

JORGE IVÁN HURTADO MORA*

*Operatividad de la consulta previa sobre los recursos naturales renovables en los sistemas de control estatal***

La consulta previa, como instrumento de salvaguarda a la identidad étnica y cultural de algunas comunidades, encuentra un camino de concreción y realización frecuente en los instrumentos diseñados para hacer control efectivo al uso de los recursos naturales renovables. En efecto, desde la misma estructura constitucional (art. 330, par.) se advierte que la ejecución de proyectos, obras o actividades en territorios de comunidades indígenas^I debe hacerse sin desmedro de esa identidad; en otras palabras, se constituye en una obligación impostergable, realizar un proceso de consulta previa con la comunidad étnica, mediante el cual se establezcan con claridad, los impactos que respecto a ese bien protegido pueda generar el proyecto y se determinen y concreten, todas aquellas medidas que mitiguen, compensen y corrijan los mismos.

De otra parte, siendo el Estado el principal responsable del cuidado, salvaguarda y sostenibilidad de la oferta ambiental, ha dotado a la administración pública de una serie de mecanismos legales que le permitan concretar los elementos integradores del desarrollo sostenible; mediante estos controles se busca, antes de autorizar la ejecución de una actividad económica que pueda generar un impacto al entorno ambiental, evaluar integral e interdisciplinariamente ese proyecto con el fin de identificar e implementar todas las medidas mitigación, corrección y compensación suficientes y necesarias para alcanzar la ya mencionada sostenibilidad de los ecosistemas.

Así las cosas, los controles detentados por la autoridad ambiental no son otra cosa que la puesta en marcha de los preceptos vertidos en el artículo 80 Constitucional, el cual le impone al Estado la planificación en el uso de los recursos naturales renovables sobre bases de una rigurosa sostenibilidad; de paso, el mismo mandato zanja la clásica discusión sobre si la oferta ambiental

* Profesor del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: jihurtado@procuraduria.gov.co.

** Este documento fue elaborado con la colaboración del Abogado SEBASTIÁN CABRALES VILLALBA, Profesor de la Cátedra “Consulta Previa: participación étnica y responsabilidad social” del programa de Maestría de Responsabilidad Social Empresarial y Sostenibilidad de la Universidad Externado de Colombia.

I Aunque el parámetro contenido en el parágrafo del artículo 330 constitucional se refiere a comunidades indígenas, lo cierto es que la vía legal y jurisprudencial ha ampliado el espectro de la consulta previa, para hacerla extensiva a las comunidades negras, raizales, palenqueras y room.

puede o no ser aprovechada, concluyendo que sí, pero supeditada a un marco de conservación y de ahorro para las futuras generaciones.

Sin duda alguna la licencia ambiental se ha constituido en el principal mecanismo de planeación, vigilancia y control ambiental, pudiéndose determinar que es la herramienta administrativa creada por el Estado para concretar de forma eficaz los elementos que integran el principio del desarrollo sostenible. Mediante su trámite reglado –Decreto 2041 de 2014– se evalúa integralmente y desde la perspectiva ambiental, un proyecto, sometido a su obligatoriedad, para finalmente y mediante acto administrativo motivado, autorizar o no la ejecución de esa específica actividad, imponiéndole una serie de obligaciones necesarias para que la intervención a los recursos sea tolerable en términos de conservación.

Sin embargo, paralelo a su importancia está la complejidad que sobre su eficacia se plantean constantemente los actores que en ella intervienen: a. La autoridad competente que la otorga; b. El sector productivo que la solicita, y c. La comunidad que ante el otorgamiento de una licencia puede ver afectado su derecho colectivo a gozar de un medio ambiente sano. Lo anterior obedece a que cada uno de esos intervinientes tiene una percepción diferente sobre el rol que debe cumplir la licencia como garante de la sostenibilidad; esa falta de unanimidad se hace más evidente tratándose de la realización de la consulta dentro del trámite administrativo de licenciamiento, advirtiendo efectivamente, que es en dicho procedimiento donde tiene lugar el grueso del proceso consultivo. La consulta no es tan frecuente dentro de otros esquemas de control como los planes de manejo ambiental y los permisos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

El presente documento tiene por objeto determinar, analizar y describir, la operatividad, complejidad y dificultades que se pueden presentar en el proceso de consulta previa como instrumento de salvaguarda de algunas comunidades, que de acuerdo con el ordenamiento constitucional y al sistema legal, tienen derecho a que se les proteja su identidad étnica y cultural, cuando quiera que se ejecuten proyectos, obras o actividades en su territorio, que precisamente puedan llegar a afectar, no solo su entorno ambiental, sino su cosmovisión e identidad y que por ende necesitan ser viabilizados mediante la obtención previa de una licencia ambiental, plan de manejo o permiso de uso y aprovechamiento.

En este documento se aborda la consulta previa desde la perspectiva o condición de derecho fundamental adquirido a partir de la estructura consti-

tucional de 1991 y por supuesto teniendo como referente al Convenio 169 de la OIT. La anterior dimensión se complementa con el análisis del mecanismo atendiendo a su carácter de proceso administrativo, en el cual priman como elementos de estudio sus reglas, principios, actores, debilidades, fortalezas y ritualidades.

