

Relatoría

Título del evento	9 Seminario de Profesores 2026: "Consultar o certificar: la consulta previa en la transición energética".
Fecha del evento	Miércoles, 14 de agosto de 2026
Ponente	Eimys Ortiz Hernández: Profesora Agregada/Vicedecana de Ordenación Académica de Estudios de Grado. Universidad de Lleida

Temas abordados en la presentación:

En el marco del Noveno Seminario de Profesores 2026, se desarrolló la sesión titulada **"Consultar o certificar: la consulta previa en la transición energética"**, a cargo de la profesora **Eimys Ortiz Hernández**, investigadora y docente de la Universidad de Lleida, quien durante su estancia de investigación en el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta ha venido desarrollando una investigación sobre la relación entre la consulta previa en Colombia, la transición energética europea y los mecanismos de debida diligencia empresarial. La sesión fue concebida como un espacio de discusión académica de una investigación en curso, por lo que la ponente manifestó expresamente su interés en recibir observaciones, críticas y referencias que permitieran fortalecer el trabajo.

La profesora Ortiz inició su intervención señalando que presentaría una hipótesis, una arquitectura argumentativa y algunas preguntas todavía abiertas. Su preocupación central puede resumirse en una pregunta: **¿qué ocurre con la consulta previa cuando el lugar en el que se verifica su suficiencia deja de ser exclusivamente el procedimiento administrativo y judicial colombiano y pasa a encontrarse también en los mecanismos privados de contratación y debida diligencia de las empresas europeas?**

Del "kilómetro" al problema de investigación

Para introducir el problema, la profesora Ortiz recordó el caso en el que, en 2012, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior certificó la presencia del Cabildo Indígena Agua La Cabaña en la zona de influencia de un proyecto de explotación de hidrocarburos en Puerto Asís, Putumayo. Posteriormente, dicha certificación fue revocada porque la comunidad se encontraba fuera del polígono del proyecto, concretamente a un kilómetro de distancia. La ponente utilizó este caso para mostrar la tensión entre la dimensión sustantiva de la consulta previa y su posible reducción a una cuestión documental o geográfica. El derecho fundamental de una comunidad podía quedar, en la práctica, condicionado por la delimitación contenida en un documento administrativo, sin que la propia comunidad hubiera participado en el trámite de determinación de su presencia.

A partir de esta imagen, la investigación se desplaza hacia un escenario contemporáneo y transnacional. Ortiz propuso imaginar a una empresa europea que adquiere productos vinculados con minerales utilizados en parques eólicos o en otros componentes de la transición energética. En una evaluación de proveedores, la empresa podría preguntar si el proveedor opera en territorios de pueblos indígenas o comunidades étnicas y si dispone de la documentación que acredita el correspondiente proceso de consulta. Si el

proveedor colombiano presenta un acta o protocolo de consulta, la casilla del formulario queda marcada y el proceso contractual continúa.

Surge así el interrogante fundamental de la investigación: **¿la consulta previa se fortalece al adquirir consecuencias económicas en las cadenas globales de suministro o, por el contrario, se transforma en una mera exigencia documental cuya acreditación formal satisface al comprador?**

La profesora Ortiz descartó tanto una respuesta plenamente optimista como una estrictamente pesimista. Su hipótesis preliminar es que el desplazamiento de la consulta hacia mecanismos privados de debida diligencia es ambivalente: puede contribuir a reforzar la garantía, pero también puede reducirla a una lógica de cumplimiento formal dependiendo de cómo se diseñen y apliquen los mecanismos contractuales.

La jurisprudencia constitucional colombiana: de la consulta al documento que acredita la consulta

Se recordaron las sentencias **SU-039 de 1997, C-030 de 2008, T-769 de 2009, T-129 de 2011, SU-133 de 2017, SU-123 de 2018, T-219 de 2022, y T-039 de 2024**. La evolución descrita permitió a la ponente formular una idea central: la Corte Constitucional colombiana ha intentado resistir progresivamente la reducción documental de la consulta previa. Primero, frente a la reunión informativa; después, frente al certificado entendido como una especie de escudo; y, finalmente, mediante la exigencia de participación en el propio trámite de certificación.

Del derecho constitucional colombiano a la debida diligencia europea

La profesora Ortiz explicó que la Directiva 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad estableció obligaciones relacionadas con la identificación, prevención y mitigación de impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente a lo largo de la denominada “cadena de actividades”. Sin embargo, destacó una diferencia significativa: la directiva no utiliza expresamente el concepto de consulta previa. La protección de los pueblos indígenas aparece de manera indirecta, mediante la referencia a instrumentos internacionales y a obligaciones de interacción con las partes interesadas.

La ponente señaló, además, que el régimen europeo había sufrido importantes modificaciones incluso antes de su plena aplicación. Las reformas conocidas como *stop the clock* y *Omnibus* modificaron los plazos y redujeron considerablemente el universo de empresas directamente sometidas al régimen, al tiempo que eliminaron el régimen armonizado de responsabilidad civil inicialmente previsto.

