3

Cuadernos del Centro de Pensamiento

Elementos para una Política Pública en Materia de Consulta Previa en Colombia

Enero 27 de 2014

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA | CENTRO DE PENSAMIENTO

CUADERNOS DEL CENTRO DE PENSAMIENTO 3

ELEMENTOS PARA UNA POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA | CENTRO DE PENSAMIENTO

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DEL CENTRO DE PENSAMIENTO No. 3
ELEMENTOS PARA UNA POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA
DE CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA
Este estudio fue realizado por el Instituto de Hidrocarburos,
Minas y Energía con la colaboración del Instituto de Derechos
Humanos de la Universidad Sergio Arboleda

DIRECTOR
Ignacio Restrepo

Primera edición: febrero de 2014.
Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio
sin previa autorización escrita del editor.

jaime.barahona@usa.edu.co
Teléfono: (571) 325 75 00 Ext. 2131

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 No. 74-40
Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131.
www.usa.edu.co Fax: 3 17 75 29.

DIRECTOR EDITORIAL
Jaime Barahona Caicedo

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
Maruja Esther Flórez Jiménez

DISEÑO CARÁTULA
Adriana Torres

CORRECCIÓN DE ESTILO
Ludwing Cepeda Aparicio

IMPRESIÓN
Digiprint, Bogotá, D. C.

ISSN: 2346-4313

CONTENIDO

PRESENTACIÓN 5

INTRODUCCIÓN 7

GENERALIDADES 9

HIPÓTESIS DE TRABAJO 19

HACIA UNA POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA 23

SIGLAS 39

PRESENTACIÓN

El Centro de Pensamiento de la Universidad Sergio Arboleda presenta al país el resultado de un trabajo interdisciplinario que aborda el tema de la Consulta Previa, en el contexto de la industria extractiva, fruto de la iniciativa del Instituto de Hidrocarburos, Minas y Energía, el cual contó con el apoyo del Instituto de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

En el marco de una visión del desarrollo humano sostenible, que busca lograr un balance entre un sano desarrollo económico respetuoso del medio ambiente y los derechos constitucionales de los pueblos indígenas y afrocolombianos, el presente documento, resultado de una amplia consulta con el sector privado y gubernamental, ofrece a partir de un diagnóstico del relevante tema de la Consulta Previa en el país, una propuesta de "política pública" orientada a superar los obstáculos que a corto y mediano plazo deben ser superados, para armonizar el ejercicio de los derechos de las comunidades étnicas, y el legítimo derecho del país a impulsar el desarrollo del sector extractivo.

Rodrigo Noguera Calderón
Rector

INTRODUCCIÓN

El presente documento resulta de la síntesis de diversos diálogos sostenidos con representantes de empresas privadas y gremios interesados en el tema de Consulta Previa (en adelante CP), en el marco de varios cursos y conversatorios ofrecidos por la Universidad Sergio Arboleda en los últimos dos años.

El total de entidades consultadas superó las treinta (30), y la constante en todas ha sido, además de la seriedad con la que se asume el tema, la preocupación por hacer compatible la obligación constitucional de proteger la diversidad étnica del país, con las dinámicas del desarrollo y el crecimiento económico.

Su enunciación ha sido quizá el menos tenido en cuenta en los debates regionales y nacionales, no obstante los privilegios que usualmente se les atribuye, seguramente porque la condición de Derecho Fundamental (de la CP) le otorga a los grupos étnicos una prevalencia que, por demás, no es frecuente.

Son ellas las que, en calidad de usuarias y corresponsables de la garantía de este derecho, vienen proporcionando la

imagen de una realidad que trasciende lo propiamente étnico e involucra las fibras más sensibles de nuestra configuración como nación.

Por lo tanto, en este documento se da por descontado lo que significa que la CP sea un derecho fundamental, como también los desarrollos de la Corte Constitucional, y nos abocaremos a asuntos de política pública, es decir, a la esfera de acción de los gobiernos que, con o sin reglamentación, requieren de definiciones asertivas.

En este orden de ideas conviene mencionar que si bien el documento Conpes-Pines (Número 3762 de agosto 20 de 2013) constituye un aporte importante en los temas de licenciamiento ambiental, Consulta Previa, asuntos prediales y capacidades institucionales, las pretensiones de la presente propuesta trascienden a las prioridades de aquellos proyectos considerados de importancia nacional y estratégicos, y busca dar cuenta integral del tema de la CP en Colombia.

Para tal efecto haremos un análisis general del contexto de la CP en Colombia, propondremos algunas hipótesis de trabajo, precisaremos lo que a nuestro juicio son los problemas más significativos y, finalmente, formularemos una serie de recomendaciones a los decisores.

GENERALIDADES

La Consulta Previa es un Derecho Fundamental[1] de naturaleza colectiva que de manera exclusiva tienen los grupos étnicos (indígenas, negros y gitanos), y, como tal, su fundamento es garantizar su participación en aquellas decisiones, obras, proyectos, actividades o medidas administrativas y legislativas que eventualmente les pueda afectar.

Desde otro punto de vista, es también una suerte de licenciamiento (distinto y complementario al licenciamiento ambiental[2]) que los ejecutores de proyectos deben obtener, cuando se presuma que sus obras o actividades pueden ocasionar daño a la integridad étnica y cultural de comu-

[1] Como Derecho Fundamental presume que existe una conexidad entre Derecho a la Vida, derecho a la protección de la integridad étnica y cultural, y Derecho a la Participación directa, activa y deliberante, de modo que a mayor y mejor participación de las comunidades étnicas, mayores oportunidades de preservación tienen como tal.

[2] Existe una diferencia cualitativa importante entre proyectos que requieren licencia ambiental y consulta, de aquellos que solo requieren consulta. Para los primeros la CP es un requisito que la autoridad ambiental antepone al otorgamiento de una licencia y su coordinación y protocolización la hace el Ministerio de Ambiente a través de la ANLA (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales). Los otros proyectos los coordina y protocoliza exclusivamente el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta Previa.

nidades indígenas y negras[3] ubicadas dentro de su área de influencia directa; requisito que solo se puede obtener después de garantizar que las comunidades implicadas tuvieron la plena oportunidad de conocer anticipadamente el proyecto, valorar sus posibles afectaciones, adoptar medidas preventivas, correctivas, mitigantes y/o compensatorias, al igual que pronunciarse sobre la pertinencia del mismo y agotar todas las posibilidades para obtener su consentimiento[4].