Dicho esto, la labor se concentra en atender de manera específica la maniobrabilidad de la consulta previa en los mecanismos de control estatal sobre los recursos naturales renovables, donde es evidente que el proceso de licenciamiento ambiental tiene una vital importancia, como condición necesaria para lograr la sostenibilidad de las actividades económicas, que al ser ejecutadas, puedan ocasionar efectos negativos al entorno ambiental.

Todo el anterior ejercicio se nutre de dos elementos referentes: el sistema jurídico y el trabajo jurisprudencial, amplio por demás, que sobre la consulta previa ha venido realizando preponderantemente la Corte Constitucional.

I. LA CONSULTA PREVIA Y SU DOBLE DIMENSIÓN

Es extensa la doctrina jurisprudencial y académica sobre la consulta previa como derecho fundamental de las comunidades étnicas del país; muestra evidente de ello es que pasados veinticinco años de la firma del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– por medio del cual Colombia adquirió el compromiso² internacional de consultar a las comunidades étnicas que se puedan ver afectadas por las medidas legislativas y/o

2 Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, aprobado y acogido en el ordenamiento jurídico Colombiano mediante la Ley 21 de 1991: Artículo 6.º “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

administrativas de los Estados suscriptores del mismo, a la fecha su contenido material sigue siendo profundamente difuso.

El alcance o limitaciones del derecho, las obligaciones de las partes, la duración del proceso, la forma como debe realizarse, los actores involucrados, la aplicabilidad y oportunidad del mismo, entre otros aspectos, continúan generando serias dudas, en perjuicio no solo de los proyectos que se pretenden ejecutar en el país, sean estos de cualquier tipo, sino principalmente de las comunidades étnicas titulares del derecho y en general de todos los ciudadanos.

Lo anterior resulta evidente, al evaluar lo que la Corte Constitucional ha llamado en sus fallos “la tensión existente entre la garantía de los derechos fundamentales y las perspectivas de desarrollo”³, en otras palabras, la dificultad connatural que conlleva cualquier proceso de participación social en el cual se encuentran involucrados conocimientos, cosmogonías, culturas, raciocinios, perspectivas, sabidurías, y en general individuos distintos, cuyos intereses y pretensiones en algunos casos difieren abismalmente, pero que resultan, en principio, válidos y legítimos a la luz de nuestro ordenamiento constitucional.

De allí, que dentro de las reglas que la jurisprudencia ha establecido para el desarrollo de este derecho fundamental, una de ellas sea la de no admitir “[...] posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias”⁴. Es decir, el objetivo principal de la consulta previa como derecho, está encaminado a garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan, participación que deberá desarrollarse a través de un procedimiento al cual haremos referencia más adelante.

Es por esto que, partiendo de la diversidad étnica y cultural como eje fundamental de la Carta Política⁵ y de la Nación, la consulta previa constituye un desafío no solo para el Estado como sujeto encargado de garantizar el derecho, sino también para los actores del proceso, quienes se encuentran abocados al cumplimiento de derechos y deberes.

3 Corte Constitucional. Sentencia T-135 de 2013, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

4 Corte Constitucional. Sentencia T-129 de 2011, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

5 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 7. “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Como se ve, el reto es mayúsculo, pues el equilibrio de intereses en juego, la ponderación de derechos, la ejecución de procesos desprovistos de arbitrariedad, el respeto por el principio de la buena fe y la transparencia, son esenciales para el éxito de los mismos.

En consecuencia, la consulta previa reviste dos dimensiones, una de ellas representada por el derecho fundamental en sí mismo considerado, y otra por su materialización práctica⁶, es decir, la consulta previa como procedimiento administrativo. Esto significa, que como procedimiento o proceso, la consulta previa debe cumplir con requisitos, reglas y estándares mínimos para su ejecución.

2. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Poco después de expedida la Constitución Política de 1991 y la Ley 21 de 1991^[7], la jurisprudencia constitucional se abocó al conocimiento de diversos casos en donde determinó la transgresión de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas con ocasión de la ejecución de Proyectos, Obras o Actividades –POA– en su territorio⁸.

-
- 6 Es pertinente aclarar que los procesos de consulta previa llevados a cabo para la consulta de medidas legislativas o actos administrativos generales que no constituyen autorizaciones para adelantar proyectos, obras o actividades en el territorio nacional son responsabilidad de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, de conformidad con lo señalado en el artículo 13 numeral 7 del Decreto 2893 de 2011. Por lo tanto, al hacer referencia al proceso de consulta previa en este documento, exclusivamente se hará mención a los procesos que se adelantan para consultar la ejecución de Proyectos, Obras o Actividades –POA– en Colombia.
- 7 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, adoptada por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989.
- 8 El concepto de territorialidad de las comunidades étnicas ha variado sustancialmente teniendo en cuenta la normatividad aplicable y la jurisprudencia de los altos tribunales. El análisis sobre este aspecto conllevaría un extenso estudio que excedería los objetivos principales de este documento, por lo tanto, vale resaltar que el concepto de territorio actualmente aplicable tiene un carácter material y no meramente formal, esto significa, en los términos de la Sentencia T-547 de 2010, que el territorio de las comunidades étnicas está delimitado, no por el reconocimiento legal del Estado sobre el territorio, sino por lo que ha sido ancestralmente y culturalmente considerado como territorio por las comunidades étnicas. Al respecto la citada sentencia señala: “[...] las comunidades indígenas y tribales establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y que las medidas que sean susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, aunque no hayan sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no se hayan asignado como propiedad colectiva de las comunidades

Al respecto, en la Sentencia T-428 de 1992^[9] la Corte Constitucional zanjó uno de los pilares fundamentales del derecho a la consulta previa: el interés general como argumento para la ejecución de cualquier proyecto no puede conllevar, en ningún caso, la transgresión de derechos fundamentales.