Esta transformación tiene una consecuencia relevante para la investigación: la disminución del peso de la regulación europea de carácter general no significa necesariamente que desaparezcan las exigencias para los proveedores colombianos. Estas pueden desplazarse hacia los contratos, códigos de conducta, mecanismos de trazabilidad, auditorías, planes de acción correctiva y condiciones de renovación contractual.

En este punto, Ortiz llamó la atención sobre una diferencia estructural. La consulta previa constituye un proceso público y participativo en el que interviene una comunidad que no necesariamente es parte del contrato. El contrato, en cambio, es bilateral, confidencial y está diseñado fundamentalmente para distribuir

riesgos entre quienes lo suscriben. Por ello, trasladar la lógica de la consulta previa a la lógica contractual no es automático.

El riesgo consiste en que una cláusula contractual que exige al proveedor acreditar la realización de la consulta termine funcionando como una herramienta de exoneración del comprador. Si el contrato contiene una declaración o garantía de cumplimiento, el comprador podría considerar satisfecho su deber mediante la simple existencia de un documento.

Los regímenes sectoriales y los minerales de la transición energética

Frente al debilitamiento del régimen general de debida diligencia, la profesora Ortiz identificó la importancia de los regímenes europeos sectoriales, particularmente aquellos relacionados con los minerales y productos relevantes para la transición energética.

Entre los instrumentos mencionados estuvieron el Reglamento 2017/821 sobre minerales procedentes de zonas de conflicto, el Reglamento 2023/1542 relativo a baterías y el Reglamento 2024/1252 sobre materias primas fundamentales. Este último resulta especialmente relevante por su relación directa con la estrategia europea para asegurar el suministro de minerales necesarios para la transición energética.

También se destacó el Reglamento 2023/1115 sobre productos asociados a la deforestación. La ponente señaló que este instrumento incorpora expresamente el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas dentro de la información relevante para la diligencia debida. Sin embargo, precisamente por la forma documental en que se estructura esta exigencia, surge nuevamente el riesgo de que un proceso complejo de participación sea reducido a una “casilla verificable”.

El Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia

Otro eje de la exposición fue el análisis del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador, particularmente su Título IX sobre Comercio y Desarrollo Sostenible.

La profesora Ortiz identificó distintos mecanismos institucionales previstos por el acuerdo: el Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible, los mecanismos nacionales de consulta y la participación de organizaciones de la sociedad civil.

No obstante, señaló cuatro dificultades. En primer lugar, el Convenio 169 de la OIT no aparece incorporado directamente entre las convenciones fundamentales sobre las que se estructura la cláusula laboral del acuerdo. En segundo lugar, el Título IX está sustraído del mecanismo general de solución de diferencias, de modo que sus procedimientos terminan fundamentalmente en consultas gubernamentales o informes y recomendaciones de expertos. En tercer lugar, las obligaciones están dirigidas principalmente a los Estados, mientras que las empresas son las beneficiarias directas de las preferencias comerciales. Finalmente, la profesora Ortiz caracterizó el acuerdo como un “foro sin gancho”: existe un espacio institucional para formular preocupaciones, pero no necesariamente un mecanismo vinculante que permita resolverlas o asociarlas a consecuencias comerciales. Aun así, los grupos consultivos nacionales representan un espacio potencialmente importante, pues permiten una participación pública que contrasta con la naturaleza privada y confidencial de las relaciones contractuales.

La transición energética y la relevancia del caso colombiano

La profesora Ortiz observó que buena parte de los territorios y minerales alrededor de los cuales se ha construido la jurisprudencia colombiana sobre consulta previa coinciden con aquellos que resultan estratégicos para la descarbonización europea: cobre, oro, níquel, litio y tierras raras, entre otros. La transición energética implica una demanda creciente de recursos minerales. Por ello, la relación entre Colombia y Europa no puede analizarse únicamente desde la perspectiva de la exportación de bienes, sino también desde la pregunta por las condiciones sociales, ambientales y constitucionales bajo las cuales dichos recursos llegan al mercado europeo.

Hipótesis y cinco criterios de análisis

Como conclusión de su exposición, la profesora Ortiz formuló una hipótesis preliminar: **la debida diligencia corporativa no degrada por sí misma la garantía constitucional de la consulta previa por el hecho de desplazar parte de su verificación hacia relaciones contractuales privadas**. Ese desplazamiento es ambivalente y requiere mecanismos que permitan trasladar al ámbito contractual el contenido sustantivo desarrollado por el derecho constitucional colombiano.

Para ello propuso cinco criterios tentativos:

1. **Quién define el alcance de la afectación.** El certificado de procedencia no debería convertirse nuevamente en la definición absoluta del universo de comunidades afectadas. La empresa debería realizar una verificación autónoma.
2. **La trazabilidad del disenso.** La existencia de un acta que únicamente registra acuerdos no demuestra necesariamente que haya existido una deliberación genuina. Deben poder identificarse los desacuerdos y la manera en que fueron abordados.
3. **La reversibilidad.** La verificación debería poder producir consecuencias reales sobre la decisión comercial. Si toda deficiencia conduce únicamente a un plan de acción correctiva y nunca puede afectar el suministro o el contrato, existe el riesgo de que la verificación se convierta en un procedimiento meramente ornamental.
4. **Quién asume los costos de la verificación.** La contratación y remuneración del auditor por parte del propio proveedor auditado puede generar sesgos estructurales, por lo que resulta necesario examinar la independencia del mecanismo.
5. **El acceso directo de la comunidad.** La comunidad no debería ser únicamente el objeto de una auditoría o de un proceso de verificación. Debe existir un mecanismo que le permita dirigirse directamente al comprador europeo y ser escuchada.

