

Nota técnica

► **Perspectiva empresarial sobre la consulta
previa del C169 en América Latina**

Colombia

Septiembre, 2021

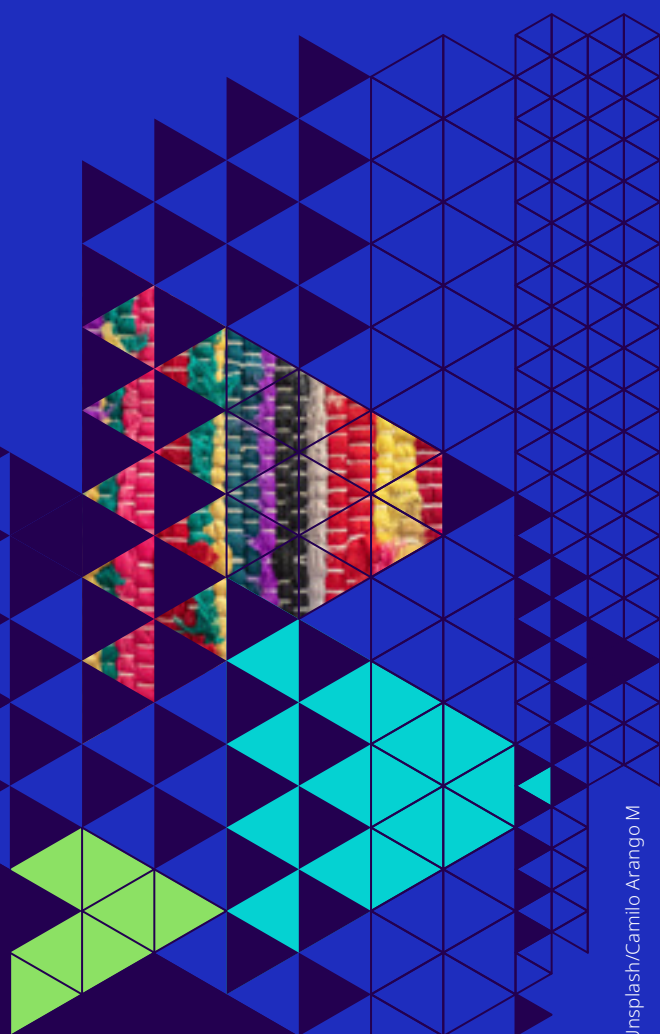


Foto: © Unsplash/Camilo Arango M



Índice

Resumen ejecutivo	3
1. Introducción y objetivo	5
2. Contexto	6
Contexto	6
Marco regulatorio (normativa especial aplicable a pueblos indígenas y tribales)	6
Marco institucional (institucionalidad del Estado para los pueblos indígenas)	7
Alcance del informe – Consulta previa (CP) respecto a proyectos de inversión	9
Dimensiones a cubrir	9
3. Dimensión Regulatoria	9
4. Dimensión Operativa	16
5. Dimensión Judicial	20
6. Hallazgos	26
7. Recomendaciones	30
Entrevistas	34
Documentos revisados	35

Resumen ejecutivo

En el presente informe se analiza cómo se ha venido regulando e implementando la consulta previa en proyectos de inversión en Colombia, durante estos primeros 29 años de vigencia del Convenio 169.

Al respecto, debemos señalar que si bien Colombia fue el tercer país en ratificar el Convenio 169 y desde su vigencia en 1991 se han emitido normas reglamentarias, a la fecha no cuenta con una Ley Estatutaria que regule los alcances del derecho a la consulta previa y la forma de ejecutar el proceso consultivo; defina el rol de los actores que participan en el proceso; regule las etapas del proceso de consulta y los plazos de las mismas; establezca los criterios a utilizarse para identificar a las comunidades étnicas; refuerce el hecho que la consulta previa es un espacio de diálogo y no de negociación; entre otros aspectos. Ello ha llevado a que muchos casos se judicialicen y sea la jurisprudencia generada por los fallos de la Corte Constitucional la que regule estos vacíos generados la falta de un marco normativo claro y preciso.

Esta situación sin duda ha traído como consecuencia que actualmente la ejecución de la consulta previa no se ajuste necesariamente al espíritu del Convenio 169, dado que dicho instrumento tiene por finalidad que el Estado entable un diálogo intercultural con los pueblos indígenas cuando se va a dar inicio a una actividad o proyecto que podría afectar sus derechos colectivos. Sin embargo, en el caso de Colombia en vez de ser un espacio de diálogo entre el Estado y las comunidades étnicas, se ha convertido en un espacio de negociación entre el ejecutor del proyecto (empresa) y dichas comunidades, donde se solicita la realización de una serie de obras para atender las brechas sociales de la zona, las cuales en la mayoría de los casos no guardan relación alguna con las posibles afectaciones generadas por el proyecto.

A noviembre de 2019, respecto a las actividades vinculadas a los proyectos de inversión que son infraestructura, hidrocarburos, energía, minería y telecomunicaciones; existían 4, 400 procesos consultivos relativos a 728 proyectos. Respecto de estos casos, por las entrevistas realizadas se ha podido identificar que lo que no ha funcionado son las reglas para establecer en los límites para implementar la consulta previa; la comunicación entre el Estado y las comunidades étnicas; y la coordinación entre las entidades estatales. Sin embargo, también hay cosas que han funcionado, conforme hemos podido recoger de casos de éxito en la implementación de la consulta previa, tales como: los beneficios obtenidos por las intervenciones tempranas de los ejecutores de proyectos, la utilización de Estudios de



[...] si bien Colombia fue el tercer país en ratificar el Convenio 169 y desde su vigencia en 1991 se han emitido normas reglamentarias, a la fecha no cuenta con una Ley Estatutaria que regule los alcances del derecho a la consulta previa y la forma de ejecutar el proceso consultivo; defina el rol de los actores que participan en el proceso; regule las etapas del proceso de consulta y los plazos de las mismas; establezca los criterios a utilizarse para identificar a las comunidades étnicas; refuerce el hecho que la consulta previa es un espacio de diálogo y no de negociación; entre otros aspectos.

Impacto en Derechos Humanos; el acompañamiento de miembros de la comunidad en actividades realizadas por la empresa; el empleo del criterio de debida diligencia por parte del ejecutor del proyecto; la aplicación del test de proporcionalidad; el uso de guías de relacionamiento; y el acompañamiento de asesores que pertenecen a la comunidad étnica.

Entre los hallazgos positivos más relevantes que coadyuvan a fortalecer la institucionalidad y la implementación de los procesos consultivos tenemos la reciente creación de la Autoridad Nacional de Consulta Previa; la emisión de la norma¹ que establece que la identificación de comunidades étnicas debe realizarse en función al uso del territorio y no en base a la ocupación de éste; y los criterios de consulta previa para los Proyectos de Interés Nacional y Estratégico-PINE a fin que sean más céleres.

En contra posición a ello los hallazgos negativos encontrados son bastante numerosos, siendo los más críticos los relacionados a las brechas sociales existentes en las comunidades étnicas, que ha devenido en que los procesos consultivos sean espacios de negociación y no diálogo; así como los relacionados a la carencia de reglas claras y precisas para la realización de los procesos consultivos y el resguardo del derecho a la consulta previa por la falta de una Ley estatutaria de Consulta Previa. También se ha establecido entre los hallazgos negativos: la falta de información adecuada y actualizada sobre las comunidades étnicas que usan el territorio y sus representantes, lo que hace que los procesos se dilaten y en muchos casos se entrapen con procesos judiciales; las falencias encontradas en el procesos de seguimiento de acuerdos; y la falta de capacitación de los funcionarios públicos que intervienen en los procesos consultivos.

En virtud a ello, en el presente informe se realizan una serie de recomendaciones para el Estado, para el empresariado y para la Organización Internacional del Trabajo-OIT; con la finalidad que sirvan para que las organizaciones empresariales puedan presentar propuestas que coadyuven a mejorar el clima de negocios en Colombia.

Así tenemos, que entre las recomendaciones más relevantes propuestas para el Estado en el aspecto regulatorio, está en primer orden la emisión de la Ley Estatutaria sobre la Consulta Previa. Luego tenemos normas de orden reglamentario para coadyuvar a la celeridad y eficiencia de los procesos consultivos tales como el Procedimiento para Definir la Afectación Directa y Procedencia de Consulta Previa; la norma para establecer que la realización del proceso de consulta previa debe ser paralelo al del estudio ambiental; la creación del Registro de Asesores de Comunidades Étnicas; la Guía de Medidas Compensatorias; los Lineamientos para Priorizar Proyectos PINE; y la reglamentación de la Tasa para Proceso de Consulta Previa.

Las recomendaciones más resaltantes para el Estado en la dimensión operativa, son el elaborar y ejecutar Planes de Desarrollo Territorial que coadyuven al cierre de brechas sociales y fortalezcan la presencia del Estado; el mejorar la coordinación entre las autoridades vinculadas al proceso de consulta previa; el fortalecer la Base de Datos de las Comunidades Étnicas y la Etapa de Seguimiento de Acuerdos; el invertir



[...] en el presente informe se realizan una serie de recomendaciones para el Estado, para el empresariado y para la Organización Internacional del Trabajo-OIT; con la finalidad que sirvan para que las organizaciones empresariales puedan presentar propuestas que coadyuven a mejorar el clima de negocios en Colombia.

1 Directiva Presidencia 08 del 2020, que establece en línea con la Sentencia SU 123 de 2019

en mejorar las capacidades de los funcionarios que intervienen en los procesos consultivos, así como de los integrantes de las comunidades étnicas; siendo de suma importancia que se realice un Informe sobre la incidencia de la consulta previa en los derechos de las comunidades étnicas, con la finalidad conocer los reales impactos de este mecanismo en la mejora de vida de las citadas comunidades.

En cuanto a las recomendaciones para el empresariado tenemos que es importante que el ejecutor del proyecto pacte con las comunidades étnicas medidas compensatorias dirigidas a compensar temas relacionados con el uso de territorio y afectaciones del proyecto, y no a satisfacer necesidades básicas; así como el incentivar la realización de intervenciones tempranas en el territorio y realizar Estudios de Impacto en Derechos Humanos con la finalidad de tener un adecuado relacionamiento con las comunidades étnicas; e incentivar la participación de miembros de la comunidad en la realización de las actividades del proyecto, para garantizar la transparencia en la ejecución de las mismas.

Finalmente también se abordaron recomendaciones para la OIT, como la importancia de generar acciones para que la implementación del Convenio 169 no solo se centre en la consulta previa sino también se aborden los otros derechos reconocidos en dicho instrumento; y se realicen campañas de información y sensibilización sobre los alcances del convenio a fin que se entienda que éste no contempla el derecho a veto salvo en supuestos específicos, deslindando posiciones sobre el Consentimiento Previo, Libre e Informado.

1. Introducción y objetivo

Desde la adopción y ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte de Colombia a través de la ley 21 de 1991, el desarrollo de la Consulta Previa se ha convertido en el tema de mayor relevancia dentro del Convenio porque desde su concepción busca hacer compatibles el desarrollo del país y la protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos étnicos a través de la participación y el diálogo intercultural.

Sin embargo, la falta de regulación y la judicialización del derecho por vía de la acción de tutela han terminado por desdibujar el alcance dado a la consulta previa en el Convenio 169, lo cual ha derivado en tensiones entre los actores que intervienen en el proceso de consulta previa (Autoridades gubernamentales, Ministerio Público, comunidades étnicas y titulares de los proyectos, obras o actividades). La falta de certidumbre ha impactado de forma significativa la seguridad jurídica y el desarrollo adecuado de proyectos de inversión en diferentes sectores de la economía, especialmente en el sector minero energético y de infraestructura.

En virtud de lo antes señalado, se ha visto conveniente realizar el presente estudio con la finalidad de determinar el estado actual sobre la implementación del Convenio 169 en cuanto a la adaptación de la legislación nacional, la certidumbre y agilidad de los procesos de consulta previa, proyectos que se encuentran en proceso de consulta o proyectos paralizados y/o cancelados por esta situación.

Para tal fin se ha realizado un trabajo de gabinete en el que se han revisado diversos estudios, libros, artículos, y sentencias; así como un trabajo de campo donde se ha entrevistado a funcionarios de gremios, empresas privadas, consultores, y a funcionarios de entidades estatales que han participado en el proceso de consulta.

Es importante destacar que la estructura del informe ha considerado tres dimensiones: la regulatoria, la operativa y la jurisdiccional; con la finalidad de presentar una evaluación integral de como se ha dado la implementación de la consulta previa en el país.

