Subrayado fuera de texto)*

Así mismo, reiterando lo antes expuesto, la Corte Constitucional mediante sentencia de unificación 123 del 15 de noviembre de 2018 recogió algunos pronunciamientos al respecto de la afectación directa a las minorías étnicas e indicó que ésta existe cuando:

- (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales;
- (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica;
- (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y
- (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio.

### 4. Procedencia de la Consulta Previa por la implementación de medidas administrativas o legislativas

Ahora bien, tratándose específicamente de medidas administrativas o legislativas de carácter general, la Corte Constitucional se ha ocupado a través de su jurisprudencia de fijar los criterios de procedencia, elementos y alcance del derecho a la consulta previa, destacándose los siguientes pronunciamientos:

*“Es así como para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y*



*adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Ello, sumado al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente.* (Resaltado fuera de texto original)

Más adelante expresa, la trascendencia de la denominada afectación directa, como criterio fundamental de procedencia de la Consulta previa, destacando que cuando la medida legislativa resulta de carácter general, esto es, cuando sus efectos se derivan a todos los ciudadanos por igual, incluidas las comunidades étnicas, no será necesario realizar el proceso consultivo, en palabras del alto tribunal:

*“Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades, por lo que, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses.”* (Resaltado y subraya fuera de texto original).

“(…)

*“En armonía con estas consideraciones, el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.”* (Resaltado y subraya fuera de texto original).

*Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las ciudades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT.* (Resaltado fuera de texto original).

En ese orden, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes se adelanta en cada caso concreto. Sin embargo, en sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011, la Corte Constitucional identificó algunas materias que deben ser objeto de consulta previa. Veamos:

*“En ese orden de ideas, las decisiones de la Corte han concluido, aunque sin ningún propósito de exhaustividad, que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada con*



*la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria. A esta materia se suman otras, esta vez relacionadas con la protección del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos. Esto último según lo regulado por el párrafo del artículo 330 C.P. el cual prevé que dicha explotación, cuando se realiza en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades diferenciadas. Por ende, en las decisiones que se adopten al respecto, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades. (Resaltado fuera de texto original).*

Posteriormente, la Corte Constitucional, ratificó los elementos que determinan la procedencia de la Consulta Previa de decisiones administrativas de carácter general o proyectos de ley en la Sentencia C-490 del 23 de junio de 2011, en los siguientes términos:

*“Como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte, de las normas constitucionales que prevén el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y, en especial, de las reglas previstas en el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, norma integrante del bloque de constitucionalidad, concurre un derecho fundamental a la consulta previa, consistente en que aquellas decisiones legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes, deben ser consultadas con ellas por parte del Gobierno, bajo condiciones de buena fe y respeto por su identidad diferenciada. A su vez, ese mismo precedente dispone que (i) la afectación directa que obliga a la consulta refiera a la regulación de asuntos que conciernen a la comunidad diferenciada o que, siendo de carácter general, tienen incidencia verificable en la conformación de su identidad; y (ii) la omisión de la consulta previa, cuando se trata de medidas legislativa, genera prima facie la inexecutable de la norma correspondiente, puesto que se trata de un vicio que, aunque tiene naturaleza sustantiva, afecta el trámite legislativo. Esto explica que, por razones metodológicas, el análisis sobre el cumplimiento del deber de consulta previa haga parte del estudio formal de la iniciativa, aunque en estricto sentido no haga parte del procedimiento de formación de la ley. (Resaltado fuera de texto original).*

Continuando con los pronunciamientos sobre la materia, la Corte Constitucional en el pronunciamiento T-800 del 31 de octubre de 2014 expresó que:

*“el criterio de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta hace referencia a un posible impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad étnica o tribal. La Corte ha calificado como eventos de afectación directa las medidas que resulten virtualmente nocivas o que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos” (Resaltado fuera de texto original)*

Posteriormente, mediante Sentencia T-307 del 27 de julio de 2018 la Corte Constitucional recordó que la jurisprudencia ha decantado que no sobre toda medida legislativa o administrativa procede la consulta previa, es sobre aquellas que generen una afectación directa a los intereses de las comunidades étnicas y explica:



*“es decir, las que tienen la potencialidad de **alterar su status personal o colectivo**, ya sea por imponerle restricciones o gravámenes o por conferirle beneficios o dádivas (...).”*  
(Negrita fuera de texto original)

Adicionalmente, en dicho fallo del año 2018 se trae a colación lo resuelto en Sentencia C-389 de 2016, en donde se indicó que la afectación directa de la comunidad étnica por la implementación de una medida legislativa o administrativa se concreta en los siguientes casos:

*“De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pero **el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa**. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: **(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**. Evidentemente, se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”* (Negrita fuera del texto original).