Desde el año 1991, cuando el Estado colombiano suscribiera el Convenio 169 de 1989 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), mediante la Ley 21, la CP es, además de lo antes señalado, una obligación que implica a instituciones púbicas como a particulares encargados de implementar proyectos de desarrollo de diferente naturaleza. Su desconocimiento y vulneración implican sin excepción sanciones judiciales[5] significativas como la suspensión inmediata de las obras, la imposición de obligaciones pecuniarias, la cancelación de la licencia ambiental otorgada por la autoridad correspondiente, la realización de la Consulta bajo unos términos usualmente

[3] Los gitanos no son objeto de Consulta en proyectos de desarrollo, por no tener territorio y no vivir en comunidades locales, como sí sucede con los afrodescendientes e indígenas.

[4] El consentimiento de las comunidades étnicas deviene como un propósito de la CP, pero no es una obligación que les otorgue poder de veto a las obras, proyectos o actividades.

[5] La Corte Constitucional tempranamente concluyó que la tutela es el único mecanismo de protección y amparo del derecho fundamental a la CP, por lo que virtualmente cualquier juez de la República puede conocer una demanda al respecto y fallar con base en la jurisprudencia existente. Los pronunciamientos de la Corte Constitucional se generan como decisión de última instancia una vez esta decide revisar las sentencias de segunda instancia. El tiempo que transcurre entre la primera y la última decisión puede llegar a ser de varios años y los contenidos de las mismas suele variar significativamente, mientras tanto los actores implicados se ven expuestos a escenarios diversos y contradictorios, a la vez que los proyectos sufren la incertidumbre jurídica en cuanto a su futuro.

perentorios; y para los gobiernos, una suerte parálisis institucional, como ha pasado con la reforma al Código de Minas, la Ley Forestal, la reforma de las Corporaciones Autónomas, la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.

Aun así, poco se habla de los impactos de estos fallos judiciales en cuestiones como los sobrecostos operacionales, los efectos reputacionales, el incumplimiento de términos contractuales establecidos con el Estado, la alteración de cronogramas, el replanteamiento de arreglos con proveedores de bienes y servicios, la sensación de inseguridad jurídica en la inversión al desarrollo, la modificación de estilos de vida de comunidades enteras, etcétera.

Lo cierto es que después de 22 años de la adopción del mencionado convenio el país carece de una reglamentación clara y precisa en la materia[6], y lo que predomina es un exceso de discrecionalidad que en buena parte explica la actual sensación en torno a la CP como un obstáculo al desarrollo nacional, en la medida que a propósito de esta obligación se vienen generando a lo largo y ancho del país escenarios contradictorios, normalmente mal arbitrados, como la imposición de condiciones onerosas a las empresas para continuar con sus proyectos por parte de comunidades y asesores, la politización de los espacios de concertación, la dramatización y magnificación de las afectaciones para forzar acuerdos económicos desbordados, la dilación

[6] El Decreto 1320 de 1998 es el único instrumento concebido para la reglamentación de la CP. Específicamente, da cuenta de proyectos que requieren licenciamiento ambiental, y si bien su legalidad no ha sido demandada en tres ocasiones la Corte Constitucional lo ha considerado inaplicable y la OIT y así también lo ha recomendado. No obstante, se presume vigente y su aplicación es parcial por parte de las autoridades ambientales. Los mayores obstáculos para su cumplimiento son la falta de consulta en su adopción y la rigidez que pretende imponer a las comunidades étnicas, contrariando el principio de flexibilidad y adecuación que es inherente a la CP.

indefinida de los procesos mismos; y por el otro lado el recorte deliberado de los proyectos para evitar la Consulta, la cooptación de líderes sociales, el otorgamiento de prebendas y dádivas sin una racionalidad distinta a la de abreviar los pasos, intervenciones indebidas en los asuntos internos de los grupos étnicos y la misma vulneración de este derecho fundamental.

En ausencia de dicha reglamentación la CP en Colombia, como en otros países, se ha desarrollado vía jurisprudencia de las cortes (la Honorable Corte Constitucional como tribunal de cierre en nuestro caso), que a propósito de variadas situaciones litigiosas viene planteando un abanico de definiciones, reglas de interpretación, pautas metodológicas, parámetros constitucionales, que el Administrador (Ministerio del Interior y Ministerio de Ambiente principalmente) ha intentado traducir en criterios, procedimientos, requisitos y trámites a la luz de los cuales se ha adelantado y se adelanta un volumen creciente de procesos en el país, la gran mayoría conforme a lo acordado entre las partes; de suerte que, contrario a la opinión de muchos, la situación no es tan calamitosa.

Veamos algunos datos[7]:

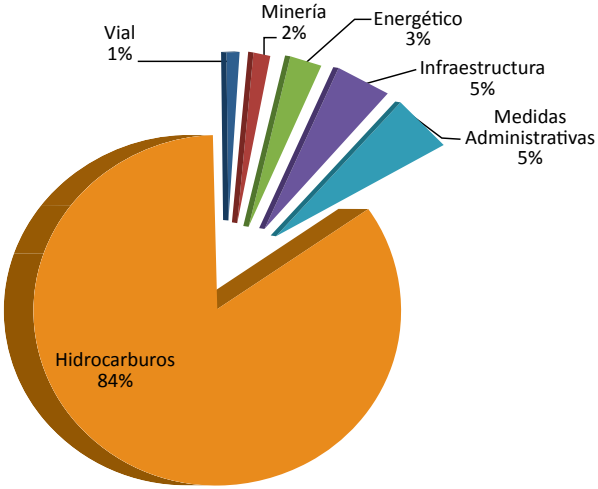
El Ministerio de Ambiente entre **1994 y 2010** protocolizó **101 procesos** de CP, de los cuales el 41,6% correspondían a proyectos del sector hidrocarburos; el 30,7% a proyectos del sector infraestructura, el 12,9% a proyectos del sector eléctrico; el 6,9% a proyectos de investigación científica, el 5,0% a proyectos de minería y el 3,0% a proyectos de agroquímicos.