Ello ha permitido que el presente informe haya sido trabajado en base a las lecciones aprendidas y buenas prácticas que nos han llevado a establecer las acciones a seguir para lograr una adecuada regulación e implementación del Convenio 169 en Colombia.

En ese sentido, se ha realizado un recuento de los hallazgos encontrados respecto a la implementación de la consulta previa, luego de lo cual se presentan las recomendaciones para el país.

El objetivo del informe es que pueda servir como instrumento para que las organizaciones empresariales puedan presentar propuestas de mejoras al marco regulatorio y a la parte operativa de la consulta previa, con la finalidad de mejorar el clima de negocios en Colombia.

2. Contexto

Contexto

En Colombia el Convenio 169 lleva 29 años de vigencia, y las actividades relacionadas a proyectos de inversión que han sido materia de consulta son la de los sectores eléctrico, hidrocarburos, infraestructura, minería y telecomunicaciones. Las zonas donde se han desarrollado los procesos de consulta se encuentran ubicadas en las regiones Caribe, Pacífica, Amazónica, Orinoquía, Insular y Andina, en lugares donde las brechas sociales son significativas y ha habido poca presencia o ausencia total del Estado.



En Colombia el Convenio 169 lleva 29 años de vigencia, y las actividades relacionadas a proyectos de inversión que han sido materia de consulta son la de los sectores eléctrico, hidrocarburos, infraestructura, minería y telecomunicaciones.

Según el Censo Nacional de Población y Vivienda 2018, las personas que se auto reconocen como indígenas en Colombia son 1.905.617, representando el 4,4% de toda la población. Existiendo 115 pueblos indígenas nativos en el país, ubicándose la mayor población nativa en La Guajira con 394.683; Cauca con 308.455; Nariño con 206.455; Córdoba con 202.621 y Sucre con 104.890.

El crecimiento de la población indígena no sólo se debe a los mayores niveles de fecundidad, sino principalmente por el aumento del autorreconocimiento étnico indígena.

También se pudo visibilizar de los resultados del censo las brechas sociales, por ejemplo en educación sólo el 41,1% tiene educación primaria, el 3% tiene preescolar y el 13,3% no tiene ningún nivel educativo; solo el 1% tiene posgrado y un 7% posee educación universitaria, y el 37% recibió educación secundaria y media. En cuanto a vivienda se apreció que tienen una cobertura de servicio de energía eléctrica del 66%, frente al 95% de la población total; siendo que las brechas más importantes están en departamentos como Vichada, Boyacá, Chocó donde hay tasas de cobertura inferiores al 20%.

Las brechas en otros servicios como acueducto, gas, recolección de basuras e internet son mayores. En acueducto la cobertura en hogares indígenas llega al 41,4%, frente al 84,4% de la población total. En Chocó, Vichada, La Guajira y Guainía la cobertura es menor al 10%.²

Marco regulatorio (normativa especial aplicable a pueblos indígenas y tribales)

La Constitución Colombiana consagra el principio de no discriminación (artículo 13) señalando que el Estado adoptará las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de los grupos discriminados o marginados. Asimismo, las lenguas de los grupos étnicos son reconocidas

2 Diario La República, 17 de setiembre de 2019.



(artículo 10) como lenguas oficiales en sus territorios y se reconoce la educación bilingüe para los pueblos indígenas (artículo 68). También establece que las tierras comunales de los grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63).

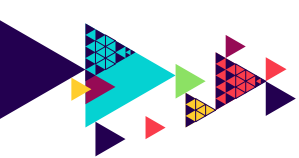
Respecto a las leyes sobre materia indígena tenemos:

- ▶ La Ley No 99 de 1993 que establece que la exploración de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras tradicionales; disponiendo que las decisiones sobre la materia se tomaran previa consulta a los representantes de ambas comunidades.
- ▶ El Auto 004 expedido en enero de 2009, por la Corte Constitucional, ordenando varias medidas para subsanar el éxodo de las comunidades indígenas.
- ▶ En el 2011 se emitió Ley No 1448 “Ley de Víctimas” y los Decretos Ns 4633, 4634 y 4635 que contienen disposiciones relativas a la restitución de derechos territoriales de los pueblos y comunidades indígenas, pueblos afrodescendientes y comunidades Rom, consideradas víctimas del conflicto armado en Colombia.
- ▶ En el 2014 se emitió el Decreto No 1953, el que creo un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los territorios indígenas; y el Decreto No 2.719 que definió los parámetros y el procedimiento que los resguardos indígenas deberían cumplir para acreditar la experiencia y/o buenas prácticas como requisito para obtener una asignación especial dentro del sistema general de participaciones, a fin de financiar proyectos de inversión.
- ▶ En el 2018 se dio el Decreto No 1232, el cual establece medidas especiales de prevención y protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento o estado natural y crea y organiza el Sistema Nacional de Prevención y Protección de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento o Estado Natural.
- ▶ En 2019 se dio la Ley No 1955, la cual contiene el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, el que tiene como objetivo el desarrollo de un Pacto por la equidad de oportunidades para grupos indígenas, negros, afros, raizales, palenqueros y Rom.

Marco institucional (institucionalidad del Estado para los pueblos indígenas)

Con el Decreto 2353 del 2019, se crea la Autoridad Nacional de Consulta Previa dándosele la autonomía y recursos que requiere. A tal efecto, se dispone que se debe prestar el apoyo humano, técnico y financiero para la identificación, procedencia y realización de los procesos de consulta previa que ésta determine. Estableciendo entre sus funciones:

- ▶ Impartir los lineamientos para la determinación de la procedencia de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan afectar directamente a comunidades étnicas.
- ▶ Liderar, dirigir y coordinar el ejercicio del derecho a la consulta previa, mediante procedimientos adecuados, garantizando la participación de las comunidades a través de sus instituciones representativas, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.
- ▶ Definir la ruta metodológica y término de duración de la consulta previa, en los eventos en que las partes no logren un acuerdo sobre los mismos.
- ▶ Proponer al Ministro del Interior las políticas en materia de Consulta Previa y dirigir la ejecución, seguimiento y evaluación de las mismas.
- ▶ Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la materia.



- ▶ Adoptar los criterios para brindar la capacitación, asesoría y asistencia técnica en materia de consulta previa.
- ▶ Identificar y articular a las entidades públicas y sector privado cuya concurrencia se requiera en la programación, previsión, identificación, realización y gestión de los procesos de consulta previa.
- ▶ Identificar los sistemas de información que se requieran para el cumplimiento de las funciones de la Dirección e impartir las directrices para su administración e interoperabilidad con sistemas de información de otras entidades del Estado.
- ▶ Dirigir la consolidación, actualización y custodia de la información sobre los procesos de consulta previa, así como promover el conocimiento y difusión de los mismos y de su marco jurídico.
- ▶ Fijar los lineamientos para el seguimiento a los acuerdos alcanzados en los procesos de consulta previa, según los plazos y condiciones acordados e informar sobre el cumplimiento a las autoridades competentes.
- ▶ Dirigir y promover estudios del impacto económico de los proyectos sobre las comunidades étnicas, el costo de oportunidad de su no realización, la cuantificación de las afectaciones directas y de las medidas acordadas, así como llevar las estadísticas pertinentes sobre las compensaciones e intervenciones que se tasen e implementen.
- ▶ Expedir los actos administrativos mediante los cuales se da por concluido el procedimiento administrativo de consulta previa.

Existe también la Agencia Nacional de Tierras³ que se encarga de la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en el territorio nacional.

De otro lado, tenemos a la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, que cumplen un rol de tutela de las comunidades étnicas.

Mediante la expedición de los Decretos No 1396 y No 1397 de 1996 se crearon la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas. Esta última es en la actualidad la más alta instancia de diálogo político entre el Estado y los Pueblos Indígenas de Colombia, y tiene como propósitos centrales concertar todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, y dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos que allí se concreten.

La Comisión Nacional de Territorios Indígenas fue creada como espacio de interlocución entre los pueblos indígenas y el gobierno, para la garantía de los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Tiene la función de hacer seguimiento a los procesos de constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos indígenas para conocer su estado de avance, presupuestar sus procedimientos y proponer acciones para su mejoramiento.



El presente informe abordará el marco normativo y regulatorio vinculado con la emisión de medidas administrativas relacionadas a proyectos de inversión, así como el análisis operacional de su implementación y el desarrollo a nivel jurisdiccional.

³ Creada mediante el Decreto No 1071 de 2015

Alcance del informe – Consulta previa (CP) respecto a proyectos de inversión

El presente informe abordará el marco normativo y regulatorio vinculado con la emisión de medidas administrativas relacionadas a proyectos de inversión, así como el análisis operacional de su implementación y el desarrollo a nivel jurisdiccional. En el caso específico de Colombia la casuística y sentencias a analizar se circunscribirán a los proyectos de inversión.

Dimensiones a cubrir

El presente estudio se ha desarrollado en torno a tres dimensiones: la dimensión regulatoria donde explicaremos el marco normativo y regulatorio que rige la consulta previa para proyectos de inversión en Colombia; la dimensión operativa donde abordaremos como se ha venido implementando en la práctica los procesos de consulta, resaltando que ha funcionado y que no ha funcionado y planteando propuestas de mejora; para finalmente realizar un análisis de los principales fallos judiciales que se han emitido en torno a demandas vinculadas a la realización del proceso de consulta previa, y las implicancias de los mismos.

3. Dimensión Regulatoria

Proceso de ratificación del Convenio 169

El Convenio 169 fue ratificado por Colombia en 1991 mediante la Ley N° 21, además se debe precisar que ese mismo año se promulgó la Constitución Política Colombiana que reconoce a los pueblos indígenas y promueve su participación en todas las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y dispone que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, siendo que los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

Cómo está regulada la Consulta Previa

No existe ley que regule la consulta previa, existen disposiciones generales de tipo administrativo y jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional (jurisprudencia y sentencias de unificación) que regulan la consulta previa. Sin embargo, cabe precisar que actualmente el proyecto de ley estatutaria de consulta previa lo está desarrollando el Ministerio del Interior en cabeza de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa junto con la Presidencia de la República. Previo a ello se han trabajado hasta 5 proyectos de ley, los cuales no han logrado prosperar, entre otras razones, porque requieren de consulta previa de las comunidades étnicas lo cual implica contar con recursos importantes para realizar el proceso de consulta.

Ahora pasaremos a detallar las normas más relevantes que rigen la consulta previa:

- ▶ En 1998 se emitió el Decreto N° 1320, que fue la primera norma que reguló la implementación de la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios.

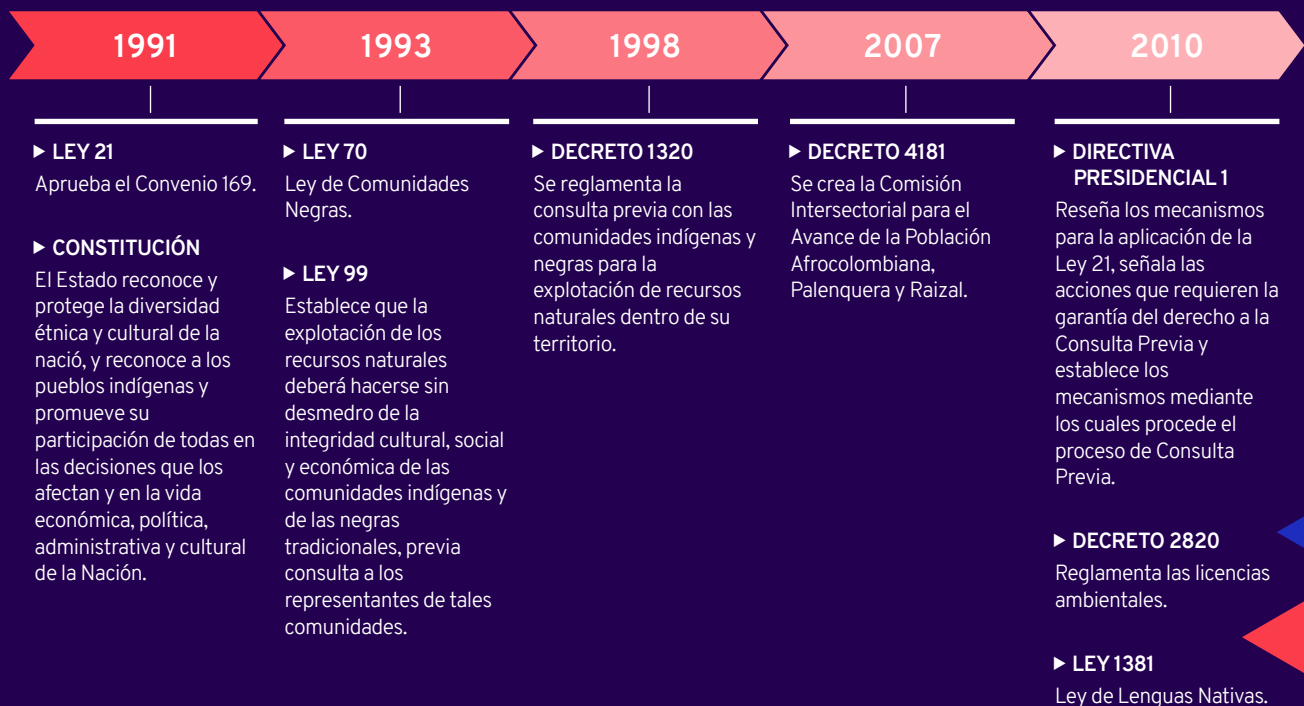
Esta norma establece que la consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio y las medidas propuestas para proteger su integridad. También, refiere que la consulta previa se realizará cuando el proyecto se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad

colectiva a comunidades negras; o cuando el proyecto se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas.