Posteriormente, por medio de la Sentencia T-380 de 1993^[10] la citada corporación fue más específica y de manera concreta determinó la necesidad de diferenciar los derechos de las comunidades étnicas de los derechos de otros ciudadanos, al respecto señaló:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas *no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos*. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. *En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales*, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las *acciones populares correspondientes*.

Aunque en un primer momento la jurisprudencia constitucional no hizo referencia a la consulta previa como derecho fundamental, y su análisis se limitó al amparo de otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, el debido proceso, entre otros, los distintos pronunciamientos efectuados en esta misma línea fueron esculpiendo la evolución jurisprudencial que consideró finalmente a la consulta previa como un derecho fundamental.

negras, sí hagan parte del hábitat natural de tales comunidades, deben ser objeto de un proceso de consulta previa” (en sentido similar cfr. sentencias T-525 de 1998, T-698 de 2011, T-282 y T-376 de 2012 y T-849 de 2014).

9 Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, mediante la cual fue amparado el resguardo indígena de la localidad de Cristianía, que demandó la suspensión de las obras que se adelantaban en su territorio con el objeto de ampliar una carretera de interés nacional: “Para el efecto la Sala consideró, no obstante el *indiscutible interés general de la obra que se adelantaba y sin desconocer lo prevalente de dicho interés*, que ninguna disposición del ordenamiento constitucional puede interpretarse de manera que justifique “*la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos*”, como quiera que “*el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona*”, y la “protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado” (cursiva fuera de texto).

10 Corte Constitucional, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencias como la SU-039 de 1997^[11], SU 383^[12] y C-620 de 2003^[13], entre otras, dejaron en firme la dimensión de la consulta previa como derecho fundamental, reiterando que se trata de una prerrogativa constitucional de discriminación positiva, válida a la luz del artículo 13 constitucional, cuyo objetivo fundamental, expresado a través de la participación comunitaria (étnica), es el de generar igualdad material y garantizar la pervivencia cultural y física de estas comunidades.

La consulta previa como derecho fundamental conlleva, entonces, importantes consecuencias de orden jurídico, donde el tratamiento diferencial, la acción de tutela y la prevalencia de estos derechos en el ordenamiento jurídico, son solo algunos de los aspectos que han determinado la evolución histórica del mismo. Por ello, el análisis de la aplicación de este derecho parte en la práctica de esta base, y constituye el criterio orientador de los puntos que a continuación se abordarán.

3. EL PROCESO DE LA CONSULTA PREVIA

El proceso de la consulta previa, en sí mismo considerado, debe analizarse desde su evolución normativa y posteriormente jurisprudencial.

En principio el Convenio 169 de la OIT determinó de manera expresa la obligación por parte de los gobiernos de establecer procedimientos apropiados para consultar a los pueblos interesados¹⁴, y en ese sentido el primer

11 Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL: “[la Consulta Previa] constituye un instrumento básico, por un lado para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas; y por otro, para asegurar su subsistencia como grupo social [...] Es un derecho fundamental, individual y colectivo de los grupos étnicos, que consiste en la posibilidad que tienen dichos pueblos de poder decidir sobre medidas legislativas o administrativas, que los afecten directamente”.

12 Corte Constitucional. Sentencia SU 383-03, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS: “... no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la *acción de tutela* para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las órdenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”.

13 Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA: “... no sólo la integridad cultural ha sido reconocida como un derecho fundamental del sujeto colectivo que conforma la comunidad indígena, sino que la misma consulta, como mecanismo de participación, *ha sido estimada como un derecho fundamental* en sí mismo considerado, por su vinculación con la defensa de aquella integridad cultural”.

14 Convenio 169 de la OIT: Artículo 1. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los go-

procedimiento diseñado por el Estado para consultar a las comunidades étnicas fue el Decreto 1320 de 1998, en el cual se señaló de manera escueta cómo debía desarrollarse.

Si bien dicho procedimiento fue aplicado por el Estado para adelantar diversas consultas previas, a la fecha el citado decreto reviste serias dificultades en su aplicación y, por lo tanto, en su legitimidad jurídica, pues en varias ocasiones las comunidades étnicas han solicitado a la Corte Constitucional, bajo el amparo de la figura de excepción de constitucionalidad¹⁵, que sea inaplicable, pues el procedimiento de consulta que refiere esta normatividad en ningún momento fue consultado con las comunidades étnicas.

Vale recordar que tal como lo establece el citado Convenio 169 de la OIT, toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente

biernos deberán: A) consultar a los pueblos interesados, *mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas*, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [...].

Artículo 15: 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, *los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados*, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (cursiva fuera de texto)

- 15 Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2011, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ: “La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4° de la Constitución, que establece que ‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...’. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución”.

a las comunidades étnicas debe estar sujeta a su consulta. Razón por la cual la Corte Constitucional ha determinado la inaplicabilidad del mismo en distintos casos¹⁶.

No obstante, para efectos de su aplicación en el ordenamiento jurídico, el referido Decreto continúa vigente, pues el Consejo de Estado como juez natural no ha determinado su nulidad.