[7] Datos tomados de: Sistematización de procesos de Consulta Previa en Colombia. Informe de la Confederación Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA) y Organización Nacional Indígena de Colombia, con el apoyo de Oxfam (julio de 2011).

El Ministerio del Interior, por su parte, entre los años **2003 y 2010** protocolizó **232 procesos** de CP, relativos a obras, proyectos y actividades que por sector se diferencian así: 31,47% hidrocarburos, 28,45% infraestructura, 10,34% erradicación de cultivos ilícitos, 9,48% biodiversidad e investigación, 9,48% eléctrico, 6,47% minería, 3,02% medidas legislativas, 0,86% social y 0,43% áreas protegidas.

En el año 2012[8], la Dirección de Consulta Previa llevó a cabo 1440 protocolizaciones de 175 obras, proyectos o actividades del país. El 84% correspondieron al sector de hidrocarburos, 5% al sector infraestructura, otro 5% a medidas administrativas, 3% al sector energético, 2% a minería y 1% al sector vial **(Ver gráfico 1)**.

Gráfico 1
Sectores Protocolizados 2012



Fuente: Ministerio del Interior, 2013.

[8] Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa. Informe de gestión año 2012.

La misma oficina estima que el tiempo promedio que transcurre entre la pre-consulta y la protocolización de las Consultas es de 6,5 meses.

Hasta la fecha no hay un estimativo del monto total al que asciende la inversión implícita en todos estos proyectos consultados, ni del costo de todos los procesos de CP propiamente dichos, pero es fácil suponer que por uno y otro concepto el capital económico comprometido es muy significativo[9]. De hecho, en el futuro cercano y mediato existe una alta probabilidad que una buena parte de las actividades extractivas y de infraestructura que se planee realizar en el país deba ser obligatoriamente consultada. Basta saber que de 53 proyectos considerados preliminarmente por el gobierno de importancia nacional y estratégica (Pines), el 27% presenta dificultades relacionadas con la Consulta Previa (Documento Conpes-Pines: 2013).

Tampoco existen estudios que contribuyan a comprender el real alcance protector de la CP de la integridad étnica de las comunidades, aun en casos en los que las partes se declaren mutuamente satisfechas. En el imaginario y en el balance parcial de diferentes sectores existen posiciones heterogéneas. En algunos casos es tan imperceptible la singularidad cultural de los grupos étnicos que para varios de los implicados virtualmente no habría nada a proteger; en otros casos, por el contrario, es tan profunda la diferencia cultural y tan arraigada la cultura tradicional, que por más idónea que sea la CP, siempre persiste la sospecha de en todo caso haber inducido cambios no deseados.

[9] Por ejemplo, la consulta a una medida legislativa como la Ley de Víctimas está alrededor de COP $2.000 millones, un estudio de sísmica fluctúa entre US $3 millones y US $15 millones, y así sucesivamente.

Con todo, en Colombia existe un capital de buenas prácticas y lecciones aprendidas que debidamente identificadas, analizadas y sistematizadas, podrían ayudar a dotar de mejores contenidos el propósito gubernamental de promover una Ley Estatutaria de CP (cuyo proyecto debe ser consultado con las organizaciones indígenas, negras y gitanas[10]), y a cualificar los procedimientos de las entidades públicas encargadas de su garantía, puesto que para nadie es un secreto la falta de rigor de ellas en materia, por ejemplo, de identificación de presencia de comunidades étnicas en áreas de influencia de los proyectos, la correcta identificación de la figura representativa de algunos grupos étnicos, la ponderación de afectaciones y de medidas de compensación, la observancia de mínimos del Debido Proceso, la resolución de conflictos, el seguimiento de acuerdos, la notificación de actos administrativos, etcétera.

Las fallas, sesgos u omisiones que en ocasiones comete el gobierno en algunos de estos cruciales procedimientos terminan siendo asumidos por los operadores de los proyectos y los usuarios de las Consultas.

En el marco de este fenómeno nacional así visto, se han incrementado las sentencias de la Honorable Corte Constitucional, como también es mayor el número de asuntos que requieren ser consultados[11], lo cual es evidencia de

[10] Las organizaciones étnicas nacionales de afros e indígenas tienen posiciones políticas distintas frente a una eventual Ley de Consulta Previa en Colombia. Para los indígenas agrupados en la ONIC no se requiere reglamentación alguna, sino un protocolo que se ajuste a las definiciones de la Corte Constitucional. En cambio las comunidades negras carecen de una instancia nacional suficientemente representativa, en la que puedan definir una posición unificada.

[11] El total de sentencias desde el año 92 sobrepasa las cincuenta (50), y actualmente se someten a consulta proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables (como estudios de sísmica, pozos exploratorios, explotación de hidrocarburos, exploración y explotación de recursos mineros), proyectos de generación y conducción de energía, construcción de infraestructura (vías,

que la CP constituye un terreno inestable e incierto, que hasta ahora se ha podido sortear de manera más o menos favorable.

En nuestra opinión, la tendencia es a hacerse más complejo, primero, por las políticas nacionales de desarrollo que privilegian las actividades extractivas con capital de riesgo extranjero, la construcción de infraestructura y reformas institucionales apoyadas en actos administrativos y legislativos[12]; segundo, la superposición de las fronteras del desarrollo con las realidades étnicas, en la medida en que por lo menos el 32% del territorio nacional está reservado y titulado a grupos étnicos[13]; tercero, la falta de reglas de juego institucionales y jurídicas que otorguen un piso firme y predecible a los actores implicados en las CP; cuarto, un incremento del debate público sobre los costos e implicaciones de la CP en términos de seguridad jurídica para la inversión extranjera, armonización de los intereses de las minorías con los intereses generales de la sociedad y

puertos), medidas legislativas, adopción de menores indígenas, erradicación de cultivos ilícitos, actos administrativos de entidades públicas.

[12] Varios de los cuales con seguridad requerirían ser consultados.