El citado decreto define que el órgano responsable de la implementación de la consulta previa es el Ministerio del Interior, debiendo además certificar la existencia de comunidades indígenas en un determinado territorio, al momento de estudiar la necesidad de aplicar una consulta previa.

- ▶ Luego en el 2010 se emitió la Directiva Presidencial N° 1 que reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21, y establece las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de Consulta Previa.
- ▶ En el 2011, mediante el Decreto N° 2893, se establece que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, es la responsable de implementar y coordinar los procesos de consulta.
- ▶ En el 2013, se emitió la Directiva Presidencial N° 10 que contiene la Guía para la realización de Consulta Previa a Comunidades Étnicas, cuya finalidad es aclarar los procedimientos referidos a la consulta, estableciendo etapas y responsabilidades para su implementación. A tal efecto se regularon las reglas a utilizar en el proceso de consulta, los temas que deben ser consultados y orientaciones en materia logística.
- ▶ En el 2019 se dio el Decreto 2353, por el cual se crea la Autoridad Nacional de Consulta Previa, modificándose la estructura del Ministerio del Interior.
- ▶ En el 2020 se emitió la Directiva Presidencial N° 8 que, en virtud de lo señalado en la Sentencia SU 123 de 2018, precisa las etapas del proceso de consulta previa. El primer paso de la consulta previa ya no es solicitar la certificación de comunidades étnicas, sino la procedencia de la consulta previa, para lo cual se evalúa las afectaciones de derechos.

En los siguientes gráficos procederemos a detallar las normas emitidas en la legislación nacional de Colombia, luego de ratificarse el Convenio 169, que se vinculan con las comunidades étnicas y con la consulta previa:





Cómo se ha implementado la Consulta Previa

Órgano u órganos responsables de desarrollar la Consulta Previa

La Autoridad Nacional de Consulta Previa que pertenece al Ministerio del Interior, lidera el proceso de consulta previa y debe estar en todos los procesos; sin embargo, para el caso de los proyectos de inversión, el ejecutor del proyecto es quien debe realizar la consulta dado que tiene a su cargo explicar el proyecto y los impactos del mismo, y es quien asume los acuerdos relativos a las medidas de manejo y medidas compensatorias.

Medidas administrativas que deben ser sometidas a Consulta Previa (incluyendo regulación del estándar de 'susceptibilidad de afectación directa')

En el caso de Colombia, las medidas administrativas de los proyectos de inversión no son objeto de consulta, sino que lo que se consulta es el propio proyecto.

Así lo estableció el Decreto N° 1320 del año 1998, que refiere que la consulta previa se realizará cuando el proyecto se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras; o cuando el proyecto se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígena. Luego este alcance fue ampliado para contemplar otras comunidades étnicas como las Rom, afrocolombianas, palenqueras, y raizales.

Oportunidad de la Consulta Previa

En la mayoría de los casos la consulta previa se realiza de manera paralela al estudio de impacto ambiental (EIA). El ejecutor del proyecto presenta su solicitud de procedencia de consulta ante la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, de establecerse la procedencia puede iniciar su trámite de evaluación del estudio de impacto ambiental ante la Autoridad Ambiental y se da



inicio a la etapa de preconsulta y luego a la de consulta previa, donde se establecen las medidas de manejo y medidas compensatorias.

Estándares de la Consulta Previa

En Colombia existe una institucionalidad especialmente dedicada a la consulta previa, dado que se creó un organismo específico para la implementación de los procesos de consulta, como es la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior⁴. Esta entidad ha sido reemplazada mediante el Decreto 2353 de 2019, por la Autoridad Nacional de Consulta Previa que es una institución más fortalecida, con mayor autonomía y presupuesto. Esta entidad es la que define la procedencia de la consulta previa en función al criterio de uso de territorio y ya no de ocupación, y también dirige y coordina los procesos de consulta previa que se requieran implementar.

También se cuenta con un registro de comunidades étnicas e información oficial sobre autoridades de las comunidades indígenas; pero se requiere de forma prioritaria actualizar esta información por estar desactualizada.

Otro aspecto a destacar es que en Colombia opera el Instituto Colombiano de Antropología e Historia-ICANH, el cual ha cumplido un rol fundamental en la identificación de las comunidades étnicas cuando se han presentado conflictos en sede jurisdiccional. Es quien ha emitido opinión, a solicitud de la Corte Constitucional, cuando las decisiones estatales respecto a la identificación de pueblos indígenas fueron cuestionadas por las comunidades, y dado su carácter técnico y científico cuenta con la confianza con los pueblos indígenas.

Etapas de la Consulta Previa

Conforme lo establecido en la Directiva Presidencial N° 10 del 2013 y en la Directiva Presidencial N° 8 del 2020, el proceso de consulta previa consta de 5 etapas:

1. Determinación de procedencia de la consulta previa

En esta etapa se determinará si el proyecto requiere la realización de la consulta previa de acuerdo con el criterio de afectación directa y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran. Para ello la Autoridad Nacional de Consulta Previa debe:

- ▶ Recibir la solicitud que presente el ejecutor del proyecto.
- ▶ Solicitar y consultar la información obrante en la Autoridad Nacional de Consulta Previa, en la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, y en la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior; en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en la Agencia Nacional de Tierras, en el Instituto Nacional de Antropología e Historia, y en las demás entidades que se considere pertinente.
- ▶ En caso de que la información suministrada por el ejecutor del proyecto y consultada por la Autoridad Nacional de Consulta Previa sea insuficiente, se realizará una visita de verificación



En Colombia existe una institucionalidad especialmente dedicada a la consulta previa, dado que se creó un organismo específico para la implementación de los procesos de consulta, como es la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

⁴ Decreto N° 1320 de 1998 establece que es competencia del Ministerio del Interior y Decreto 2893 de 2011 crea la Dirección de Consulta Previa y le da la competencia sobre los procesos de consulta previa.

en territorio, que comprenderá una extensión superior al área identificada por el ejecutor del proyecto, que permita determinar posibles afectaciones directas.

Finalmente, la Autoridad Nacional de Consulta Previa expedirá un acto administrativo en el que manifestará si procede o no la consulta previa por la posible afectación directa a comunidades étnicas.

2. Coordinación y preparación

La Autoridad Nacional de Consulta Previa deberá coordinar con los demás actores que intervendrán en el proceso de consulta previa, para ello programa una serie de reuniones con las entidades relacionadas al proyecto. Identifica a los funcionarios de cada entidad para la consulta previa y las posiciones de éstas frente a los posibles impactos del proyecto.

3. Preconsulta

Es el diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas, para lo cual se designa un equipo encargado de cada consulta, se convoca a las partes, incluyendo a la Procuraduría General y a la Defensoría del Pueblo, y se realiza una reunión para presentar a la comunidad el marco jurídico, explicar en qué consiste la consulta, y cuáles son sus derechos y deberes. Luego de ello, se abre espacio para que el ejecutor presente el proyecto y sus impactos a los representantes de las comunidades, quienes construirán la ruta metodológica de la consulta previa señalando las fechas y lugares de las reuniones, el tiempo de duración de la consulta, así como demás aspectos logísticos, incluyendo los que se requieran para el desarrollo de reuniones no presenciales.

En esta etapa la Autoridad Nacional de Consulta Previa es quien debe brindar la asistencia técnica a las comunidades étnicas para informarles que es y que no es la consulta previa, la idea es que no se cargue al proceso con demanda históricas.

4. Consulta previa

En esta etapa se realizará un diálogo entre el Estado, el ejecutor del proyecto y las comunidades étnicas. Para ello se desarrolla la apertura del proceso de consulta con 15 días hábiles de anticipación, luego se realizan los talleres de identificación de impactos y la definición de medidas de manejo, para avanzar a la etapa de pre-acuerdos, y finalmente protocolizar los acuerdos finales.

Los pasos a seguir en la etapa de consulta son:

- ▶ Se convoca a las partes, incluyendo a la Procuraduría General y a la Defensoría del Pueblo.
- ▶ La Autoridad Nacional de Consulta Previa, junto con el ejecutor y los representantes de las comunidades étnicas, definen las medidas de manejo adecuadas para prevenir, corregir, mitigar o compensar las potenciales afectaciones.
- ▶ Se convoca a las partes para definir los acuerdos producto de la consulta previa, con las medidas de manejo acordadas y los plazos para ejecutarlas.
- ▶ Se protocolizan los acuerdos a través de un acta de acuerdos de la consulta previa y se eligen los miembros del grupo de seguimiento.

Terminado el proceso de consulta, se dará aplicación al test de proporcionalidad y determinación de medidas de manejo en los siguientes eventos (i) por falta de acuerdo en la preconsulta o consulta. (ii) por inasistencia de las autoridades representativas, una vez agotado los procedimientos de convocatoria establecidos; (iii) por la falta de solución del conflicto de representatividad en la comunidad étnica.

La Autoridad de Consulta Previa está autorizada a establecer una ruta metodológica para aplicar el test de proporcionalidad con la participación de funcionarios de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, el Ministerio Público y otros ministerios involucrados. Estos funcionarios participan en el

proceso donde se ve los impactos positivos y negativos del proyecto, se establecen las medidas de manejo adecuadas para prevenir, corregir o mitigar las afectaciones directas, así como la obligación de realizar el seguimiento de las mismas.

Las medidas deberán estar desprovistas de arbitrariedad, fundamentadas en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, y tomarán en consideración las posiciones expresadas por la comunidad étnica y por el ejecutor del proyecto.

El término máximo de duración del test de proporcionalidad es de 3 meses.

5. Seguimiento de acuerdos

Se busca asegurar la debida ejecución de las medidas de manejo acordadas entre el ejecutor del proyecto y la comunidad étnica, o establecidas por la Autoridad Nacional de Consulta Previa en aplicación del test de proporcionalidad.

Para ello la Autoridad Nacional de Consulta Previa se asegura de que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas. Siendo que el seguimiento de las medidas de carácter ambiental corresponderá a la autoridad ambiental competente.

Verificado el cumplimiento de los acuerdos, se convoca a una reunión de cierre de la consulta.

Etapas del proceso de Consulta Previa

Determinación
de Procedencia
de la Consulta

Coordinación
y Preparación

Pre Consulta

Consulta

Seguimiento
de Acuerdos

Actores involucrados en la Consulta Previa

Los sujetos de consulta previa son:

- ▶ **Las comunidades étnicas:** comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras, raizales, Rom e indígenas.
- ▶ **El ejecutor del proyecto:** en el caso de proyectos de inversión, la consulta es realizada por el operador u empresa titular. Es quien tiene a su cargo explicar el proyecto y los impactos del mismo, y quien asume los gastos logísticos, de transporte, hospedaje, asesores para comunidades étnicas, etc. También, asume los acuerdos relativos a las medidas de manejo y medidas compensatorias, las cuales comprende muchas veces temas vinculados a cubrir brechas sociales (atención de servicios básicos, arreglo de vías, acceso al agua, etc.).
- ▶ **Ministerio del Interior:** es el ente rector en la implementación de la consulta previa en Colombia. Dentro del Viceministerio para la Participación y la Igualdad de Derechos del Ministerio del Interior se encuentran:



En el caso de los proyectos de inversión quien tiene a su cargo conducir el proceso de consulta previa es el denominado “ejecutor del proyecto”, que es la empresa. Ella tiene a su cargo explicar en la etapa de pre-consulta el alcance del proyecto y los impactos del mismo, asumiendo todos los gastos logísticos del proceso.