Partimos, entonces, de un proceso diseñado en su momento por el Gobierno Nacional, que en principio no contó con la participación de las comunidades a quienes se les aplicaría; en consecuencia, encontramos una norma jurídicamente vigente en el ordenamiento, pero evidentemente ilegítima en el sentir de las comunidades, y para completar el palmarés de dificultades, la propia Corte Constitucional, en diversos fallos ha impartido justicia tomando como base el referido Decreto¹⁷, lo que dificulta ciertamente la interpretación de los ciudadanos y de los grupos étnicos sobre la aplicabilidad o no del mencionado decreto.

Como colofón de lo expuesto, es pertinente resaltar la expedición del reciente Decreto 2613 de 2013, el cual, a pesar de modificar parcialmente el Decreto 1320 de 1998, en ningún momento lo deroga expresamente.

Paralelo a la citada normatividad, por medio de la Sentencia SU-039 de 1997^[18] la Corte Constitucional daba a conocer lo que serían algunos

16 Sobre la excepción de constitucionalidad al Decreto 1320 de 1998 se pueden consultar las Sentencias T-652 de 1998, T-880 de 2006, T-769 de 2009, T-547, T-745 y T-1045A de 2010.

17 Al respecto puede consultarse la Sentencia T-693 de 2012 en donde la Corte Constitucional ordena al Ministerio del Interior adelantar la Consulta Previa de conformidad con lo previsto en el Decreto 1320 de 1998.

18 “La institución de la consulta a las comunidades indígenas [...] comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el *mutuo respeto y la buena fe* entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

Que la comunidad tenga un *conocimiento pleno sobre los proyectos* destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

Que igualmente la comunidad sea *enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo* a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

Que se le dé la oportunidad para que *libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros*, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, *pronunciarse sobre la viabilidad del mismo*. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva

de los primeros pasos para constituir las reglas y principios del proceso de consulta previa; los principios de mutuo respeto y buena fe se constituyen en fundamentos básicos para llevar a cabo este tipo de procesos, así como la necesidad de garantizar el conocimiento pleno y la ilustración debida sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en territorio étnico, y finalmente, la participación libre, autónoma, sin interferencias “extrañas” de la comunidad para pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.

Como es usual, la evolución normativa tanto legal como reglamentaria, es ostensiblemente más lenta que la doctrina jurisprudencial. Para el caso de la consulta previa, esta situación ha sido aún más crítica, pues los avances legales dependen no solo de los gobiernos de turno y del aparato legislativo, sino también de la consulta de cualquier iniciativa ante las comunidades étnicas, quienes han declarado abiertamente su oposición a la reglamentación legal (ley estatutaria) de dicha consulta, pues en algunos casos, la indefinición normativa y la bruma difusa de la abundante jurisprudencia sobre la materia, contrario a generar seguridad jurídica, ha permitido su uso indebido, acercándola más al estadio de la negociación y alejándola de los campos del derecho fundamental.

Teniendo en cuenta que la evolución jurisprudencial respecto de la consulta previa como derecho y como procedimiento ha sido constante y abrumadora, se alejaría de los objetivos de este escrito efectuar un análisis de los distintos pronunciamientos judiciales en este sentido, por esta razón, para concentrar los esfuerzos al objetivo fundamental del documento, a continuación, presentaremos el estado del arte del proceso de consulta previa, desde la perspectiva jurisprudencial y desde lo normativo:

4. REGLAS Y PRINCIPIOS DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA

– DESDE LO JURISPRUDENCIAL

Tal como se manifestó en líneas precedentes, las reglas y principios del proceso consultivo empezaron a esculpirse por la jurisprudencia aproxi-

en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada” (cursiva fuera de texto).

madamente desde el año 1998; no obstante, fueron las Sentencias T-737 de 2005^[19] y C-461 de 2008^[20], las que determinaron formalmente un “listado” de criterios o reglas para llevar a cabo el procedimiento, y adicionalmente crearon la etapa de pre-consulta para este tipo de procesos.

Posteriormente la jurisprudencia constitucional continuó pronunciándose reiteradamente en distintos casos, en los que evidenció la violación del derecho a la consulta previa; no obstante, la Sentencia T-129 de 2011 constituye uno de los hitos sobre las reglas aplicables al proceso, dicho pronunciamiento realiza un estudio detallado de las reglas adoptadas desde 1991 por la Corte Constitucional para adelantar el proceso consultivo, concluyendo de la siguiente manera:

Requisitos o reglas jurisprudenciales.

-
- 19 Corte Constitucional. Sentencia T-737 de 2005, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS: “[...] el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo. Ciertamente, el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”.
- 20 Corte Constitucional. Sentencia C-461 de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA: “[...] I. La naturaleza constitucional y de derecho fundamental de los procesos de consulta previa ha de ser el criterio orientador para su aplicación y desarrollo.
2. Inadmisibilidad de posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa.
 3. Inadmisibilidad de procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa; no asimilación de la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas, o actuaciones afines.
 4. Necesidad de establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe.
 5. Necesidad de valorar la importancia fundamental del territorio y de sus recursos para los grupos étnicos, y de apreciar sus circunstancias específicas.
 6. Definición del procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa en particular mediante un proceso pre-consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada.
 7. Necesidad de realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego, y de someter los derechos e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente legítimas.
 8. Preservación de la competencia para adoptar una decisión, no arbitraria y constitucionalmente regulada, en cabeza de las autoridades públicas si no es posible llegar a un acuerdo.