[13] Según las cifras del último censo (2005), el 14% de la población tiene una adscripción étnica definida (3,4% indígenas de 87 pueblos y 10,6% afrodescendientes en sus diferentes denominaciones), y cerca del 32% del territorio nacional corresponde a tierras tituladas a este segmento de la población. El 27%, es decir 30,5 millones de Has, corresponden a resguardos indígenas y un 5%, es decir, 5,2 millones de Has, a títulos colectivos de comunidades negras, y según el Ministerio de Agricultura el 70% de los primeros y el 71% de los segundos se encuentran en zonas de reserva forestal. De hecho, cerca del 86% de los resguardos indígenas se encuentran en las regiones de Orinoquía y Amazonía y más del 90% de los títulos de comunidades negras en el Chocó Biogeográfico. En estas porciones del territorio nacional las autoridades étnicas ejercen funciones jurisdiccionales o de control social, y los grupos étnicos desarrollan sus prácticas tradicionales de supervivencia, de suerte que cualquier actividad de desarrollo que los implique o afecte debe contar con su participación y concurso, cuando no ceder a sus particulares enfoques y prioridades, según lo establece el Convenio 169 de 1989 de la OIT y la Ley 21 de 1991 que lo adoptó.

el Estado, entre otros; quinto, el traslado de discursos político-ideológicos de sectores ambientalistas, indigenistas y otros, a los escenarios de la CP; y sexto el pasivo social y cultural que en varios casos supone la real vulneración de este derecho para comunidades enteras.

Nuestra opinión es que si el gobierno nacional no actúa con sentido preventivo, el terreno ganado en la práctica podría comenzar a ceder.

El contraste entre procesos exitosos (mayoritarios) y procesos fallidos (minoritarios pero en aumento), que incluso llegan a ser objeto de fallos de la máxima instancia constitucional, ciertamente no es el mejor de los escenarios, por lo que el propósito central de esta contribución es acercar las diferentes miradas y hacer recomendaciones orientadas a contrarrestar esta incertidumbre.

Vistas las cosas de manera esquemática, se pueden identificar seis (6) dimensiones de la CP que ameritan ser estudiadas en detalle:

- Las dinámicas del desarrollo nacional y regional, su yuxtaposición con la realidad étnica, y los complejos o tensiones que se generan; complejos que la CP debe procurar armonizar.
- La jurisprudencia de la HCC, sus contenidos formales y sustantivos, e implicaciones de cara a casos concretos.
- Algunas experiencias emblemáticas de CP, lecciones aprendidas, buenas prácticas, vacíos y tensiones.
- El diseño y la capacidad institucional, entendida como los dispositivos normativos, institucionales, metodológicos, organizacionales que supone ga-

rantizar el derecho a la CP sin afectar las dinámicas del desarrollo y del interés general.

- Las percepciones y valoraciones de los titulares de este derecho, como de los usuarios y garantes.
- El cumplimiento o no de la misión protectora de la integridad étnica que siempre se espera de la CP.

HIPÓTESIS DE TRABAJO

Las hipótesis que guían este documento de trabajo son las siguientes:

a) Los grupos étnicos en Colombia si bien no son actores del desarrollo en cuanto a su vinculación al mercado, poder económico o capacidad productiva, la obligación constitucional de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural les asigna un especial lugar en las perspectivas de desarrollo del país, **primero**, por la importancia ambiental y el potencial de recursos no renovables existente en sus territorios; y, **segundo**, por el conjunto de restricciones que impone su salvaguarda a las dinámicas del crecimiento económico y a las decisiones de los gobernantes.

b) Si bien la Honorable Corte Constitucional ha proporcionado pautas jurisprudenciales, reglas y definiciones en torno a la CP, que de cierta manera constituyen un marco del que se infieren normas y parámetros para los usuarios, los titulares y los garantes, en Colombia persiste una notable incertidumbre para los ejecutores de proyectos de

desarrollo y autoridades públicas, **primero**, porque las sentencias son construcciones que se hacen en torno a situaciones litigiosas particulares, y como tales no dan cuenta integral de la problemática general, incurriendo inevitablemente en sesgos y omisiones temáticas; **segundo**, su desarrollo ha sido irregular, de suerte que los elementos más sensibles de los procesos de CP, como la pre-consulta y los ejercicios post-consultivos, se han desarrollado tardíamente, es decir, alrededor de dos décadas después de las primeras sentencias. El estándar que hoy se tiende a aceptar se ha desarrollado de manera fragmentaria y casuística; **tercero**, la traducción de dichos parámetros constitucionales a los procedimientos y actos administrativos que ordinariamente siguen las entidades garantes no se ha hecho de manera sistemática, ni conforme a reglas de interpretación, ponderación, adecuación o razonabilidad (*erga omnes*); y **cuarto**, las determinaciones de esta máxima instancia también tienen efectos e implicaciones no siempre positivas en las comunidades étnicas, y de las cuales poco se tienen noticias.

c) Las entidades de gobierno encargadas de garantizar los procesos de CP en Colombia adolecen de la falta de parámetros conceptuales, organizacionales y procedimentales suficientes y eficientes que reduzcan la incertidumbre que implica la falta de reglamentación para los titulares y para los usuarios de la CP; razón por la cual suelen transferir a estos últimos los costos de sus omisiones y de sus propias limitaciones.

d) Ante la falta de reglas jurídicas, el exceso de discrecionalidad, los sesgos temáticos de las sentencias y las debilidades institucionales, los usuarios de la CP (empresas privadas, firmas consultoras, profesionales independientes, y el gobierno mismo), **primero**, han venido haciendo una serie de innovaciones metodológicas, corporativas, conceptuales, filosóficas que de cierta manera han permitido sortear varios de los vacíos más protuberantes en la observancia de la CP; y, **segundo**, también han podido identificar en la práctica asuntos críticos desde lugares privilegiados de enunciación, que en cambio los jueces y los legisladores no suelen tener, de modo que en ellos existe una fuente excepcional de hallazgos que vale la pena caracterizar, sea para una eventual reglamentación, o bien para la optimización de los procedimientos administrativos.