- ▶ **Autoridad Nacional de Consulta Previa** (ex Dirección de Consulta Previa): es quien lidera el proceso de consulta previa, y quien tiene a su cargo el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos.
- ▶ **Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías:** encargada registro y certificación de autoridades y asociaciones indígenas y, de los estudios etnológicos para establecer si los grupos que se reivindican como indígenas constituyen una comunidad o parcialidad indígena.
- ▶ **Garantes:** el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo intervienen como garantes del proceso.

Rol del órgano responsable de desarrollar la CP

El Ministerio del Interior, a través de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, es quien lidera el proceso de consulta, pero como explicamos líneas abajo quien está a cargo de su ejecución es la empresa en virtud de su rol de ejecutor del proyecto.

El citado ministerio se encarga del relacionamiento político entre el Gobierno y la ciudadanía, y articula las políticas públicas orientadas al fortalecimiento de la descentralización y en materia de participación ciudadana, incluida la consulta previa. Por su parte, la Dirección de Consulta Previa, transformada en a fines de 2019 en la Autoridad Nacional de Consulta Previa, tiene a su cargo: determinar la procedencia de la consulta previa; identificar a los funcionarios públicos que participaran en el proceso, y coordinar su posición frente a los impactos; brindar la asistencia técnica que requieren las comunidades étnicas sobre el alcance de la consulta previa; citar para los talleres de identificación de impactos y la definición de las medidas de manejo para llegar a pre acuerdos, así como protocolizar los acuerdos y hacer el seguimiento a los mismos.

La Autoridad Nacional, también, está autorizada a establecer una ruta metodológica para aplicar el test de proporcionalidad.

Rol de la empresa en la Consulta Previa

En el caso de los proyectos de inversión quien tiene a su cargo conducir el proceso de consulta previa es el denominado “ejecutor del proyecto”, que es la empresa. Ella tiene a su cargo explicar en la etapa de pre-consulta el alcance del proyecto y los impactos del mismo, asumiendo todos los gastos logísticos del proceso. En la etapa de consulta es quien asume los acuerdos relativos a las medidas de manejo y medidas compensatorias, y en la etapa de seguimiento de acuerdos debe acreditar ante la autoridad los avances en el cumplimiento de los mismos.

4. Dimensión Operativa

Cómo se ha implementado la Consulta Previa

Rubros productivos en que se ha implementado la Consulta Previa

En cuanto a proyectos de inversión la consulta previa se ha implementado en los siguientes sectores:

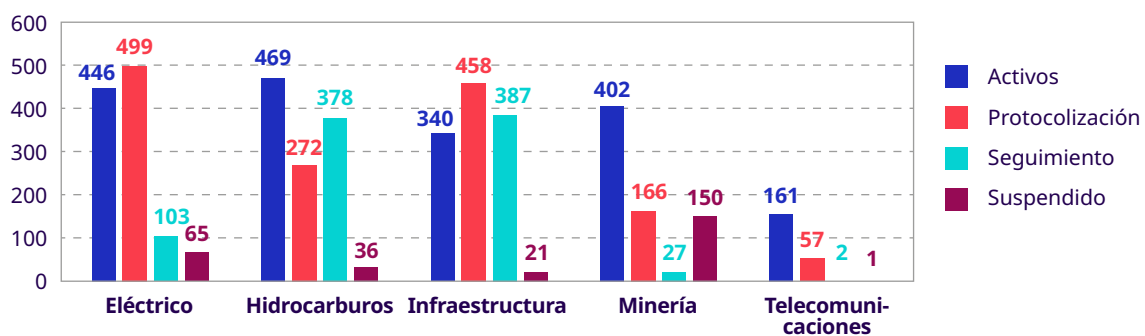
- ▶ Eléctrico
- ▶ Hidrocarburos
- ▶ Infraestructura
- ▶ Minería
- ▶ Telecomunicaciones

Duración de los procesos de Consulta Previa

En promedio los procesos de consulta previa de los proyectos de inversión tardan 8 meses, a lo que se le debe agregar la etapa que la Autoridad Nacional de Consulta Previa tarda en determinar si procede la consulta. Dado que esta fase recién se viene implementando desde fines del 2019 no se cuenta con data, sin embargo el trámite que antes se realizaba para certificación de comunidades étnicas tardaba 45 días hábiles cuando se requiere verificación en terreno y 15 días hábiles cuando no se requiere este procedimiento.

Resultado de los procesos de Consulta Previa

En cuanto proyectos de inversión, a noviembre de 2019, se han realizado 4440 procesos consultivos, de éstos el 41% aún no alcanza etapa de protocolización de acuerdos, 33% están en la etapa de protocolización, el 20% se encuentra en la etapa de seguimiento de acuerdos, y el 6% están suspendidos.



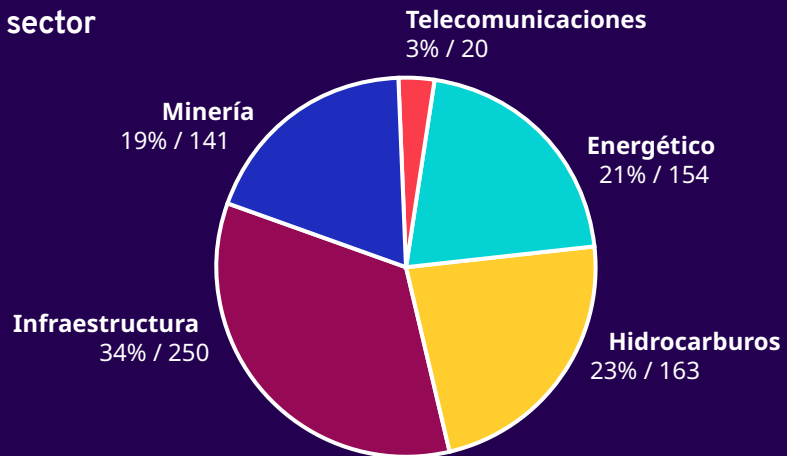
Fuente: Andi.

Los procesos consultivos corresponden a 728 proyectos, el sector con mayor número de proyectos en consulta es el de infraestructura con el 34%, el sector hidrocarburos representa el 23%, seguido del sector energético con 21%, minería con 19%, y por último el sector telecomunicaciones con el 3%.

En cuanto a la participación de proyectos por regiones podemos decir lo siguiente:

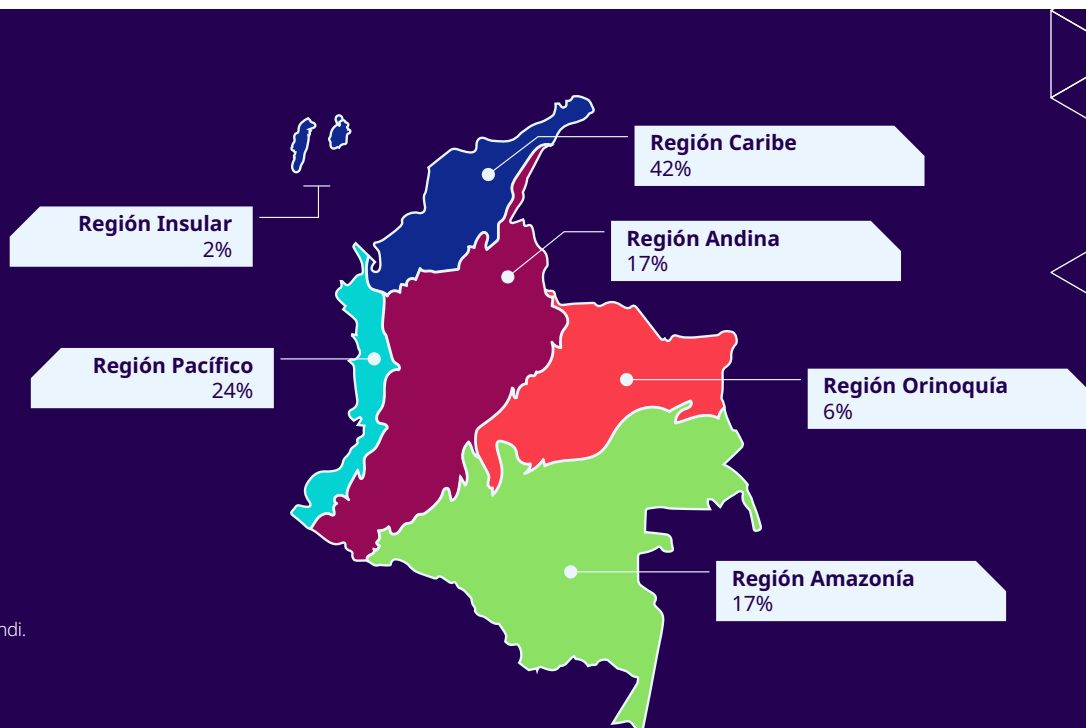
- ▶ La región Caribe concentra el mayor número de proyectos (304), las empresas inversionistas que se ubican en esta región pertenecen a los sectores de energía (88) infraestructura (88) e hidrocarburos (62), minería (62) y telecomunicaciones (4).
- ▶ En la región del Pacífica se adelantan procesos consultivos principalmente para 177 proyectos de sectores: infraestructura (73), minería (56), energético (36), hidrocarburos (8) y telecomunicaciones (4).

Distribución de proyectos por sector



Fuente: Andi.

- ▶ En la región Amazonía se desarrollan 125 proyectos de sectores como Infraestructura (54) e hidrocarburos (43), los otros sectores son Energético (10), Minero (9) y Telecomunicaciones (9).
- ▶ En la región Orinoquía se desarrollan 47 proyectos de los cuales la mayoría de los procesos consultivos son del sector energético (1), hidrocarburos con (37), infraestructura (6), minería (1) y telecomunicaciones (2).
- ▶ Región insular se adelantan consultas de 13 proyectos asociados al sector infraestructura (10) y energético (3).
- ▶ Así mismo en la Región Andina se adelantan consultas de 61 proyectos asociados al sector infraestructura (17), hidrocarburos (16), energético (14), minería (13) y telecomunicaciones (1).



Fuente: Andi.

Nudos críticos en la implementación de la Consulta Previa

Relación con las Comunidades Étnicas y los contextos en que se desarrollaron

La relación Estado – Comunidades Étnicas depende de la zona de Colombia, dado que hay zonas donde la relación es muy tensa por las actividades ilegales que ahí se desarrollan. Como ejemplo tenemos el caso de las comunidades indígenas de la costa Pacífica en Colombia, en el departamento de Chocó, que se han visto afectadas por la presencia de grupos armados que sostienen una confrontación por el control de territorios, por la producción y la transformación de cultivos de uso ilícito.

También debe entenderse que las relaciones son diversas porque los pueblos son diversos. Respecto a la consulta previa, las comunidades étnicas la perciben como la oportunidad para poder gestionar sus demandas históricas y recibir respuestas específicas por parte de las autoridades. Debe entenderse que muchas veces esta es la primera oportunidad en que el Estado se acerca a las comunidades.

Referencia específica a la Consulta Previa y pandemia

En 27 de marzo de 2020 se emitió la circular CIR2020-29-DMI-1000 por parte del Ministerio del Interior, en ella se recomendó el uso de herramientas tecnológicas para las consultas previas de proyectos, durante el aislamiento preventivo, y se suspendieron las reuniones programadas por la Autoridad Nacional de Consulta Previa que impliquen visitas, reuniones y aglomeraciones físicas de las comunidades indígenas, Rom, negras, afrocolombianas raizales y palenqueras, en tanto se mantenga el Estado de Emergencia en Colombia. Esta disposición generó reacciones adversas y el Ministerio del Interior, a través de la Circular CIR2020-42- DMI-1000, la derogó y estableció que sería virtual siempre que se cuente con el consentimiento de las comunidades étnicas y se aseguren que cuenten con los medios idóneos para conectarse y con internet estable.

La mayoría de las empresas vieron sus procesos de consulta previa interrumpidos, siendo que algunas lograron seguir parte del proceso de consulta previa por medios virtuales, pero otras han tenido que ir a territorio.

La fase de seguimiento de acuerdos si se ha podido llevar de forma virtual por parte de algunas empresas, es más, refieren que incluso asistieron a las reuniones virtuales más entidades que las que normalmente asisten presencialmente.

Lecciones aprendidas

Qué ha funcionado

1. Intervenciones tempranas de los ejecutores de proyectos acompañada de Estudio de Impacto de Derechos Humanos

Se ha visto casos de ejecutores de proyectos que previo a realizar el proceso de consulta previa, han ingresado a campo con la finalidad de conocer el entorno, e identificar las comunidades étnicas que se vinculan con el territorio y a sus representantes. En caso de existir diferencias entre los líderes reales y los acreditados legalmente, han apoyado a las comunidades a regularizar esa situación. Estas intervenciones tempranas han ayudado a generar vínculos de confianza entre las comunidades y la empresa, además le ha permitido a la empresa explicar con antelación y a detalle el proyecto que se va a realizar, y si se ha requerido hacer un ajuste al mismo, para no generar mayores afectaciones a las comunidades, se ha realizado.