8.1 Encuentra pertinente la Sala, conforme a las consideraciones anteriores, reiterar en el caso del derecho fundamental a la consulta previa las reglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha determinado para tal fin, al igual que concretar la ampliación del ámbito de protección en materia de participación y búsqueda del consentimiento libre, previo e informado y el derecho a compartir los beneficios de las obras; así como la protección de la riqueza arqueológica de la Nación.

En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión^[72].

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional.

Finalmente, en reciente pronunciamiento, Sentencia T-376 de 2012^[21], la corporación, con base en el pronunciamiento citado en precedencia determinó los “criterios generales de aplicación de la consulta” y las “reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta”, señalando lo siguiente:

[...] Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (v) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

[...] Reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.

Por último, vale resaltar lo señalado en la Sentencia T-462A de 2014^[22], en donde la Corte Constitucional destaca los principales objetivos del proceso

21 Corte Constitucional, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

22 Corte Constitucional. Sentencia T-462A de 2014, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB: “[...] el proceso de consulta previa debe observar ciertas características esenciales para que sea adelantado

conforme a los estándares exigidos en la normativa internacional e interna, y además, se logre un espacio de participación efectivo en el que existan verdaderas concertaciones entre las entidades estatales, los agentes privados interesados y las comunidades indígenas.

En *primer lugar*, la consulta previa debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades frente a las medidas que afectarán sus intereses. Este consentimiento es indispensable cuando las medidas impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto, estén relacionados con el vertimiento de sustancias tóxicas en los territorios donde se asientan las comunidades y/o representen un alto impacto en las condiciones sociales, culturales y económicas que pongan en riesgo la supervivencia de la comunidad indígena o étnica. Lo anterior no significa que las comunidades tengan poder de veto, pero el consentimiento de las comunidades es imprescindible para determinar la alternativa menos lesiva sobre la medida administrativa o legislativa a realizar conforme el principio de interpretación *pro homine*.

En *segundo lugar*, la consulta previa debe ser un proceso de concertación o acuerdo con la comunidad, a través de sus representantes autorizados, quienes manifiesten sus conformidades e inconformidades con el proyecto u obra a realizar y la manera como posiblemente puede verse afectada su identidad e integridad étnica y cultural, así como las posibles medidas de compensación que se requieren para mitigar los efectos. Por tanto, no es suficiente la mera información o notificación a la comunidad sobre el proyecto que se realizará; es decir, la reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes o autoridades tradicionales de las comunidades de pronunciarse, no se considera una consulta previa.

En *tercer lugar*, antes de llevar a cabo la consulta, deben existir conversaciones preliminares con la comunidad o comunidades que puedan ser afectadas, con el objeto de identificar las instancias de gobierno y los representantes, socializar el proyecto y concertar la metodología con la cual se adelantará el proceso de consulta previa. En otras palabras, esta etapa preliminar pretende fijar el marco y la metodología de conformidad con la del cual se realizará la consulta, es decir, los agentes participantes, el “orden del día”, las maneras de dialogar, los elementos a tener en cuenta, etc.

En *cuarto lugar*, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que comience el proyecto de explotación o de que se tome la decisión normativa o de otro tipo que afecta a las comunidades directamente, so pena de que la medida pueda ser invalidada por un vicio de ausencia de consulta. Así sucedió, por ejemplo, en el caso estudiado en la sentencia C-702 de 2010, en la que la Corte consideró que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa, incluidos los actos legislativos.

En *quinto lugar*, conforme al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa debe regirse por el principio de la buena fe, lo que quiere decir que el proceso no debe ser manipulado y debe adelantarse en un ambiente de transparencia de la información, claridad, respeto y confianza.

En *sexto lugar*, debe garantizarse el acompañamiento y apoyo a las comunidades en el proceso de consulta por autoridades como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, para asegurar que estén informadas de las propuestas del proyecto y sus implicaciones.

En *séptimo lugar*, los resultados de la consulta, es decir, las decisiones que se tomen conjuntamente y las medidas de compensación acordadas, deben tener efectos sobre la decisión del proyecto.

En *octavo lugar*, la consulta debe ser un proceso que no se agota con ‘acercamientos’ o la simple socialización de las decisiones con las comunidades afectadas, sino que exige un verdadero diálogo entre los agentes involucrados, en el que se identifiquen las ventajas y desventajas de la ejecución de las decisiones que eventualmente afectarán a los pueblos indígenas y tribales, y las medidas de compensación y mitigación más adecuadas”.

de consulta previa, los cuales guardan estrecha relación con las reglas y principios citados en precedencia.

– DESDE LO NORMATIVO

La primera disposición normativa expedida por el Gobierno para establecer un proceso de consulta previa fue el Decreto 1320 de 1998, el cual debe ser analizado con beneficio de inventario en torno a su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico, por las razones expuestas en precedencia.

Estando, entonces, advertidos tanto el Gobierno Nacional como el Congreso de la República, sobre la excepción de constitucionalidad aplicable al referido Decreto, en razón a la falta de consulta de su contenido, la decisión sobre expedir una norma de carácter administrativo o una Ley Estatutaria se vería hasta hoy supeditada a la aceptación de las comunidades étnicas del país para entrar a discutir los términos de la futura normatividad, situación que a la fecha se encuentra en suspenso.