e) Las comunidades étnicas tienen una aproximación diferenciada a la CP. Algunas tienen una particular exposición a proyectos de desarrollo desde hace décadas y la CP tiende a ser un escenario poco novedoso de concertación; otras están inscritas en procesos político-ideológicos propios o ajenos que determinan no solo su postura frente a la CP, sino frente a los proyectos bajo consulta y las decisiones de política pública que los habilita; otras se encuentran en un grado tan importante de fragilidad y vulnerabilidad, que carecen de las condiciones organizativas, cognitivas y culturales necesarias para participar con solvencia y suficiencia; y otras más están tan

altamente preservadas desde el punto de vista cultural, que la distancia respecto a la cultura nacional mayoritaria hace especialmente compleja la CP. También hay otras que, por su ubicación y otras razones, solo hasta ahora comienzan a tener conciencia de este derecho.

f) No siempre se cumple la misión protectora de la CP o cuando menos es difícil de establecer, **primero**, porque frecuentemente es tan elevado el nivel de incertidumbre de los proyectos o decisiones bajo consulta, que el ejercicio ex ante que supone, no da plena cuenta de todos los posibles impactos o de las contingencias que se presenten durante su implementación; **segundo**, porque las comunidades étnicas son sujetos expuestos a múltiples influencias y en ocasiones no es posible establecer la relación causa-efecto entre algunos cambios y la actividad consultada; **tercero**, porque durante el proceso existe la probabilidad de banalizar la Consulta reduciéndola, por ejemplo, a una mera negociación económica; **cuarto**, el paradigma de la participación directa y deliberante se enfrenta a situaciones tan variadas que no resulta ser el mecanismo más eficiente para proteger la integridad de pueblos étnicos enteros; y **quinto**, porque aun la CP, independientemente de las previsiones que se tomen, puede tener efectos negativos en las comunidades consultadas.

HACIA UNA POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA

Una política pública en materia de CP tiene sentido si el gobierno asume que determinados fenómenos son un problema, los incorpora en su agenda y decide por lo tanto dar respuesta para su superación o transformación. Para que ello suceda se requiere la conjunción de una serie de variables que van desde la presión política, los programas de gobierno, labores de cabildeo de grupos de interés y el mismo análisis académico, como es la pretensión de este documento.

En el caso particular de la Consulta Previa, creemos que, siendo en esencia un derecho de participación cuya singularidad es su conexidad con el Derecho a la Vida y a la integridad étnica y cultural de las comunidades étnicas, una eventual política pública específica debe estar inscrita dentro de un planteamiento general de participación social, como en efecto ha pasado en otros países.

Para los propósitos del mismo, de manera esquemática presentaremos los que a nuestro juicio son los problemas e inconsistencias en torno a la CP que requieren atención prioritaria por parte del Estado, para posteriormente plantear algunas alternativas.

La problemática identificada

a) Ausencia de reglas de juego institucionales claras y exceso de discrecionalidad de los interesados, manifiestas en asuntos como:

- √ La no definición de un régimen coordinado de funciones y competencias específicas para las entidades que ordinariamente participan como garantes en los procesos de CP, como son el Ministerio del Interior (Dirección de CP), Ministerio de Ambiente (ANLA), Corporaciones Autónomas Regionales, la Defensoría del Pueblo, principalmente. Las competencias hoy existentes se plantean como insuficientes para garantizar roles y funciones complementarias en temas sensibles como el aprestamiento comunitario, la vigilancia y el control, la resolución de conflictos, el otorgamiento de garantías efectivas.
- √ La falta de parámetros claros para el control de eventuales excesos por alguna de las partes involucradas, como actuaciones dilatorias, el otorgamiento de prebendas injustificadas, el incumplimiento de acuerdos, etc.
- √ La ausencia de un estándar mínimo o protocolo reglamentado del debido proceso de la CP, incluidas reglas de adecuación, requisitos mínimos, garantías jurídicas, roles institucionales; de modo que a veces las diferencias cualitativas entre un proceso y otro son protuberantes y difíciles de comprender[1].

[1] Recientemente (7 de noviembre de 2013) la Presidencia de la República mediante la Directiva No. 10 adoptó y emitió una Guía para la Realización de Consulta

- √ El poco desarrollo de los parámetros y reglas establecidas por la HCC en términos de procedimientos, actuaciones y formalidades administrativas predecibles y confiables, por parte de las entidades encargadas de que se observen[2].
- √ Incertidumbre en cuanto a los tiempos que el gobierno se toma para adelantar los procedimientos que son de su competencia. De hecho son variables y en ocasiones dependen de factores extraños a la administración pública y al proceso de CP propiamente dicho.
- √ Incertidumbre sobre los tiempos mínimos y máximos razonables para la realización de los procesos de CP, y falta de claridad sobre las reglas y procedimientos que deben imperar cuando las oportunidades de la CP se agotan por actuaciones dilatorias, negativa reiterada de las comunidades o generación de fenómenos que la vician de manera grave e irreversible.
- √ La alta incidencia de los jueces de la República en asuntos que bien podrían ser resueltos si existieran reglas de juego claras para los titulares de este derecho, como para los usuarios y garantes del mismo. Este fenómeno ha permitido una suerte de coadministración bajo

Previa en Comunidades Étnicas, que ciertamente es un aporte importante; sin embargo, creemos que debe ser ajustada a la luz de algunos parámetros de la HCC, relativos a los momentos post-consultivos, la identificación de presencia de comunidades étnicas, la coordinación interinstitucional, etc.

[2] Las prescripciones ***Erga Omnes*** de la Corte Constitucional requieren de por sí desarrollos operacionales, procedimentales, metodológicos para hacerse aprehensibles, observables y exigibles, y esa "traducción" requiere acogerse a reglas de ponderación, interpretación, etc.

las actuales circunstancias, que por la manera como se construyen las decisiones judiciales, particularmente bajo litigio, suelen omitir cuestiones técnicas propias de los proyectos sometidos a revisión a la luz de la perspectiva de los derechos fundamentales.