Para ello se fue a campo a realizar el Estudio de Impacto de Derechos Humanos donde se realizó una línea base y las posibles afectaciones del proyecto, para lo cual contaron con antropólogos. Este instrumento ayudó a la empresa a conocer las dinámicas del territorio antes de realizar el proceso de consulta previa, así como a conocer a los reales líderes.

También fue importante que los funcionarios de la empresa adaptaran su accionar a las costumbres de la comunidad (comida, medios de transporte, rituales, hora para realizar las reuniones no afectara el desarrollo de sus actividades, entre otras) y que mantengan una presencia permanente en el territorio para que se vea que se deseaban entablar una relación real.⁵

2. Relación de Ejecutor del Proyecto con Comunidades Étnicas

Otra buena práctica es realizar las actividades del proyecto acompañados de representantes de comunidades étnicas.

Así como lograr que los acuerdos a los que se llegan con las comunidades en cuanto a medidas compensatorias, si bien se vinculan a cerrar brechas sociales (carencia de agua), no se traduzcan en entrega de dinero sino en realizar obras sin ningún componente político, y estableciendo compromisos por parte de la comunidad (como el cuidar y mantener la obra entregada).

En el caso de afectaciones directas a personas se establecieron criterios objetivos para determinar la suma a compensar, y las compensaciones fueron directamente a ellas y no a las comunidades.

Siendo importante destacar que estas compensaciones se realizaron durante el periodo que la empresa realizaba la actividad a fin de que las comunidades la vinculen con la misma, y posteriormente no soliciten compensaciones adicionales.⁶

3. Empleo del criterio de debida diligencia

El empleo del criterio de debida diligencia ha funcionado y ha ayudado a que se entienda que la consulta previa va más allá de la obligación impuesta por el Estado, lo que blindo los actos en el desarrollo del proceso.

En efecto, si el ejecutor del proyecto realiza adecuadamente la consulta previa el proyecto será sostenible en el tiempo dado que se reducirá los conflictos por temas socio-ambientales y culturales.

4. Test de Proporcionalidad

Para la mayoría de las empresas es una herramienta para disuadir a las comunidades de que dilaten el proceso o planteen demandas exageradas, y ayuda a darle viabilidad a los proyectos. Sin embargo, algunas empresas consideran que no aporta al ambiente de diálogo.

5. Uso de Guía de Relacionamento con Comunidades Étnicas

Existen muchas empresas que cuentan con Guía de Relacionamento con Comunidades Étnicas lo que ha facilitado su relación con las mismas, haciendo que el proceso de consulta previa sea mucho más fluido.

6. Asesores pertenecientes a las mismas Comunidades Étnicas

Existen casos de éxito donde para la designación de los asesores, la empresa le solicitaba a la comunidad que presentará terna de asesores que sean oriundos de la misma comunidad y en función de ello se designaba a quien iba a asesorarlos. Con ello se evitó que terceros foráneos puedan intervenir con intereses particulares.

5 Caso de la Empresa Repsol en el Bloque RC 12.

6 Caso de la Empresa Repsol en el Bloque RC 12.

Qué no ha funcionado

1. Falta de Límites en la Implementación de la consulta Previa

No existe límites para: llegar a la protocolización de acuerdos; el término para cumplir los acuerdos; para las compensaciones; el número de asesores. Además, tampoco existe límites para las exigencias de atenciones de brechas sociales que no guardan relación con el proyecto. Todo ello dificulta la implementación de la consulta previa.

2. Comunicación de Estado con Comunidades Étnicas

El Estado en la mayoría de casos no está presente o tiene poca presencia en los territorios étnicos, donde existen grandes brechas sociales y desconfianza hacia la autoridad. Lo que ha generado que no exista una adecuada comunicación entre las entidades estatales y las comunidades étnicas.

3. Coordinación entre Entidades del Estado

En el proceso de consulta previa por parte del Estado intervienen diversas entidades del Estado, como la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, así como otras entidades sectoriales⁷, las cuales no han logrado articular adecuadamente los trámites a su cargo.

Asimismo, se ha observado alta rotación del personal de las entidades públicas lo que debilita el desarrollo de sus funciones, y en el caso específico de la Autoridad Nacional de Consulta Previa existen problemas para resolver los trámites a su cargo en el plazo de ley.



El Estado en la mayoría de casos no está presente o tiene poca presencia en los territorios étnicos, donde existen grandes brechas sociales y desconfianza hacia la autoridad. Lo que ha generado que no exista una adecuada comunicación entre las entidades estatales y las comunidades étnicas.

5. Dimensión Judicial

Explicación de órganos que ejercen jurisdicción en materia de Consulta Previa

La jurisdicción Constitucional vela por la supremacía de la Constitución Política Colombiana y el Estado de Derecho en todo el territorio Nacional. Todos los jueces, independientemente de su ámbito de especialización, pertenecen a esta rama y pueden conocer en primera instancia acciones de tipo constitucional como la Tutela.

La Corte Constitucional, es el máximo estamento de esta jurisdicción, fue creada por la actual Constitución Política. La Corte es un organismo perteneciente a la rama judicial del Poder Público y se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, considerándola como la Corte de Cierre del sistema judicial colombiano. Entre sus competencias está el revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales.

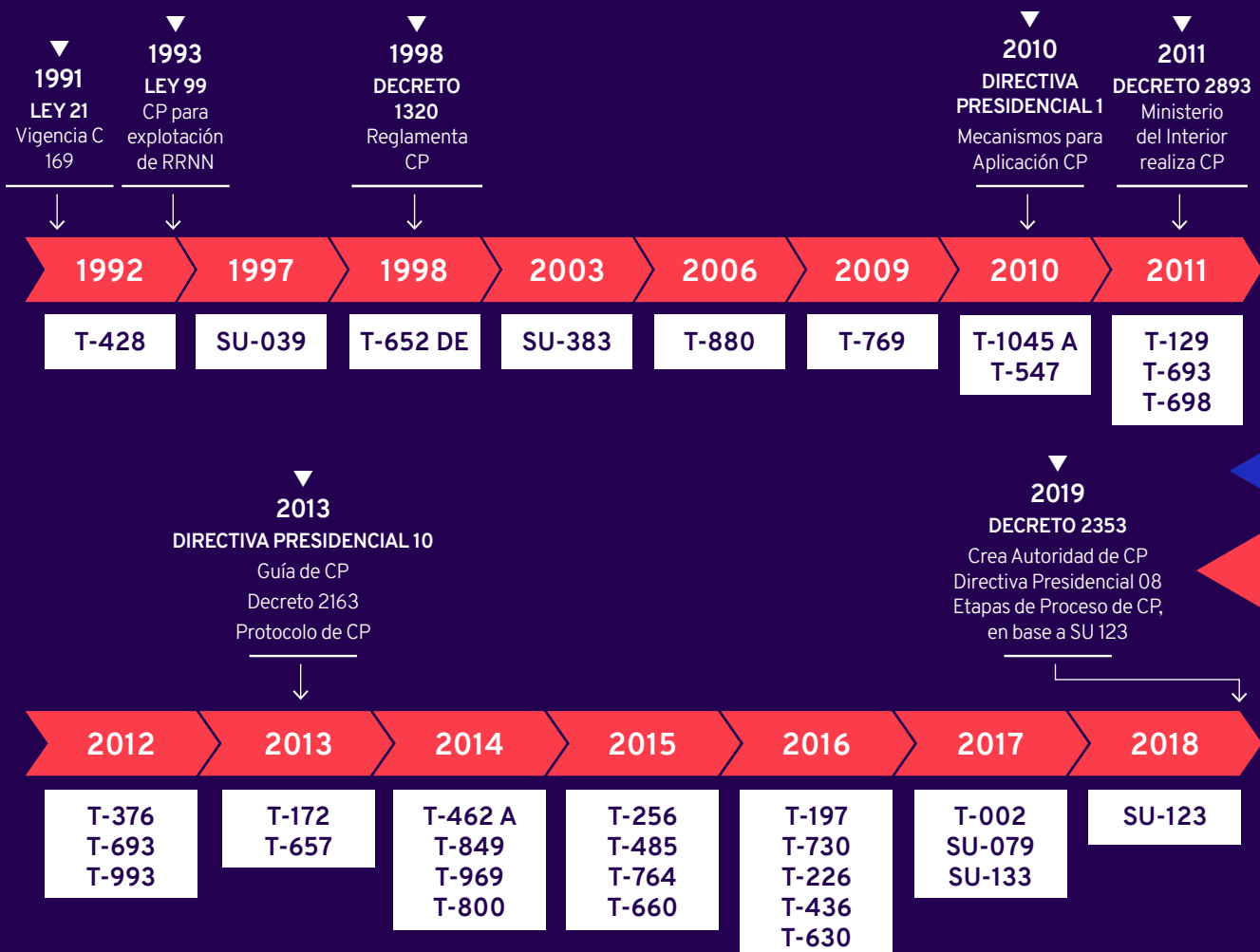
⁷ Como el Ministerio de Energía y Minas, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, la Agencia Nacional de Minería, la Agencia Nacional de Infraestructura, entre otros.

Siendo que el derecho a la consulta previa consagrado en el Convenio 169, es considerado un derecho fundamental de naturaleza constitucional corresponde que sea tutelado bajo la jurisdicción constitucional.

También se cuenta con el Consejo de Estado, que es el tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos dictados por el Gobierno Nacional que no sean de competencia de la Corte Constitucional, de los casos de pérdida de investidura de los congresistas y de la acción de nulidad electoral de acuerdo a la ley, resuelve las controversias y litigios de mayor importancia originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Antecedentes sobre judicialización de procesos de Consulta Previa en proyectos de inversión

Los procesos judiciales se incrementan a partir del 2011, año en que se estableció que el Ministerio del Interior estaría a cargo de la tutela del derecho a la consulta previa, y posteriormente se crea la Dirección de Consulta Previa. Otro tema a considerar es que el precio del barril de petróleo se incrementó a partir de ese año. A tal efecto adjuntamos un gráfico donde se visualiza las demandas judiciales sobre consulta previa interpuestas que tienen relación con proyectos de inversión, comparado con los años en que se emitieron las principales normas sobre esta materia en Colombia:



Las mayores causas de judicialización han sido por las siguientes razones:

- ▶ Dejar a muchas comunidades étnicas fuera del proceso de certificación, a pesar que alegaban verse afectadas por los proyectos de inversión. Antes la certificación de comunidades se hacía en virtud del criterio geoespacial, y no se veía la afectación directa (presencia física, transitoria y espiritual). Ahora no interesa la certificación de comunidades étnicas, sino la afectación de derechos.
- ▶ También se han generado por el Consentimiento Previo, Libre e Informado. Donde se ha pretendido que se reconozca el consentimiento previo, libre e informado y ello sólo ha ocurrido para los casos específicamente reconocidos en el Convenio 169.
- ▶ Si bien ha existido un aumento significativo de los procesos de consulta previa implementados en los últimos años, esto no necesariamente ha significado una disminución en la judicialización de los proyectos consultados, pues aún existen importantes diferencias de criterios e interpretaciones respecto de las obligaciones contenidas en el Convenio núm. 169, como lo son las expectativas de resultados de los procesos de consulta, cuestionamientos a las metodologías utilizadas, entre otros.

Descripción y análisis de las sentencias o pronunciamientos más relevantes

Los espacios de incidencia y definición del alcance del derecho sobre consulta previa en Colombia son variados. La Corte Constitucional ha asumido un rol fundamental en la interpretación de los alcances del Convenio 169, basada en principios y valores. En efecto, la Corte ha incorporado un razonamiento basado en principios generales como el respeto y la protección de la diversidad étnica y cultural y el valor que ésta tiene para el interés general de toda la nación.

A continuación se detallan algunas de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y recopiladas por la ANDI, con incidencia en proyectos de inversión:

SENTENCIAS	CONTENIDO
T-428 de 1992	Derecho Fundamental Colectivo Acción de tutela del resguardo indígena de Cristianía, ubicado en el Municipio de Jardín, Antioquia; a la compañía Solarte y al Ministerio de Obras Públicas, por la construcción de la troncal del café. Sentencia fundadora sobre temas de consulta previa y conflictos con el interés general.
SU-039 de 1997	Autodeterminación Primer sentencia unificadora sobre el alcance de la consulta previa y el deber de protección de la diversidad étnica en cabeza del Estado. Sentencia unificada de tutela del grupo étnico indígena U´wa, localizado en los Departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la sociedad Occidental de Colombia inc., por el proyecto de explotación de hidrocarburos "Explotación Sísmica Bloque Samore". TEMA: Explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas
T-652 DE 1998	Autodeterminación Acción de tutela del grupo étnico indígena Embera Katío situado en el Río Sinú en el departamento de Córdoba, en el marco de la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I.
SU-383 de 2003	Afectación Directa Sentencia unificadora de tutela de la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC, ante orden y autorización de fumigación con glifosfato de cultivos ilegales en sus territorios.
T-880 de 2006	Objetivos Acción de tutela del pueblo indígena Motilón Barí por la no consulta frente a las actividades exploratorias adelantadas por la empresa Colombiana de Petróleos ECOPEPETROL S.A., en el municipio de Tibú, Norte de Santander.