Partiendo de esta dificultad, en el año 2010 el Gobierno Nacional buscó expedir un acto administrativo cuya naturaleza jurídica, jerarquía normativa y fuerza vinculante, continúa siendo objeto de discusión. La *Directiva Presidencial n.º 1 de 2010* fue expedida con el objetivo de establecer precisas directrices a los funcionarios del sector central y descentralizado del orden nacional; en ella se atendieron algunas de las reglas de procedimiento establecidas hasta ese momento por la jurisprudencia constitucional y se buscó someramente dar solución a interrogantes que a la fecha continúan sin ser resueltos con total certeza y que serán analizados posteriormente.

Al continuar las dificultades en la aplicación de la citada directiva, el gobierno nacional, contrario a encaminar sus esfuerzos en efectuar la consulta de un posible proyecto de Ley Estatutaria o de cualquier otro proyecto de regulación, decidió emitir nuevamente una Directiva Presidencial, la *n.º 10 del año 2013*, cuyo objetivo fundamental fue desligarse de regular el núcleo fundamental del derecho y acomodarse como una simple directriz para promover la efectiva coordinación de las distintas entidades responsables del proceso de consulta previa.

En ese mismo sentido, el *Decreto 2613 de 2013* buscó establecer un criterio orgánico en torno a la responsabilidad de las entidades y de los particulares para adelantar el proceso de consulta previa, y determinó criterios de oportunidad concentrando algunas competencias en el Ministerio del Interior.

Si bien las anteriores disposiciones normativas han brindado algún tipo de claridad en asuntos procesales y prácticos que generan serias dificultades para llevar a cabo exitosamente los procesos consultivos, los problemas fundamentales que presentan estas normas están ligados a su aplicabilidad o legitimidad jurídica (constitucionalidad), pues teóricamente las directivas presidenciales son actos administrativos cuyos efectos jurídicos se predicán exclusivamente en los sujetos a los que van dirigidas; por su parte, el Decreto, a pesar de ser un acto administrativo de carácter general, ostenta una legalidad sospechosa, pues en ningún momento fue objeto de consulta con las comunidades étnicas, situación que aplica también para el caso de las directivas presidenciales y que contradice abiertamente la exigencia del Convenio 169 de la OIT sobre consultar toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas.

Finalmente, con respecto a este punto vale la pena resaltar la preocupación de distintos sectores, incluidas las altas cortes y el propio gobierno nacional, sobre la evidente necesidad de establecer una normatividad clara sobre el proceso de consulta previa; no obstante, la consulta de los futuros instrumentos normativos continúa siendo rechazada por las comunidades étnicas del país, pues aparentemente la situación de indefinición legal y reglamentaria, así como las zonas grises que la avalancha de jurisprudencia deja a su paso, parecen beneficiar su posición e intereses.

5. ACTORES DEL PROCESO Y SU EFICACIA DENTRO DEL MISMO

Los actores del proceso de consulta previa se encuentran identificados de manera específica por la jurisprudencia y la normatividad pertinentes; en ese sentido, quienes deben participar de manera obligatoria²³ son:

23 Cuando hacemos referencia a la palabra “obligatoria” debe entenderse que la participación de los actores citados es necesaria para dar cumplimiento a los estándares mínimos de participación que la jurisprudencia señala, sin perjuicio de que la comunidad étnica decida no acudir al proceso y en ese sentido no ejercer el derecho fundamental, situación válida a la luz del ordenamiento constitucional, puesto que nadie puede obligar a otro a ejercer sus derechos, salvo que una ley de la República así lo determine. En la práctica dicha situación genera dificultades interpretativas, pues en cierta medida queda en suspenso la respuesta de si el proceso culminó o no satisfactoriamente.

- Las comunidad(es) étnica(s);
- La persona natural o jurídica (pública o privada) interesada en desarrollar el POA;
- El Ministerio del Interior;
- Las Autoridad(es) Ambiental(es) (ANLA- CAR), y
- El Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo).

La participación de otros actores no se encuentra limitada, y por el contrario su importancia dentro del proceso dependerá del tipo de proyecto y del caso específico; por ejemplo, un proceso de consulta previa para llevar a cabo un proyecto de construcción vial, además de los actores arriba señalados, puede involucrar otras entidades como el Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura, las alcaldías municipales, las gobernaciones, y las instituciones policivas.

Con respecto a los actores, fundamentalmente se presentan los siguientes inconvenientes:

1. *Libre concurrencia de actores.* Una de las dificultades fundamentales del proceso de consulta previa es la posibilidad ilimitada de participación de diversos actores en los procesos de consulta previa. Al no existir normatividad o lineamientos de carácter jurisprudencial sobre este punto, se presentan dos situaciones que dificultan seriamente el avance de los procesos de consulta previa:

1.1. Las comunidades constantemente solicitan la presencia de entidades, personas (jurídicas o naturales), organizaciones no gubernamentales, etc., que a pesar de tener la potencialidad de solucionar alguna dificultad de la comunidad, no son relevantes para el objeto específico de la consulta previa. Es el caso, muy frecuente, de comunidades que exigen la presencia, por ejemplo, del Presidente de la República o del Ministro de Salud para solicitar la construcción de un centro de salud en la comunidad, no obstante, la consulta previa versar sobre la perforación de un pozo exploratorio para hidrocarburos.