- √ Cierta inconsistencia jurídica de los acuerdos a los que se llegan, puesto que no existen rutas ciertas y efectivas para su cumplimiento, cuando una de las partes, particularmente las comunidades, deciden no cumplir lo acordado alegando razones de diferente tipo.

b) Trivialización de la CP como consecuencia de intereses económicos que tienden a desconocer los rigores de la anticipación y la previsión de daños a la integridad étnica y cultural, y por el contrario pretenden reducir todo el ejercicio a una transacción económica. Al respecto se percibe una asimetría en cuanto a la obligación de los usuarios (las empresas en especial) de acogerse tanto a las reglas establecidas por la HCC, como a los requisitos de trámite de los ministerios, mientras que un creciente número de comunidades incurren en este tipo de prácticas.

c) La falta de condiciones y voluntades políticas para una eventual reglamentación de la CP en Colombia. Para las organizaciones indígenas uno o varios protocolos podrían suplir el déficit de reglas, mientras que las comunidades negras carecen de una instancia nacional de representación a través de la cual puedan concertar una posición al respecto, a la vez que el gobierno nacional defiende la tesis de que por tratarse de un derecho fundamental, lo que procede es una

Ley Estatutaria. En uno o en otro caso se requeriría adelantar una CP, cuya prioridad y diseño aún no existen.

d) La baja capacidad institucional de la entidad encargada de garantizar la Consulta Previa, manifiesta en:

- √ El desbalance entre funcionarios de planta o carrera y el número de contratistas, que si bien es generalizada en todo el Estado, en la Dirección de CP estaría muy por debajo del índice general. La relación puede ser 80:20.
- √ La significativa rotación de contratistas, pese a que ha mejorado recientemente. En el equipo de gestión la mayoría tiene más de dos años de vinculación continua, y en el de certificaciones tiene menos de 6 meses.
- √ Cualificación insuficiente del personal en asuntos que lo haga competente para lidiar asertivamente con las múltiples situaciones dilemáticas que plantea la diversidad étnica.
- √ El déficit de personal respecto a la demanda de proyectos que requieren CP.
- √ El déficit de protocolos o parámetros de interpretación, actuación y manejo en materia de verificación de presencia de comunidades étnicas y sus instancias representativas, adecuación de principios generales a la singularidad de los casos que plantea la diversidad étnica del país, aprestamiento comunitario, agotamiento de oportunidades de la Consulta, ponderación de ámbitos territoriales, ejercicios post-consultivos, etc.

- √ El déficit de presupuesto para el volumen de personal necesario y de actividades que ordinariamente se requieren adelantar. En otras palabras, se percibe una debilidad en cuanto a las formas de financiamiento de la Dirección de CP en particular. La alta dependencia respecto a un convenio interadministrativo, con una entidad del Estado interesada exclusivamente en proyectos de hidrocarburos.
- √ El represamiento periódico de los trámites de verificación, certificación, acompañamiento y protocolización, ante el creciente número de solicitudes provenientes de diversos sectores de la sociedad.

e) El otorgamiento de derechos de concesión a terceros (empresas) para explorar y explotar recursos no renovables, sin advertir la eventual presencia de grupos étnicos a quienes los adquieren, de suerte que cuando se constata tal realidad y se abocan a una CP, esta sobreviene como un factor de incertidumbre y hasta de inseguridad jurídica. La minimización u omisión de esta variable en la toma temprana de decisiones, tales como el diseño de áreas de interés, la firma de contratos de concesión, estudios de prefactibilidad, etc., suele ser altamente gravoso para la viabilidad final de los proyectos.

f) El licenciamiento ambiental de OPA que adicionalmente requieren consulta previa, plantea otra serie de ineficiencias y riesgos como:

- √ La revisión discrecional que la autoridad ambiental hace de los acuerdos hechos en el marco

de las CP antes de su protocolización, regularmente incorpora criterios y requisitos adicionales que pueden prorrogar el ejercicio más allá de lo previsto por las partes.

- √ Los autos posteriores de seguimiento que hace la autoridad ambiental no necesariamente guardan relación con los acuerdos consagrados en las CP, ni con ejercicios participativos ex post, especialmente en proyectos de larga duración, con efectos acumulativos importantes.

g) La disparidad de requisitos, tiempos y trámites a los que se deben someter las empresas interesadas para adelantar un proyecto de desarrollo en particular, interpuestos por entidades y autoridades públicas que comúnmente intervienen en los diferentes momentos del proceso de su normalización jurídica (incluida la CP). El efecto es un agregado de ineficiencias que a la postre someten a los interesados a un desgaste evitable.

h) La proliferación de prácticas sociales y políticas seculares que trivializan la diversidad étnica del país, como la conformación instrumental de organizaciones y autoridades étnicas donde *stricto sensu* no hay una comunidad étnica configurada; la emergencia de nuevas identidades étnicas; la promoción y conformación de comunidades étnicas con una base social inestable o, peor aún, sin una clara conciencia étnica; la adscripción de personas no étnicas a los autocensos de las comunidades étnicas establecidas, etc. Todos estos fenómenos, tan característicos de varias regiones del país, introducen un sesgo importante a la hora de garantizar

derechos colectivos étnicos como la CP, con el consecuente riesgo de garantizar este derecho a quienes probablemente no lo tengan.

i) La costumbre institucionalizada de trasferir buena parte de la responsabilidad de la CP y de sus costos a los ejecutores de OPA, tiende a descentralizar los conflictos locales que en ocasiones acarrean las políticas de desarrollo y, en especial, sobreexpone a las empresas a una serie de escenarios en los que emergen demandas sociales que debería atender y tramitar el Estado. Las empresas son las que asumen en la práctica todas las garantías fácticas.

j) En cuanto a la consulta de medidas legislativas existen dos escollos significativos. **Primero**, los desarrollos desiguales que se dan entre afros e indígenas, toda vez que con los primeros no existe una instancia nacional de concertación y con los segundos, en cambio, está la mesa permanente de concertación en cuya instancia se acuerdan las metodologías y prioridades; y **segundo**, la desconexión que existe entre el proceso de consulta y sus resultados y el trámite legislativo propiamente dicho. Cierto es que la CP es un requisito que se debe cumplir antes de radicar cualquier proyecto ante el Congreso, pero igualmente es cierto que el Legislativo no está obligado a acoger el contenido de lo previamente consultado con las organizaciones étnicas, de modo que además de ser un factor de incertidumbre tiende a banalizar la Consulta como tal, o cuando menos a reducirla a un mero requisito de trámite[3].