▶ Continúa...

SENTENCIAS	CONTENIDO
T-769 de 2009	Inconvenientes Institucionales Acción de tutela interpuesta por miembros de la comunidad Bachidubí del Resguardo Río Murindó en el departamento de Antioquia, por irregularidades en el proceso de consulta previa del proyecto de exploración minera de la sociedad Muriel Mining Corporation.
T-547 de 2010	Retroactividad por Impactos Acción de tutela interpuesta por autoridades tradicionales e integrantes del Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, por la expedición sin consulta previa de la licencia ambiental a la empresa Brisa S.A. para el proyecto "Construcción y Operación del Puerto Multipropósito de Brisa", en el departamento de la Guajira.
T-1045A de 2010	Retroactividad por Impactos Acción de Tutela instaurada por representantes del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez (Cauca); por la expedición por parte de Ingeominas de licencia de explotación de un yacimiento de oro en su territorio, sin adelantar el proceso de consulta previa.
T-129 de 2011	Derechos Fundamentales Indígenas Acción de tutela interpuesta por integrantes del resguardo Chidima-Tolo y Pescadito, ubicados en el Municipio de Acandí (Chocó) y pertenecientes a la etnia Embera Katío, al ver vulnerados sus derechos de consulta previa con la construcción de la vía Acandí-Unguía.
T-693 de 2011	Incumplimiento por Requisitos Obligatorio Acción de tutela interpuesta por Cabildo Indígena Resguardo Turpial-La Victoria del pueblo Achagua ante la falta de consulta previa por el proyecto Oleoducto de los Llanos, desde el campo Rubiales hasta las facilidades del CPF-Cusiana.
T-698 de 2011	Derechos Fundamentales (Comunidades Indígenas) Primera sentencia de la Corte Constitucional en la que se refiere a la tensión entre consulta previa y consentimiento previo, libre e informado, Acción de tutela interpuesta por el resguardo indígena Cañamomo Lomapieta, al vulnerar su derecho de consulta previa por la construcción de una antena de comunicaciones, estación base de telefonía celular de la empresa Comcl S.A. n un predio reconocido ancestralmente como jurisdicción del resguardo.
T-376 de 2012	Derechos Fundamentales (Comunidades Negras) Acción de tutela contra la Dirección Marítima de la Capitanía del Puerto del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena por otorga una concesión a la empresa de Inversiones Talarama y Compañía S.A., sin haber consultado a la comunidad de La Boquilla.
T-693 de 2012	Inconvenientes Institucionales Tras tutela interpuesta por la Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca al Ministerio del Medio Ambiente, por exigir certificaciones de presencia de comunidades negras ubicadas en la zona de influencia del proyecto vial "Construcción de la segunda calzada Loboguerrero Mediacanoa".
T-993 de 2012	No Adversidad Tutela instaurada por Gobernador del cabildo indígena La Luisa del Pueblo Pijao, en jurisdicción del Municipio del Guamo (Tolima), por vulneración del derecho en la construcción del proyecto variante el Guamo, en su territorio ancestral.
T-172 de 2013	Retroactividad por Impactos Acción de tutela interpuesta por Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Barú, por la no inclusión de esta en el proceso de consulta previa para la construcción del proyecto de infraestructura Sociedad Portuaria.
T-657 de 2013	Derechos Fundamentales Acción de tutela interpuesta por Consejo Comunitario de Mulaló contra el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo sostenible, Ministerio del Interior, Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y el Consorcio D.I.S.S.A-EDL LTDA, por violación de los derechos al debido proceso administrativo, a la libre determinación, a la consulta previa, a la participación y a la integridad cultural.

▶ Continúa...



SENTENCIAS	CONTENIDO
T-462A de 2014	Retroactividad por Impactos Acción de tutela instaurada por los gobernadores del Cabildo Honduras y Cerro Tijeas contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, la Gobernación del Cauca, la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y Colinversiones S.A., hoy Celsia; por vulneración de los derechos fundamentales de dignidad humana, libre autodeterminación, identidad cultural y étnica, consulta previa y educación.
T-849 de 2014	Derechos Inmateriales Acción de tutela instaurada por Rogelio Mejía Izquierdo, actuando en nombre y representación del Resguardo Indígena Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, contra el Ministerio del Interior, la Corporación Autónoma Regional del Cesar, Agregados del Cesar EU, y Pavimentos y Construcciones El Dorado LTDA Ingenieros Contratistas; por protección especial de la zona denominada la "Línea Negra" como territorio ancestral de las comunidades indígenas.
T-969 de 2014	Derechos Fundamentales Acción de tutela instaurada por Agustiniiana Carmona de Manrique y Henry Guyzomano Vivas, actuando como representantes legales de los Consejos Comunitarios de Tierra Baja y Puerto Rey, respectivamente, contra la Empresa Aguas de Cartagena S.A.E.S.P; por vulneración de los derechos a la igualdad, al debido proceso, al respeto por la dignidad humana, y a la consulta previa, y por violación de los derechos humanos consagrados en la Ley 70 de 1993, el Convenio 169 de la OIT, el Decreto 1320 de 1998, y la Ley 99 de 1993.
T-800 de 2014	Derechos Fundamentales Orden de suspender obras adelantadas del proyecto "Spa providencia" hasta que se efectúe consulta previa con la comunidad raizal que habita en San Andrés y Providencia.
T-256 de 2015	Seguimiento de Procesos Acción de tutela instaurada por miembros de la comunidad ancestral de negros afrodescendientes de los corregimientos de Patilla y Chanqueta del Municipio de Barrancas, La Guajira, contra la empresa "Carbones del Cerrejón Limited"
T-485 de 2015	Derechos Inmateriales- Sitios Sagrados (Negritudes) Acciones de tutela promovidas, de forma separada, por María del Carmen García García, representante legal de la Asociación de Trabajadores del Turismo de Playa Blanca (Asotuplab), y por Wilfrido del Río Estrada, contra el Ministerio del Interior, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo y Otros. por vulneración de derechos fundamentales a la Asociación de Trabajadores del Turismo de Playa Blanca (en adelante, Asotuplab) y al Consejo Comunitario de Negritudes de Playa Blanca
T-764 de 2015	Ilegitimidad Acción de tutela interpuesta por Pedro Alfonso Vélez Lara, Capitán Mayor y autoridades indígenas Vencedor Pirirí, municipio de Puerto Gaitán (Meta), contra Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia y el Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, del proyecto Quifa Global cerca del Resguardo Indígena, hasta que se realice un proceso de consulta previa.
T-660 de 2015	Daños Ambientales (Comunidad Afro) Acción de tutela interpuesta por los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal, SUTO GENDE ASE NGANDE de Guacamayal, de Prado Sevilla, 16 de Julio de Sevilla, Tucurinca, jurisdicción del Municipio de Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación y Algarrobo, contra los Ministerios del Interior, Medio Ambiente, Vivienda, Ciudad y Territorio y Transporte; de las Agencias Nacionales de Licencias Ambientales e Infraestructura, y de los Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -Fenoco S.A.- y sus socios explotadores del carbón, Drummond, Prodeco (GlencoreXstrata) y Vale.
T-197 de 2016	No Adversidad Acción de tutela interpuesta por los miembros del Consejo Ma-Majari del Níspero, el Consejo Comunitario de Flamenco y la Asociación de Pescadores y Agricultores Artesanales de Pasacaballo (Agropez) contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y otros; en el marco del proyecto de gasoducto y se adelante consulta previa con la comunidad afectada.

▶ Continúa...



SENTENCIAS	CONTENIDO
T-730 de 2016	<p>Derechos Fundamentales Indígenas</p> <p>Acción de tutela interpuesta por el Resguardo Indígena Alto Lorenzo, (Resguardo Nasa Kiwnas Cxhab Alto Lorenzo de Puerto Asís) y la Asociación del Consejo Regional del Pueblo Nasa del Putumayo- Kwe'sx Ksxa'W, contra el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto Colombiano de Geología y Minería -Ingeominas- (Hoy Servicio Geológico Nacional), la Agencia Nacional de Hidrocarburos -ANH-, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambiental -ANLA-, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -Corpoamazonía-, el Ministerio de Defensa, el Ejército Nacional, la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, la Gobernación del Putumayo, el Municipio de Puerto Asís, el Consorcio Colombia Energy, la Cooperativa de Transportadores Kili Ltda - Cootranskillili Ltda-, y Transdepel Ltda.; para proteger los derechos fundamentales de comunidades indígenas</p>
T-226 de 2016	<p>Retroactividad por Impactos</p> <p>Acción de tutela instaurada por Benjamín Luna Gómez, miembro de la comunidad del Consejo Comunitario de La Boquilla, contra el Ministerio del Interior, la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (DIMAR), la Alcaldía de Cartagena de Indias e Inversiones Talarama SAS.</p>
T-436 de 2016	<p>Retroactividad por Impactos</p> <p>Acción de tutela presentada por Félix Paternina Romero, Luis Rafael Martínez Martínez, Arelis del Carmen Álvarez Camargo, Jorge Eliécer López Bettín, José del Tránsito Bettín Ozuna, Rafael Antonio Álvarez Arroyo y Luis Francisco Atencia Parra en calidad de representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchelejo, Tatchio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga -Palito y Lamas de Palito contra la Autoridad de Licencias Ambientales (ANLA), el Ministerio del Interior, La Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y la Autopista de la Sabana S.A.S (AS S.A.S).</p>
T-630 de 2016	<p>Derechos Fundamentales Indígenas</p> <p>Demanda interpuesta por Oscar Pisso Pisso, en nombre propio y en representación de la Asociación Consejo Regional del Pueblo Nasa de Putumayo KWE'SX K SXA'W, del cual hace parte el Cabildo Indígena Nasa KWUMA TE'WESX, contra la Dirección de consulta previa del Ministerio del Interior; Gran Tierra Energy Colombia LTD y Energy Geophysical Services SAS; por vulneración del derecho fundamental a la consulta previa.</p>
T-002 de 2017	<p>Irregularidades/Compensación</p> <p>Acción de tutela instaurada por los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Río Dagua, a través de apoderado judicial, contra el Ministerio de Vivienda, el Ministerio del Interior, la Fiducia Alianza S.A, el Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA- y la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca; por solicitud de cumplimiento de Acuerdo en materia de compensación social, ambiental y mejora de vivienda para las comunidades negras de la cuenca del Río Dagua.</p>
SU-079 de 2017	<p>Derechos Fundamentales</p> <p>Acción de tutela interpuesta por Carmelina Newball Bryan y otros contra el Ministerio de Cultura y otros; para la protección del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades rauzales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.</p>
SU-133 de 2017	<p>Afectación Directa</p> <p>Acción de tutela instaurada por Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ruíz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria contra la Agencia Nacional de Minería, Minerales Andinos de Occidente S.A y otros.</p>
SU -123-2018	<p>Afectación Directa</p> <p>Ultima sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional en donde aborda diversos temas: Afectación directa vs área de influencia, reestructuración institucional de la Dirección de Consulta Previa por la Autoridad Nacional de Consulta Previa. Se modifica el procedimiento de consulta previa: El primer paso deja de ser la certificación de presencia de comunidades y se modifica por Procedencia de la consulta previa.</p>



Identificación de precedentes o tendencias jurisprudenciales, con particular referencia a su consistencia con estándares del Convenio 169

En el año 1997 la Corte Constitucional de Colombia emitió la Sentencia SU-039/97, mediante la cual se estableció que la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas; posteriormente se emitió la sentencia de unificación en la cual se reconoce que los pueblos son sujeto de derechos fundamentales, permitiendo con ello que la consulta previa puede ser reclamada vía acciones de tutela dado que se puede vulnerar el derecho "a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana", consagrado en la Constitución Colombiana. La Corte estableció varios principios para la consulta previa, como por ejemplo que debe ser realmente previa a la toma de decisiones que afecten a los pueblos étnicos, de buena fe, con respeto a usos y costumbres de cada pueblo indígena, con sus autoridades representativas y exigible siempre que se afecte su territorio, incluso cuando este no haya sido titulado.