Es decir, la consulta previa termina trascendiendo a otros escenarios, de carácter político o de reivindicación de derechos, que si bien pueden ser válidos (pues no es un secreto el olvido y la inmensa deuda estatal con estas comunidades), terminan por dificultar seriamente el avance del proceso, y en algunos casos constituyen una condición inamovible de la comunidad

que impone cargas que jurídicamente no deben soportar los particulares que pretenden ejecutar un POA.

En todo caso, la desviación del objeto (asunto) fundamental de la consulta, esto es, la participación para valorar las consecuencias negativas o positivas de una medida administrativa o legislativa, o de un POA, es una situación que dificulta enormemente el desarrollo del proceso, y cuya resolución no estima ni la jurisprudencia, ni la normatividad.

En consecuencia, ante el vacío normativo, dependerá de la capacidad de “negociación” tanto de las entidades participantes, como del interesado, lograr que el objeto de la consulta no se desvíe y que en el proceso participen los actores pertinentes.

1.2. Suele suceder, que otros actores igualmente interesados en participar y ser escuchados por las entidades del Estado sobre una medida administrativa o legislativa o un POA, utilicen el espacio de la consulta previa para presentar sus opiniones, cuestionamientos, puntos de vista y reivindicaciones sociales; es el caso de las comunidades no étnicas que también pueden verse afectadas y que por no encontrarse dentro de las condiciones jurídicas de comunidad “étnica” no cuentan con un instrumento diferencial como la consulta previa para ejercer su derecho a la participación²⁴.

Sobre este punto, las dificultades trascienden los aspectos meramente jurídicos y generan graves afectaciones sociales a las comunidades, ya que en la gran mayoría de los casos, las comunidades no étnicas sienten que el Estado propicia espacios discriminatorios, los cuales deberían estar abiertos a todos los ciudadanos.

Esta problemática es aún más visible cuando la diferenciación entre la población étnica y la no étnica es muy difícil de evidenciar, pues en algunos casos las particularidades de una comunidad étnica no son visiblemente distintas a las de la mayoría de la población de una región en particular.

24 Si bien todos los ciudadanos colombianos tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan, así como el ordenamiento jurídico tiene diseñados mecanismos “universales” para garantizar este tipo de participación, “El derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el derecho de petición, el derecho de reunión, el derecho de información o el derecho de acceder a los documentos públicos, entre otros, permiten a los ciudadanos una mayor participación en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas” (Sentencia C-1338 de 2000, M. P.: CRISTINA PARDO SCHLESINGER), así como en materia ambiental se tienen instrumentos específicos como las “audiencias públicas ambientales”, es menester tener en cuenta que la consulta previa constituye un mecanismo de participación exclusivo de las comunidades étnicas.

Lo anterior también ha generado un fenómeno visible de “indigenización”, pues los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional acerca de quién puede ser considerado como integrante de una comunidad étnica son bastante abiertos, situación que permite la “usurpación” de la situación jurídica de una comunidad étnica, a pesar de tratarse de población que evidentemente no cuenta con dichas características.

Sobre el particular, vale la pena resaltar el pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-376 de 2012^[25] que sobre la existencia de una población étnica señaló lo siguiente:

[...] es oportuno recordar que la existencia de una comunidad negra o indígena depende de *la presencia de un grupo social que evidencia factores objetivos constitutivos de una cultura diversa y, muy especialmente, de su conciencia como grupo étnicamente diferenciado.*

[...] El reconocimiento estatal solamente contribuye a facilitar un medio de prueba sobre su existencia y, por lo tanto, a propiciar el acceso del grupo a los beneficios derivados de su condición, así como a los mecanismos de defensa de sus derechos fundamentales, pero no es un hecho constitutivo del derecho a la identidad cultural. La ausencia de reconocimiento o la imposición de trámites ineficaces o ineficientes para lograrlo, en cambio, comportan serias violaciones de sus derechos fundamentales. *En otras palabras, como la existencia de una comunidad indígena es una cuestión material y puramente fáctica, puede probarse por cualquier medio que resulte adecuado para forjar la convicción del juez,* en virtud del principio de libertad probatoria, el cual adquiere mayor fuerza en sede de tutela, debido a la informalidad de la acción y la prevalencia del derecho sustancial (cursiva fuera de texto).

2. *Responsabilidades y Funciones difusas.* A pesar de que la normatividad existente y los criterios jurisprudenciales podrían brindar cierta claridad sobre el papel de las entidades presentes en los procesos consultivos, en algunos casos no son plenamente identificables las funciones específicas de cada uno y las responsabilidades dentro del proceso.

En ese sentido, a pesar de que el Decreto 2893 de 2011 señala en su artículo 16 que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior estará encargada de “Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran

25 M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

de conformidad con la Ley”, no es suficientemente preciso en determinar si la función de dicho Ministerio es la de únicamente dirigir el proceso, o si puede tomar parte en el mismo, es decir, si se trata de un ente “garante” del proceso (verifica que el mismo se desarrolle bajo los criterios jurídicos aplicables) o si, por el contrario, su función es meramente “certificadora”, es decir, si el Ministerio del Interior debe limitarse únicamente a levantar las actas y documentos que evidencien el desarrollo del proceso.

Para el caso de la participación de las autoridades ambientales, no es claro si su función es garantizar que la información técnica y ambiental que se presenta en la consulta de un POA se ajusta a la realidad y es suficiente para determinar los impactos y medidas de manejo, o si, en definitiva, las autoridades ambientales acuden al proceso para asesorar a las comunidades, en aras de que la información presentada sea comprendida por las comunidades participantes.