[3] De acuerdo a la actual experiencia institucional la Consulta de una iniciativa legislativa puede costar entre 1.500 y 2.000 millones de pesos. Los costos los debe

Propuestas para una política pública en materia de CP

Claramente se requiere una reglamentación de la CP en Colombia, pero para que eso suceda es necesaria la superación de una serie de obstáculos que no parecen subsanables en el mediano plazo. Precisamente una política pública debería estar orientada, primero, a generar progresivamente las condiciones necesarias para lograr de una buena vez la concertación de dicha reglamentación; y, segundo, a la adopción de medidas de corto plazo que reduzcan las anomalías ya anotadas.

En consecuencia, se proponen las siguientes medidas:

a) La creación de una **COMISIÓN INTERSECTORIAL** compuesta por representantes del sector privado, los grupos étnicos y el gobierno nacional, bajo el liderazgo del Ministerio del Interior, cuya misión sea exclusivamente concebir, promover y adelantar las gestiones necesarias para la remoción de los factores subjetivos, sociales y políticos que impiden iniciar con prontitud un proceso de reglamentación de la CP en Colombia. Resulta previsible que para el cumplimiento de su cometido se deba abrir un debate nacional y a todo nivel, que a la vez que cumpla una función pedagógica, sostenga una interlocución con todos los actores interesados, incluidas las organizaciones étnicas, los gremios, el Congreso de la República, la HCC, las entidades territoriales,

cubrir la entidad proponente del proyecto. Actualmente se está consultando la reforma de las Corporaciones Autónomas Regionales y la Ley de Desarrollo Rural, mientras que están previstos el CONPES indígena, el Decreto Ley de Conocimiento Tradicional y Acceso a Recursos Genéticos, el Código de Minas y la reglamentación de las Entidades Territoriales Indígenas - ETI.

las diferentes dependencias del gobierno nacional, entre otros.

b) La adopción de estrategias sostenidas de relacionamiento y diálogo intercultural, diálogo sin proyecto o diálogo anticipado entre los grupos étnicos, el sector privado y el gobierno, particularmente en aquellas regiones prospectadas como escenarios privilegiados de desarrollo, que contribuyan, primero, a reducir el peso de representaciones estereotipadas; segundo, a dotar los proyectos que requieren consulta de antecedentes y contextos comprensivos; tercero, a flexibilizar algunas posturas políticas que apriorísticamente suelen reducirle posibilidades a la CP; y, cuarto, a generarle condiciones subjetivas favorables a los procesos particulares de Consulta que se den. Sería esta una de las estrategias para evitar que la CP sea desbordada con exigencias que corresponde atender al Estado, o con debates prematuros que igualmente corresponde al gobierno tramitar. Una estrategia de relacionamiento en este sentido supone allanar con contenido los tiempos más preliminares de las consultas en Colombia[4].

c) Replantear los procesos administrativos que otorgan derechos de uso a terceros, aprovechamiento, exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables monopolizados legalmente por Estado (hidrocarburos, minerales, playas, aguas), para

[4] La experiencia de los diálogos tripartitos en Colombia desarrollada desde hace varios años a instancias del programa regional Energía, Ambiente y Población en la cuenca sub andina con organizaciones indígenas (Coica), Estados (Alade) y empresas (Arpel), constituye un antecedente que conviene evaluar, ajustar y ampliar, precisamente para dar cuenta de las necesidades de otros sectores.

que, previo al otorgamiento del derecho propiamente dicho, se tenga certeza del complejo étnico-cultural eventualmente implicado, y por lo mismo se puedan hacer todas las previsiones tanto en los pliegos como en los contratos. De identificarse oportunamente esta variable, se podría considerar la alternativa de entregar el proyecto facilitado por la CP a cargo del gobierno. Al respecto, los aportes de la Academia y de entidades como el ICANH, Ministerio del Interior y Ministerio de Cultura podrían ser determinantes.

d) Replanteamiento de los roles institucionales en los procesos de CP, bajo un esquema en el que el gobierno trascienda el papel de árbitro o garante y por el contrario asuma la tarea de realizar la consulta propiamente dicha. Particularmente las agencias que licencian o concesionan un derecho, deberían ser quienes de la mano de la empresa privada habilitada asuman el papel activo de participar en las consultas, de modo que a estas últimas les corresponda el papel de cumplir lo acordado, sujeto en todo caso a los diferentes contratos o actos administrativos que los autoriza y obliga a la vez. Obviamente este esquema tendría efectos en la actual manera de financiamiento de las consultas (que como ya se dijo está a cargo de la empresa privada), porque en la mayoría de los casos le correspondería al gobierno, el cual tendría que transferir a los usuarios interesados los costos vía tributo o sistema de tarifas por la prestación de trámites y servicios.

e) La implementación de un **PLAN DE CONTINGENCIA** orientado al fortalecimiento técnico, organizacional y operativo de la Dirección de Consulta Previa (DCP), que cuando menos contenga los siguientes componentes:

i. Desarrollo de protocolos conceptuales, interpretativos, procedimentales y metodológicos, acordes a la diferencia étnico-cultural del país, en asuntos como la identificación de presencia de comunidades étnicas en áreas de influencia de los proyectos, identificación y caracterización de instancias representativas de las comunidades étnicas, identificación y caracterización de ámbitos territoriales y superposición con áreas de influencia de los proyectos.

ii. Evaluación y ajuste del esquema organizacional existente, incluidos los procedimientos ordinarios, a fin de hacerlos más eficientes, efectivos y acordes a los estándares jurídicos de la administración pública.

iii. Fortalecimiento del equipo humano, mediante programas de vinculación a la carrera administrativa, asistencia técnica, capacitación periódica, incentivos.

iv. Evaluación y mejoramiento de la dotación e infraestructura existente, en temas como bases de datos, archivos físicos y digitales, equipos de cómputo, GPS, cartografía digital. En los últimos años ha habido una mejoría significativa en este tema.

v. Revisión y ajuste de la modalidad de convenios administrativos con otras agencias del Estado e incremento del presupuesto ordinario de la DCP.

vi. Adopción de un sistema de tarifas para el cobro a los usuarios de diferentes servicios,

a la manera como lo hacen otras entidades públicas.