Por su parte, mediante la Sentencia T-769 2009, la Corte Constitucional fijó un nuevo estándar, al admitir el consentimiento cuando la medida es de tal magnitud o impacto que pueda poner en riesgo la supervivencia misma del pueblo. Así tenemos:

"Esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea".

De otro lado tenemos la Sentencia T-436/16, mediante la cual la Corte Constitucional ha consolidado el criterio según el cual el concepto de afectación directa de las comunidades indígenas sobrepasa la concepción formal de territorio y se articula con una denotación que incluye los lugares económicos, sociales, rituales y espirituales que requiere la comunidad para mantener su identidad. Ello permite en los hechos que se protejan, de forma efectiva, los derechos de los pueblos, considerando no sólo donde se ubican sino donde realizan sus actividades.

En esa misma línea se emitió la Sentencia SU 123 del 2018, mediante la cual la Corte Constitucional desarrolla su jurisprudencia en el sentido de establecer que el derecho a la consulta previa se configura a partir de la afectación de derechos y ya no por el criterio de ocupación de territorio.

6. Hallazgos

Síntesis de hallazgos

Positivos

1. Creación de la Autoridad Nacional de Consulta Previa

En diciembre 2019 se emitió el decreto creando la Autoridad de la CP, siguiendo las recomendaciones de la Corte para que tenga más autonomía y recursos para personal y trabajo

2. Evaluar Afectaciones a Comunidades Étnicas en base al Uso del Territorio

El tema de aproximación y territorio, nos hacen ver que es importante evaluar quienes usan los territorios y no quienes los ocupan solamente. Por ello es de suma importancia la Sentencia SU

123-2018 que establece que las afectaciones deben verse en función a los Juicios de Afectación Directa y no sólo por la presencia de comunidades en el territorio como ocurre con la Certificación de Comunidades, cambiando en este extremo el accionar del Estado y del ejecutor del proyecto.

Este nuevo criterio evitará que se excluyan comunidades que tienen legítimo interés en el proceso de consulta previa, y con ello se evitarán posibles conflictos a futuro.

3. Conexión de Estado con Comunidades Étnicas que antes no había contactado

Existen comunidades étnicas que habitan en regiones apartadas que como consecuencia de la consulta previa han logrado contactarse con las autoridades del Estado y a partir de éstos procesos generar espacios para tramitar sus necesidades insatisfechas.



Existen comunidades étnicas que habitan en regiones apartadas que como consecuencia de la consulta previa han logrado contactarse con las autoridades del Estado y a partir de éstos procesos generar espacios para tramitar sus necesidades insatisfechas.

4. Presencia de Empresas en los Territorios Étnicos ha favorecido a Comunidades:

▶ Encadenamiento Productivo

- ▶ Las comunidades étnicas, en muchos casos, están brindando servicios a las empresas que desarrollan los proyectos de inversión. Constituyendo una importante fuente de trabajo para la economía local.

▶ Obtención de Recursos

- ▶ Muchas medidas de compensación y/o manejo, expresadas en recursos, han permitido que comunidades étnicas reciban ingresos que de otra forma no hubieran recibido.

5. Priorización de Proyectos PINE

El Estado está evaluando establecer criterios de consulta previa para los Proyectos de Interés Nacional y Estratégico-PINE que son básicamente del sector minero energético y del sector transporte. La idea es darle agilidad a los proyectos y hacerle un monitoreo periódico constante para ver sus avances.

Negativos

1. Consulta Previa es visto como espacio de Negociación más que un Espacio de Diálogo

Por la existencia de varias demandas sociales por parte de las comunidades étnicas, la consulta previa se ha vuelto un espacio de negociación en vez de un espacio de diálogo y de conocimiento.

2. Brechas Sociales y Falta de Presencia del Estado

En la mayoría de los territorios étnicos existen brechas sociales significativas y, además, se aprecia poca presencia o ausencia total de Estado. Ello hace que cuando el ejecutor del proyecto llega a realizar el proceso de consulta previa, se vea este espacio como una oportunidad para que sus demandas históricas sean atendidas.

Esta situación termina desvirtuando el proceso de consulta previa y haciendo mucho más engorroso el desarrollo de los proyectos de inversión.

3. La falta de una ley por medio de la cual se reglamente la Consulta Previa ha resultado inconveniente para el desarrollo de la Consulta Previa

Se estima que una de las causas por la cuales el derecho a la consulta previa se ha judicializado y ha derivado en conflictividad entre los diferentes actores que intervienen en los procesos, ha sido la falta de regulación. a. A partir de 1998 se inicia el activismo jurisprudencial, y es a través de los lineamientos expresados por la Corte en sus sentencias, que se guían en gran parte los procesos de consulta previa.

A través de la reglamentación se necesita establecer de forma clara los alcances de la consulta, los actores de la misma y las etapas preclusivas con plazos claros.

Existen varios motivos por los cual se le ha dificultado a los diferentes gobiernos tramitar ante el Congreso la ley estatutaria de Consulta Previa, y uno de ellos es que antes de ser radicado en el Congreso el proyecto de ley debe ser consultado con las comunidades étnicas.

Actualmente la Autoridad Nacional de Consulta Previa en conjunto con la Presidencia de la República se encuentran trabajando en la elaboración de un borrador del proyecto de ley. Así mismo, otras bancadas en el Congreso han presentado proyectos alternos.

4. La Aplicación del Convenio 169, solo se ha centrado en la Consulta Previa

El Convenio contempla el desarrollo de varios derechos para los pueblos indígenas; sin embargo, la atención de las comunidades étnicas y del Estado solo se ha centrado en el derecho a la consulta previa, lo que termina desnaturalizando la razón de ser del convenio al no permitir una aplicación integral del mismo.

5. Identificación de Comunidades Étnicas y su Registro

No se cuenta con información confiable y actualizada sobre las comunidades étnicas lo cual dificulta la realización de los procesos de consulta, ya que siempre aparecen nuevas comunidades.

Asimismo, el derecho al auto reconocimiento como único criterio para identificarse como comunidad étnica ha traído muchos problemas en el desarrollo del proceso de consulta previa, dado que es un incentivo que tienen las comunidades para auto reconocerse con el único fin de obtener beneficios.

6. Evaluar Afectaciones a Comunidades Étnicas en base a la Ocupación del Territorio

La identificación de las comunidades étnicas afectadas por el proyecto se realizaba en función al criterio de ocupación del territorio a través de la certificación de comunidades que se gestionaba ante la Ex Dirección de Consulta Previa, lo cual generó que no se consideren a comunidades que no residían en el territorio pero si lo usaban. Por ello es fundamental usar el juicio de afectación directa que ahora rige el proceso.

7. Falta de un Procedimiento para Definir la Afectación Directa y Procedencia de Consulta Previa

Se ha presentado en la práctica criterios disímiles para establecer las afectaciones directas a los derechos colectivos de las comunidades étnicas, y por tanto para la procedencia de la consulta previa. Ello ha generado en muchos casos conflictos que podrían haber sido evitados de existir lineamientos claros al respecto.

8. Legitimidad de Representantes de Comunidades Étnicas

En algunos casos se generan problemas porque líderes que inician negociaciones se tratan de mantener en el poder y no permiten que nuevos líderes asuman la representación, generando conflicto.



9. Rol de Asesores de Comunidades Étnicas

Muchas veces los asesores de las comunidades étnicas, cuyos honorarios son pagados por el ejecutor del proyecto, tienden a establecer medidas dilatorias del proceso para que las empresas accedan a sus demandas, generando un factor de veto a los proyectos.

10. Oportunidad de la Medida

El proyecto es consultado con la evaluación del EIA, lo cual es considerado por la mayoría de las empresas como adecuado, pero es fundamental velar por que no se entorpezca el trámite. Existen otras empresas que consideran que el momento de realizarla es demasiado temprano y no se tiene información suficiente, y debería realizarse cuando se tenga más información del proyecto a ejecutar.

Al respecto, debemos señalar que el primer paso de la consulta previa ante la Autoridad Nacional de Consulta Previa ya no consiste en solicitar la certificación de presencia de comunidades étnicas, sino la solicitud de declaración de procedencia (o no procedencia) de la consulta previa, para lo cual la Autoridad debe evaluar si a través del proyecto obra o actividad se configuran afectaciones directas a los derechos de las comunidades étnicas del área de influencia del proyecto, obra o actividad. Luego de ello se inicia el procedimiento ambiental y en el estudio ambiental se incluyen los impactos a las comunidades étnicas.

11. Medidas de Manejo y Compensatorias

En el marco del proceso de consulta previa se acuerdan una serie de medidas de manejo, así como medidas compensatorias por uso de territorio y afectaciones, pero muchas veces también abarcan acuerdos para satisfacer necesidades básicas que en principio es obligación del gobierno atender.

Ello se debe a que no está regulado como se compensa, y en algunos casos los ejecutores de los proyectos han entregado sumas de dinero sólo para no demorar la ejecución de los mismos.

12. Seguimiento de acuerdos

El Grupo de Seguimiento de Acuerdos no ha funcionado de forma eficiente y oportuna, dado que se informa de casos donde recién luego de 15 o 20 años se empezó a realizar el seguimiento de acuerdos.

Por ello la jurisprudencia y la norma han tratado de darle más relevancia al seguimiento de acuerdos, para que se realice de forma más proactiva.

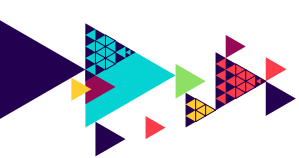
13. Falta de Coordinación entre las Autoridades vinculadas al Proceso de Consulta Previa

Los ejecutores de proyecto deben realizar diversos trámites ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, así como ante las autoridades sectoriales como el Ministerio de Energía y Minas, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, la Agencia Nacional de Minería, la Agencia Nacional de Infraestructura, entre otros. Todo ello hace muy engorroso los trámites a seguir por el ejecutor del proyecto.

14. Falta de Preparación de los Funcionarios Públicos

La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la República actúan como garantes del proceso de consulta, para que se adelante con las garantías correspondientes a cualquier proceso participativo; sin embargo, muchas veces envían a funcionarios poco preparados, lo que limita el rol de garante, haciendo que las negociaciones se desvíen.

Lo propio sucede con los funcionarios de la Dirección de Consulta Previa, hoy Autoridad Nacional de Consulta Previa, que muchas veces no conocen las particularidades de las Comunidades Étnicas, lo que no facilita los procesos de diálogo.



15. Falta de Personal y Recursos de la Autoridad de Consulta Previa

Se ha evidenciado deficiencias administrativas en la Autoridad de Consulta Previa como el poco personal, la alta rotación y la falta de profesionalización del mismo, lo que ha llevado a demoras en la tramitación de las solicitudes.

16. Creación de la Tasa para la realización de la Consulta Previa

En la ley 1955 de 2019, por medio de la cual se adoptó el Plan Nacional de Desarrollo 2018 -2022 del presidente Ivan Duque denominado "Pacto por Colombia. Pacto por la equidad" se estableció la tasa para la realización de la Consulta Previa. Esta tasa deberá ser pagada por el interesado en que se adelante una consulta previa por los servicios de coordinación para la realización de la consulta previa y por el uso y acceso a la información sobre presencia de comunidades

Sin embargo, hasta el momento la Tasa no ha sido reglamentada y existen cuestionamientos sobre todo por parte de las comunidades étnicas y de entidades estatales que consideran que es el Estado el que debería asumir los costos que le corresponderían en los procesos de consulta previa.

7. Recomendaciones

Al Estado

Dimensión regulatoria

1. Emitir Ley Estatutaria sobre la Consulta Previa

Ello evitaría el desorden regulatorio y jurisprudencial que existe. La ley estatutaria debe:

- ▶ Establecer alcances del derecho a la consulta previa y la forma de ejecutarlo.
- ▶ Definir rol de actores que participan en la consulta previa: Estado, Ejecutor de Proyecto, Comunidades Étnicas; así como del Ministerio Público conformado por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la República. También debe regularse el rol de los asesores, intérpretes y facilitadores.
- ▶ Definir representación de comunidades étnicas y crear el Registro de Representantes.
- ▶ Establecer quién está a cargo de la consulta es el Estado y no la empresa, siendo el rol de ésta sólo asistir en información sobre el proyecto.
- ▶ Regular las etapas del proceso de consulta y los plazos de las mismas.
- ▶ Establecer los criterios a utilizarse para identificar a una comunidad étnica, tanto en el ámbito subjetivo como objetivo.
- ▶ Establecer obligaciones a cargo de las comunidades étnicas.
- ▶ Fortalecer que la consulta previa es un espacio de diálogo y no de negociación.