Seguidamente, tenemos que la jurisprudencia reciente por la cual se unificaron los criterios de procedencia de la consulta previa (SU 123 de 2018) indicó que esta procede:

- (i) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales;
- (ii) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT;
- (iii) así mismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica;
- (iv) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

Por consiguiente, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales en cita, el análisis de la procedencia o no de la consulta de medidas administrativas o legislativas, se hará observando los siguientes criterios:

1. La decisión administrativa o legislativa debe ser susceptible de afectar directamente los intereses de las comunidades étnicas. Para efectos de la consulta previa, se entiende que hay afectación directa cuando:



- a. Se regula una de las materias del Convenio 169 de la OIT.
  - b. El proyecto normativo refiera a la regulación de asuntos que conciernen a la comunidad diferenciada o que,
  - c. La regulación tenga una incidencia verificable en la conformación de su identidad.
  - d. Las medidas resulten virtualmente nocivas.
  - e. Medidas que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos.
2. No están sujetas al deber de consulta las medidas administrativas o legislativas de carácter general, cuando:
- a. Las mismas afectan de forma uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales.
  - b. La medida no se predique de forma particular a los pueblos indígenas y tribales.
  - c. El asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.

Así mismo, será exigible el deber de consulta en todos aquellos casos en los que el contenido de las medidas administrativas o legislativas se refiera específicamente a los siguientes aspectos:

- El aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas.
- La conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas.
- Aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas.
- Explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas.
- La medida afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados.

## 5. Del análisis para el caso en concreto:

Hechas las respectivas precisiones en los capítulos precedentes, pasa esta Autoridad a analizar los proyectos de decreto remitidos, a saber: *“Por el cual se reglamenta el artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 y se adiciona la Subsección 8.4 a la Sección 8, Capítulo 8, Título III, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1073 de 2015, con el fin de reglamentar las transferencias del sector eléctrico con destino a comunidades indígenas”* y *“Por el cual se reglamenta el artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 y se adiciona la Subsección 8.5. a la Sección 8, Capítulo 8, Título III, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1073 de 2015, con el fin de reglamentar las transferencias del sector eléctrico con destino a Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras”*.

En primer lugar, en las memorias justificativas de los proyectos de norma en análisis se indica que:

*“(…) Se trata entonces de una iniciativa del Gobierno nacional encaminada fundamentalmente a promover una transición energética justa, estructurada en torno a la participación de las comunidades indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras que hayan sido certificadas por el Ministerio del Interior - Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa en el certificado de procedencia y oportunidad de consulta previa, o del documento que haga sus veces; promoviendo su dignificación y la promoción de mecanismos de gobernanza de las transferencias energéticas, basados en sus formas tradicionales de organización”*.



De igual forma, de los proyectos de decreto se entiende que el artículo 233 del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”, adicionó los parágrafos 5, 6 y 7 al artículo 54 de la Ley 143 de 1994; definiendo en estos parágrafos reglas para el incremento gradual de las transferencias eléctricas para la energía producida a partir de fuentes no convencionales, en plantas nuevas y plantas en operación, que estén localizadas en áreas con la mayor radiación solar promedio anual (mayores a 5 kWh/m<sup>2</sup>/día) y de mayor velocidad promedio de viento (mayores a 4 m/s a 10m de altura), de acuerdo con los últimos datos disponibles en los atlas de radiación y velocidad de viento elaborado por la UPME con información del IDEAM.

Precisamente, el objetivo de los decretos analizados es reglamentar lo dispuesto en el párrafo séptimo adicionado, que quedó así:

*“PARAGRAFO SÉPTIMO. Estos recursos serán destinados a la financiación de proyectos definidos por las comunidades étnicas ubicadas en los departamentos de influencia de los proyectos de generación. Asimismo, contará Con una gobernanza con participación étnica que será reglamentada por el Ministerio de Minas y Energía en un plazo de seis (6) meses después de aprobada la presente ley”.*

Ahora, en lo que concierne al articulado propuesto, los proyectos de norma en concreto contemplan adicionar las subsecciones 8.4 y 8.5, al Capítulo 8, Título III, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1073 de 2015. Es así como, en el objeto del proyecto de decreto se estipula:

Decreto transferencias del sector eléctrico con destino a comunidades indígenas:

**Artículo 2.2.3.8.8.4.1. Objeto.** *La presente Subsección tiene por objeto reglamentar la gobernanza de las transferencias a las que se refiere el párrafo 7 del artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 y de las que son beneficiarias las comunidades indígenas certificadas por el Ministerio del Interior - Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa en el certificado de procedencia y oportunidad de consulta previa, en los proyectos de generación de energía eléctrica con Fuentes No Convencionales de Energía (FNCE) localizadas en áreas con la mayor radiación solar promedio anual (mayores a 5 kWh/m<sup>2</sup>/día) y de mayor velocidad promedio de viento (mayores a 4 m/s a 10m de altura), de acuerdo con los últimos datos disponibles en los atlas de radiación y velocidad de viento elaborado por la UPME con información del IDEAM.*

Decreto transferencias del sector eléctrico con destino a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras:

**Artículo 2.2.3.8.8.5.1. Objeto.** *La presente Subsección tiene por objeto reglamentar la gobernanza de las transferencias a las que se refiere el párrafo 7 del artículo 233 de la Ley 2294 de 2023, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2022 -2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida” y de las que son beneficiarias las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras certificadas por el Ministerio del Interior - Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa en el certificado de procedencia y oportunidad de consulta previa, en los proyecto de generación de energía eléctrica con Fuentes No Convencionales de Energía (FNCE).*

Seguidamente, el proyecto de norma define como comunidad beneficiaria, aquellas que:





*(...) hayan sido certificadas por el Ministerio del Interior - Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa en el certificado de procedencia y oportunidad de consulta previa, o del documento que haga sus veces”.*

Por otro lado, los artículos 2.2.3.8.8.4.5. y 2.2.3.8.8.5.5. que tratan de la Administración de los recursos, disponen que las comunidades étnicas beneficiarias recibirán y administrarán los recursos de las transferencias.