Estos criterios buscan aproximar la debida diligencia privada a una **calidad deliberativa** compatible con la naturaleza de la consulta previa.

Preguntas del público

- ¿Cuál sería la fuente de derecho europea que permitiría incorporar los estándares de la Corte Constitucional colombiana en los contratos celebrados en Europa?
- Preocupación sobre la falta de una regulación sistemática y precisa del derecho colectivo de participación de los pueblos indígenas. La necesidad de determinar cómo medir y hacer seguimiento a la participación efectiva de las comunidades, particularmente respecto de sus propuestas y de los desacuerdos surgidos durante los procesos de consulta.
- Cómo las obligaciones derivadas de las normas europeas pueden hacerse efectivas respecto de empresas multinacionales que explotan recursos en países terceros, especialmente cuando no existe una presencia empresarial directa o una sede de la compañía en el territorio donde se produce la afectación.
- Se cuestiona si la participación de las comunidades vulnerables puede entenderse como agotada mediante la consulta previa o mediante una certificación.
- ¿Se agota la investigación en el instrumento de la consulta previa?

Conclusiones del evento:

El debate permitió precisar y ampliar la hipótesis inicial de la profesora Ortiz. En primer lugar, quedó claro que la certificación no puede confundirse con el derecho a la consulta previa. La certificación constituye un instrumento de verificación, mientras que la consulta es un derecho fundamental de naturaleza participativa que involucra procesos deliberativos, información, diálogo y, en determinados supuestos, consentimiento.

En segundo lugar, la discusión mostró que el problema adquiere una dimensión institucional que excede la relación entre empresas y comunidades. La intervención de Alejandro Santa María permitió evidenciar que en Colombia existe una arquitectura administrativa y jurisprudencial compleja para determinar la procedencia de la consulta y desarrollar sus diferentes etapas. Por ello, cualquier mecanismo europeo de debida diligencia que pretenda verificar el respeto de la consulta debería considerar esta estructura y evitar reducirla a la simple existencia de un certificado.

En tercer lugar, el seminario permitió identificar una cuestión especialmente relevante para futuras investigaciones: la trazabilidad del proceso deliberativo. No basta con conocer si existe un acta o una certificación; es necesario poder reconstruir qué información recibió la comunidad, cuáles fueron sus posiciones, qué desacuerdos surgieron, qué propuestas fueron aceptadas o rechazadas y cuáles fueron las razones de las decisiones adoptadas.

En cuarto lugar, surgió la necesidad de ampliar el análisis desde la consulta previa hacia un concepto más amplio de participación ambiental y política. Las intervenciones de Soraya Pérez y Andrea Robles, particularmente a partir del Acuerdo de Escazú y de las competencias ambientales de las autoridades indígenas, mostraron que existen otros mecanismos jurídicos de participación que pueden resultar relevantes para la transición energética.

Finalmente, la discusión permitió reafirmar el carácter ambivalente de la contractualización de la consulta previa. La incorporación de obligaciones de debida diligencia en contratos internacionales puede convertirse

en una herramienta adicional de protección y generar incentivos económicos para que las empresas respeten los derechos de las comunidades. Sin embargo, también existe el riesgo de que la consulta sea transformada en una obligación documental, susceptible de ser satisfecha mediante una casilla, un certificado o una declaración contractual.

Por ello, el desafío que queda planteado es determinar qué debe existir detrás de esa certificación. La investigación de la profesora Ortiz abre así un campo de estudio en la intersección entre derecho constitucional colombiano, derecho de la Unión Europea, contratación internacional, derechos de los pueblos indígenas, responsabilidad empresarial y transición energética.

El seminario concluyó con el reconocimiento de que este diálogo transnacional no debe entenderse como una recepción automática del derecho colombiano por parte de Europa, sino como una oportunidad para examinar cómo los estándares constitucionales construidos en Colombia pueden aportar elementos para interpretar y hacer materialmente exigibles las obligaciones europeas de debida diligencia en las cadenas globales de suministro. La moderadora, Floralba Padrón Pardo, destacó precisamente el valor de este intercambio y agradeció a los profesores participantes por haber enriquecido la discusión desde sus distintas especialidades. La sesión dejó abierta la posibilidad de continuar este diálogo académico y de profundizar, mediante futuras investigaciones y espacios colectivos de discusión, en los desafíos que plantea la transición energética para la consulta previa, la participación ambiental y los derechos de las comunidades.

Asistente a cargo de la relatoría:	Gabriela Barbosa Villa
------------------------------------	------------------------