2. Aprobar un Procedimiento para Definir la Afectación Directa y Procedencia de Consulta Previa

La Autoridad Nacional de Consulta Previa debe aprobar un procedimiento que defina como se establece la afectación directa de los derechos colectivos, y por ende la procedencia del proceso de consulta previa, para unificar los criterios utilizados y exista la predictibilidad que se requiere.

3. Momento de la Consulta Previa

Actualmente el proceso de consulta previa se entrelaza con el estudio ambiental y puede generar entrapamientos, por ello podría evaluarse la posibilidad que sean tramites paralelos.

Respecto de la oportunidad, la mayoría considera que el momento es el adecuado dado que no puede ser tan temprano que no se puedan identificar los impactos, ni tan tarde que éstos ya se hayan dado. Sin embargo, consideran que para los proyectos de energía renovables no hay claridad dado que este momento puede ser muy temprano, por cuanto el proyecto puede estar sujeto a cambios.



Actualmente el proceso de consulta previa se entrelaza con el estudio ambiental y puede generar entrapamientos, por ello podría evaluarse la posibilidad que sean tramites paralelos.

4. Crear el Registro de Asesores de Comunidades Étnicas y propiciar que sean de la misma Comunidad

Se recomienda la creación por parte del Estado del Registro de Asesores de las Comunidades Étnicas, donde éstos se deban identificar y acreditar como tales, y donde se registren eventuales inconductas en contra del diálogo intercultural. Ello permitirá tener un control de quienes son y como se desempeñan, pudiendo incluso deshabilitarlos ante inconductas graves.

También debe evaluarse la posibilidad de regular que se priorice que los asesores sean oriundos de la misma comunidad, ya que ello constituirá una ventaja por su conocimiento del entorno y del contexto y, además, incentivará que sus intereses estén alineados con los de la comunidad.

5. Elaborar Guía de Medidas Compensatorias

El Ministerio del Interior debe elaborar y publicar la Guía de Medidas Compensatorias que se pueden abordar en el marco de la consulta previa; asimismo, deberá capacitar a los ejecutores de los proyectos y a las comunidades étnicas sobre los alcances de la misma.

6. Emitir Lineamientos para Priorizar Proyectos PINE

Debería emitirse criterios de consulta previa para agilizar los procesos consultivos de los Proyectos de Interés Nacional y Estratégico-PINE, dada la incidencia que tienen en el crecimiento y desarrollo del país.

7. Reglamentar la Tasa para Proceso de Consulta Previa

La Autoridad de Consulta Previa definir si utilizará la tasa, y de ser ese el caso reglamentarla.

Dimensión Operativa

1. Elaborar y Ejecutar Planes de Desarrollo Territorial, y Presencia del Estado

Previo a la realización de un proyecto, el Estado debe hacer intervenciones tempranas en campo con la finalidad de elaborar y luego ejecutar los planes de desarrollo territorial a fin de cerrar las brechas sociales existentes.

Además, es importante que el Estado tenga presencia permanente en los territorios étnicos. Ello reduciría la conflictividad y aportaría de manera positiva a la sostenibilidad de los proyectos.

2. Fortalecer la Coordinación entre las Autoridades vinculadas al Proceso de Consulta Previa

Debe mejorarse sustancialmente las coordinaciones entre la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, así como ante las autoridades Sectoriales como el Ministerio de Energía y Minas,

la Agencia Nacional de Hidrocarburos, la Agencia Nacional de Minería, la Agencia Nacional de Infraestructura, entre otras; respecto de las cuales el ejecutor del proyecto debe realizar trámites vinculados al proceso de consulta.

También es importante que exista un único canal del Estado para todos los trámites, debiendo evaluarse la creación de una ventanilla única.

3. Fortalecer la Base de Datos de las Comunidades Étnicas

Para mejorar el registro de comunidades étnicas es necesario realizar estudios demográficos, siendo fundamental que se asigne presupuesto y personal capacitado.

En todo caso, también, se puede ir completando la información del registro de comunidades étnicas a través de la información que puedan proporcionar los ejecutores de proyecto.

4. Criterios Flexibles para la identificación de Comunidades Étnicas afectadas por el proyecto

Es importante la debida diligencia al momento de identificar las comunidades étnicas a consultar, para lo cual debe tenerse presente el auto reconocimiento, así como el vínculo estrecho y cultural con el territorio.

5. Fortalecer la Etapa de Seguimiento de Acuerdos

Se debe dotar a la Autoridad Nacional de Consulta Previa de las herramientas necesarias para que fortalezcan su labor de seguimiento, a fin de coadyuvar a que los acuerdos se cumplan de forma eficiente y oportuna.

El seguimiento no sólo debe versar sobre la medida de manejo o de compensación, sino también sobre las posibles situaciones de conflicto que se puedan generar.

6. Fortalecer la visión de la Autoridad de Consulta Previa sobre Comunidades Étnicas y sobre el Proceso de Consulta, y Asignarle Recursos

Es importante asignar presupuesto para incrementar el número de funcionarios de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, para que se puedan dar abasto y atender las solicitudes en el plazo de ley; así como capacitarlos en conocer las particularidades de las comunidades étnicas y de la consulta previa, para facilitar los procesos de diálogo.

7. Fortalecer las Capacidades de los Funcionarios Públicos de los Entes Garantes que Participan del Proceso de Consulta

Debe capacitarse mejor a los funcionarios públicos de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría para que cumplan adecuadamente su función como garantes del proceso.

8. Capacitación a las Comunidades Étnicas

El Estado debe ir a campo, a hablar sobre qué es la consulta previa de forma sistémica, y no sólo a los lugares donde se desarrollarán los proyectos, sino a todos los territorios donde hay presencia de comunidades étnicas.

9. Realizar un Informe sobre la incidencia de la Consulta Previa en los Derechos de las Comunidades Étnicas

Se debe evaluar si la consulta previa ha servido para proteger la identidad étnica y cultural, así como si ha servido para que las comunidades vivan mejor y si se fortalecieron. En virtud de las conclusiones deben adoptarse medidas.





Otra buena práctica es realizar las actividades del proyecto acompañados de representantes de las comunidades étnicas, para que haya total transparencia en lo que se realiza y la misma comunidad ayude al buen desarrollo de las actividades (apoyo en traducción y difusión de información).

Al Empresariado (dimensión operativa)

1. Medidas compensatorias

El ejecutor del proyecto debe precisar a las comunidades étnicas con apoyo de la autoridad, los alcances de las medidas compensatorias, a fin de que se ajusten a compensar temas relacionados con el uso de territorio y afectaciones del proyecto, y no a satisfacer necesidades básicas.

Debe velarse porque las compensaciones se traduzcan en obras en favor de la comunidad y no en dinero, siendo importante que se establezcan compromisos recíprocos por parte de la comunidad (como el cuidar y mantener la obra entregada).

2. Incentivar la realización de Intervenciones tempranas por parte del Ejecutor del Proyecto, acompañada de la realización de Estudios de Impacto en Derechos Humanos

El ejecutor del proyecto, previo a realizar el proceso de consulta, debería ingresar a campo con la finalidad de conocer el entorno, e identificar a las comunidades étnicas que se vinculan con el territorio y a sus representantes. Ello ayudará a que posteriormente otras comunidades no pretendan de forma ilegítima ser consideradas dentro del proceso. Con lo anterior, se permitirá que el ejecutor del proyecto ayude a los representantes legítimos de las comunidades a tener todos sus papeles en regla para participar en el proceso de consulta.

La empresa también tendrá la oportunidad de explicar con antelación y a detalle el proyecto, y de realizar ajustes al mismo, en caso sea necesario para reducir las afectaciones a las comunidades.

Para ello es importante ir a campo y realizar el Estudio de Impacto de Derechos Humanos que ayudará a la empresa a conocer las dinámicas del territorio, siendo relevante que los funcionarios de la empresa se adapten en este proceso a las costumbres de la comunidad étnica. Además, debe mantenerse una presencia permanente en el territorio para que se vea que se desea entablar una relación real.

3. Participación de Comunidades en Actividades del Proyecto

Otra buena práctica es realizar las actividades del proyecto acompañados de representantes de las comunidades étnicas, para que haya total transparencia en lo que se realiza y la misma comunidad ayude al buen desarrollo de las actividades (apoyo en traducción y difusión de información).

4. Contar con Guía de Relacionamiento con Comunidades Étnicas

La Guía de Relacionamiento con Comunidades Étnicas facilita la intervención de las empresas en territorios de comunidades étnicas, sea que vayan o no a realizar procesos de consulta previa, y hace más fluida la relación.

Rol para la asistencia técnica de la OIT

1. Generar acciones para que la implementación del Convenio 169, no solo se centran en la Consulta Previa

La OIT debe coordinar con el Estado Colombiano la realización de una serie de acciones a fin de que la implementación del convenio abarque los otros derechos contemplados en el citado instrumento internacional.

2. Realizar Acciones para Sensibilizar sobre Alcances del Convenio

La OIT debe adoptar acciones para que quede claro los alcances del Convenio 169, a fin de que se entienda que éste no contempla el derecho a veto salvo en supuestos específicos, deslindando posiciones sobre el Consentimiento Previo, Libre e Informado.

20 de noviembre de 2020

Janinne Delgado Silva

Entrevistas

ANDI

- ▶ Marcela Caicedo
- ▶ Juliana Manrique
- ▶ Darío Múnera

Minería

- ▶ Cerromatoso (minería de ferroníquel): Cabrales, Sebastián
- ▶ Cerrejon: Juan C Garcia y Luis E Marulanda

Hidrocarburos

- ▶ Repsol (exploración y producción): Patricia Lagos

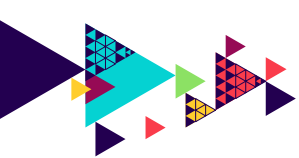
Energía

Generación, transmisión, distribución y comercialización

- ▶ Grupo Energía de Bogotá: Carol Andrea Varela Lopez, Diana Isabel Guevara Vaca, Daniel Duran Rodriguez, Sebastián Devis Rueda
- ▶ Empresas Públicas de Medellín: Tatiana María Vidal Gutierrez, Ana María Sandoval Sastre, María Teresa Bautista Gonzales, Kelly Yustin Valencia Uribe, y Mary Luz Quiroz Zapata.

Transmisión de energía

- ▶ Intercolombia: Luz Dary Perdomo Vásquez, Alexander Giraldo Marín, Giovanna Londoño Herrera.



Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior

- ▶ Luis Fernando Bastidas – Ex Director
- ▶ Sebastián Vargas – Ex funcionario
- ▶ Adriana Diaz – Ex Directora

Consultora

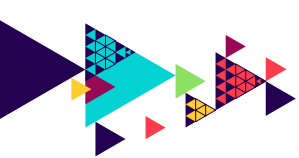
Julie Hernández

Documentos revisados

- ▶ Guía para Fortalecer las Capacidades de los Empleadores en la aplicación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. 2016
- ▶ Reporte Regional Colombia Costa Rica Guatemala Chile. Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. 2016
- ▶ Leyes y políticas públicas al respecto de pueblos indígenas y tribales: Perfiles de países de América Latina que han ratificado el Convenio 169 de la OIT. Borrador
- ▶ Estándares Regionales de Actuación Defensorial en Procesos de Consulta Previa de Bolivia, Ecuador, Colombia, y Perú. Página web: <http://www.defensoria.gob.pe> Primera edición: Lima, Perú, mes de 2017.
- ▶ Informe “El reto de la igualdad: una lectura de las dinámicas territoriales en el Perú”, elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el 2019.
- ▶ Estudio regional sobre la implementación de la Consulta Previa en Colombia: lecciones y desafíos para Perú. Yohannaliz Vega, Mayra Quicaño, Cinthia Navarro, Marita Salas, Omar Livia, Joel Lozano.

Páginas revisadas

- ▶ Páginas del Ministerio de Interior del Gobierno de Colombia.
- ▶ Biblioteca de Consulta Previa de la ANDI



Países de la serie

Brasil ▶ Chile ▶ Colombia ▶ Guatemala
Honduras ▶ México ▶ Paraguay ▶ Perú



Organización
Internacional
del Trabajo

ACT/EMP

La Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT (ACT/EMP) agradece a quienes colaboraron con la elaboración de esta Nota Técnica, en particular a los líderes de las organizaciones empresariales que nos dieron su tiempo para la creación colectiva del documento. De igual manera, se agradece a **Janinne Delgado**, quien lideró el trabajo de investigación, y al equipo de ACT/EMP implicado en el proceso de producción integrado por Roberto Villamil y Andrés Yurén.