En línea con lo anterior, los artículos 2.2.3.8.8.4.7. 2.2.3.8.8.5.7 sobre la Destinación de los recursos indicó que éstos deberán destinarse en proyectos de infraestructura, servicios públicos, saneamiento básico y/o de agua potable; constitución de comunidades energéticas y comunidades organizadas para la prestación de servicios públicos, así como la implementación de proyectos para la transición energética justa.

De los anteriores elementos, se encuentra que el gobierno nacional pretende expedir unos decretos reglamentarios del artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 (Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”) que tienen como finalidad reglamentar las transferencias del sector eléctrico con destino a comunidades indígenas y comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Lo anterior, dado que en ese artículo se adicionó un párrafo séptimo que dispuso que dichos recursos serán destinados a la financiación de proyectos definidos por las comunidades étnicas ubicadas en los departamentos de influencia de los proyectos de generación.

De suerte que, en los decretos analizados se plantean las reglas para acceder a las citadas transferencias. Por ejemplo, estableciendo que serán beneficiarias las comunidades étnicas determinadas por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa en el acto administrativo de determinación de procedencia de la consulta previa y éstas serán las administradoras de los recursos, los cuales podrán destinarse en unos proyectos específicos.

En consecuencia, desarrollado el análisis jurisprudencial y fáctico del Proyecto de decreto “*Por el cual se reglamenta el artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 y se adiciona la Subsección 8.4 a la Sección 8, Capítulo 8, Título III, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1073 de 2015, con el fin de reglamentar las transferencias del sector eléctrico con destino a comunidades indígenas*” y Proyecto de decreto “*Por el cual se reglamenta el artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 y se adiciona la Subsección 8.5. a la Sección 8, Capítulo 8, Título III, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1073 de 2015, con el fin de reglamentar las transferencias del sector eléctrico con destino a Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras*” esta Autoridad Administrativa concluye que **no son una medida administrativa sujeta al desarrollo de consulta previa**, bajo las siguientes consideraciones:

1. La norma objeto de análisis no modifica la situación jurídica de las comunidades étnicas; tampoco interfiere con su identidad o cultura y finalmente es una medida regulatoria de una disposición contemplada en el Plan Nacional de Desarrollo.
2. No es una medida administrativa que comprometa los atributos de la condición étnica de las comunidades, tales como su autonomía, autodeterminación y elementos materiales que los distinguen como sus creaciones, instituciones y comportamientos colectivos.
3. La medida administrativa no impone cargas administrativas a las comunidades étnicas.
4. El proyecto de decreto no prevé nuevos derechos, restricciones o gravámenes para las comunidades étnicas colombianas, ni incorpora medidas concretas que impliquen una afectación directa, específica y particular de estas que modifique su status personal o colectivo.



5. Finalmente, no es una norma que regule preceptos establecidos o derivados del Convenio 169 de la OIT.

En suma, tratándose de la regulación del artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 (Plan Nacional de Desarrollo 2022 -2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”) se concluye que la expedición de los proyectos de decreto *“Por el cual se reglamenta el artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 y se adiciona la Subsección 8.4 a la Sección 8, Capítulo 8, Título III, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1073 de 2015, con el fin de reglamentar las transferencias del sector eléctrico con destino a comunidades indígenas”* y *“Por el cual se reglamenta el artículo 233 de la Ley 2294 de 2023 y se adiciona la Subsección 8.5. a la Sección 8, Capítulo 8, Título III, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1073 de 2015, con el fin de reglamentar las transferencias del sector eléctrico con destino a Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras”* no son una medida que comprometa directa y específicamente los atributos de las comunidades étnicas, tales como su autonomía, autodeterminación y elementos materiales que los distinguen como sus creaciones, instituciones y comportamientos colectivos, por lo tanto, no son una medida sujeta al desarrollo del proceso de consulta previa.

En estos anteriores términos estamos dando respuesta a su consulta, no sin antes manifestarle nuestra disposición para atender cualquier inquietud adicional.

Cordialmente,



**ALFONSO ENRIQUE JIMÉNEZ ECHEVERRÍA**  
Subdirector Técnico de Consulta Previa (E)  
Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa

Elaboró: Angélica María Esquivel Castillo. Coordinadora Grupo Actuaciones Administrativas

Revisó y Aprobó: Alfonso Enrique Jiménez E. Subdirector Técnico (E) DANCP

TRD. 2710.4.291