El fortalecimiento de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior debe pasar por analizar si su actual diseño institucional es suficiente, o si por el contrario es necesario dotarla de todas las herramientas que supone la creación de una agencia o una autoridad especializada, como lo es la ANLA, la ANI, la ANH, la ANM y otras más.

f) Las posibilidades de las Alianzas Público-Privadas, particularmente para suplir algunas deficiencias del Estado sin comprometer su autonomía, deben ser seriamente consideradas dentro de todos los esfuerzos para superar las ya anotadas incongruencias institucionales.

g) La creación de una **VENTANILLA ÚNICA** para la gestión de todos los trámites que los ejecutores de proyectos de desarrollo ordinariamente deben adelantar, incluidos los trámites de CP, y la adopción de esquemas **INTRAGUBERNAMENTALES DE COORDINACIÓN**, como correlato de dicho mecanismo que garantice la gestión coherente de todas las solicitudes, de modo que se simplifiquen los procedimientos o cuando menos estén más articulados[5].

h) Descentralización parcial de las funciones y roles de garantes de la CP en entidades regionales y locales, previa implementación de una estrategia

[5] En Colombia existe la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea VITAL, pero como su nombre lo indica solo está diseñada para los proyectos que requieren licenciamiento ambiental, es decir que no da cuenta ni de otros trámites adjuntos ni de otro tipo de proyectos.

de fortalecimiento institucional, particularmente de aquellas obras, proyectos, actividades o iniciativas que por su iniciativa son de carácter local y puntual, como la construcción de algunos acueductos municipales, la construcción de carreteras terciarias, etc. Esta política podría contribuir a descongestionar las entidades nacionales y, de paso, hacer más rápidos los trámites y la ejecución de programas de desarrollo.

i) La adopción e implementación de una **POLÍTICA DE CONTROLES EFECTIVOS** a aquellas prácticas sociales y políticas que, como ya se dijo, trivializan la diversidad étnica y distorsionan gravemente la garantía de derechos colectivos como la CP. Al respecto se sugiere:

   i. Profundizar y desarrollar el mecanismo del estudio etnológico, haciéndolo extensible incluso a los grupos afrodescendientes que se autodenominan comunidad negra y se constituyen en consejos comunitarios a lo largo y ancho del país.

   ii. Priorizar para la realización de estudios etnológicos aquellos casos dudosos que se encuentran inmersos en los procesos de CP, garantizando su atención mediante la política de tarifas ya mencionada.

   iii. Profundizar los mecanismos de control disciplinario y fiscal, a fin de evitar que los recursos y esfuerzos institucionales destinados exclusivamente a los grupos y personas étnicas se desvíen a favor de terceros.

j) La creación de un **SISTEMA ÚNICO DE INFORMACIÓN ÉTNICA**, que proporcione información clara y precisa sobre las variables más significativas de la diversidad étnica y cultural del país, a los decisores en materia de desarrollo, por ejemplo, cuando se vayan a otorgar derechos de concesión, aprobar licencias o permisos, entre otros. Ciertamente hay regiones como la Orinoquía, el Chocó Biogeográfico, las costas, que son objeto de diferentes prospectivas de desarrollo, y bien valdría la pena que con la debida anticipación se tuviera una precisa caracterización de las realidades étnicas, a fin de incorporarla en todas las decisiones que se tomen[6].

k) Con el fin de reducir la brecha ya señalada, el trámite legislativo de iniciativas (legislativas) que requieran consulta debe ajustarse de modo que el Congreso de la República participe activamente en los procesos de Consulta Previa; quizá mediante una comisión que podría encargarse de presentar, sustentar y/o defender lo concertado ante el resto de la Corporación, respetando en todo caso la autonomía de esta rama del poder público.[7]

[6] En Colombia existe el Sistema de Información de Alertas Tempranas y Caracterización Territorial TREMARCTOS, diseñado como un instrumento de apoyo a utilizar cuando se vayan a tomar decisiones sobre la posible afectación a la biodiversidad y los servicios ecosistémicos de un proyecto o actividad. Creemos que para los temas étnicos podría diseñarse una herramienta similar.

[7] Tal ajuste implica cuestionar el real alcance de la Consulta dentro del trámite legislativo, primero, porque la autonomía del Congreso no se puede ceder en la creación de leyes de la República; segundo, porque el requisito de la participación y la representatividad estaría resuelta con la elección democrática de los congresistas, incluidos los elegidos por las circunscripciones especiales; y, tercero, porque tal y como está diseñada la posibilidad de que el legislativo acoja o no los contenidos de una Consulta Previa solo depende de las reglas de la política.

Obviamente cada una de estas recomendaciones requiere de una mayor profundización. Sin embargo creemos que en su conjunto podrían contribuir a superar las preocupaciones ya manifestadas sobre la garantía de la Consulta Previa en Colombia.

SIGLAS

ANH:	Agencia Nacional de Hidrocarburos
ANI:	Agencia Nacional de Infraestructura
ANM:	Agencia Nacional de Minería
ANLA:	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales
CP:	Consulta Previa
DCP:	Dirección de Consulta Previa
HCC:	Honorable Corte Constitucional
ICANH:	Instituto Colombiano de Antropología e Historia
OPA:	Obra, Proyecto o Actividad
PINES:	Proyectos de Interés Nacional y Estratégico

3

Cuadernos del Centro de Pensamiento

Elementos para una Política Pública en Materia de Consulta Previa en Colombia

Este estudio fue realizado por el Instituto de Hidrocarburos, Minas y Energía con la colaboración del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Sergio Arboleda

Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboleda

ISSN 2391-0131-3

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA | CENTRO DE PENSAMIENTO

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
Carrera 15 No. 74-40 Tels.: 325 75 00 Ext. 2131 - 322 05 38. Bogotá D.C.
Calle 18 No. 14A-18 Tels.: (5) 420 38 38 - 420 26 51. Santa Marta
www.usergioarboleda.edu.co