Por otra parte, no es claro el papel de otras entidades del orden nacional o departamental, y en general de otras autoridades que participan en los procesos, es decir, no se entiende si las mismas deben coadyuvar la posición del POA por tratarse de un proyecto que es del interés de la entidad o del Estado en general, o deben limitarse a resolver las inquietudes de las comunidades, o asesorar a las comunidades, etc.

En el caso del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo) es claro que su función dentro del proceso de consulta previa es garantizar que el mismo se desarrolle bajo los preceptos legales y jurisprudenciales vigentes, sin embargo, no es claro si el Ministerio Público debe limitarse a verificar la legalidad del proceso o si en efecto deben constituirse en los asesores²⁶ naturales de las comunidades étnicas.

Vale la pena resaltar que el Decreto 2613 de 2013 y la Directiva Presidencial n.º 10 de 2013 establecen algunas provisiones que permiten “aclarar” en cierta medida las funciones y responsabilidades de las entidades que participan dentro del proceso, lo cual ha permitido una mejor coordinación entre las entidades públicas responsables y los ejecutores del POA.

26 Sentencia C-461 de 2008: “[...] Con miras a lograr que los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes con las que se adelante la consulta previa estén en plena capacidad de informarse y comprender la propuesta y sus implicaciones, así como de establecer su posición sobre el particular y hacerla valer a lo largo del proceso, es posible que estén acompañados por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los grupos étnicos afectados”.

3. *Falta de conocimiento y de personal para atender los procesos.* Esta situación es bastante recurrente y dificulta profundamente el avance de los procesos; en ese sentido, el Estado debe prever los recursos necesarios, no solo para garantizar personal suficiente en los distintos procesos de consulta previa que deben desarrollarse a lo largo del territorio nacional, sino también, que este cuente con las competencias necesarias para llevar a cabo los procesos consultivos de manera acorde con los parámetros legales y jurisprudenciales.

Esto finalmente se traduce en seguridad jurídica para todos los involucrados, así como procesos más expeditos.

4. *Inconvenientes para conminar a la asistencia y participación dentro del proceso.* Sin duda, se trata de uno de los problemas más recurrentes dentro de los procesos de consulta previa, cuya resolución por parte de la normatividad y la jurisprudencia existente no es clara.

En ese sentido, persiste la duda sobre las consecuencias jurídicas de que las comunidades indígenas no asistan a los procesos de consulta previa que se convocan: ¿el proceso debe darse por surtido?, ¿al tratarse de un derecho fundamental pueden las comunidades renunciar a él?, ¿qué pasa si por razones ajenas al objeto del proceso de consulta previa, las comunidades se niegan a asistir?, son, entre otras, las inquietudes que a la fecha no cuentan con una respuesta legal o jurisprudencial.

Así mismo, el Ministerio del Interior, como entidad encargada de dirigir el proceso consultivo, no cuenta con funciones coercitivas que le permitan asegurar la asistencia de algunas entidades que deben acudir a los procesos, incluyendo el Ministerio Público, situación que se dificulta cuando se trata de comunidades muy alejadas de centros poblados en donde la presencia de entidades estatales es nula.

5. *Recursos limitados.* Tanto los ejecutores de los POA, como las entidades públicas responsables de acudir al proceso de consulta, cuentan con recursos económicos limitados, situación que dificulta la concurrencia de estos a lugares apartados de la geografía nacional; al respecto debe tenerse en cuenta que el traslado de personal a las regiones implica costos importantes en materia de transporte aéreo, terrestre y/o fluvial, hospedaje, alimentación y viáticos en general, así como los aspectos logísticos relativos a la ejecución propia del proceso.

6. DIFICULTADES QUE SE PRESENTAN EN LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

Tradicionalmente el proceso de consulta previa²⁷ se ha llevado a cabo teniendo en cuenta las siguientes etapas:

- Preconsulta;
- Apertura o instalación;
- Talleres de identificación de impactos y medidas de manejo;
- Preacuerdos;
- Protocolización;
- Seguimiento, y
- Cierre.

No obstante, la reciente Directiva Presidencial n.º 10 de 2013, modificó las anteriores etapas del proceso, concentrándolas de la siguiente manera:

- Certificación Presencia C.E.;
- Coordinación y preparación;
- Preconsulta;
- Consulta
 - Análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo,
 - Reunión de formulación de acuerdos,
- Protocolización;
- Seguimiento, y
- Cierre.

Atendiendo entonces a esta última definición normativa, analizaremos a continuación las principales dificultades encontradas en cada una de estas etapas:

27 Es menester resaltar que de conformidad con lo establecido en las citadas Sentencias T-737 de 2005 y C-461 de 2008, para cada proceso de consulta previa se debe determinar, de común acuerdo con la comunidad, el procedimiento a seguir, pues el mismo dependerá de las particularidades, tiempos y dinámicas propias de la comunidad. Por tanto, la palabra tradicional hace referencia a las etapas que usual o normalmente se desarrollan en la gran mayoría de procesos de consulta previa, lo que no implica que dichas etapas puedan ser modificadas, priorizadas u obviadas según cada caso en particular.

a. Etapa de certificación de presencia de comunidades étnicas

La etapa de certificación constituye el punto de partida del proceso de consulta previa, y tiene aspectos de gran importancia para su legalidad y legitimidad, pues el contenido de la misma determina a qué comunidades étnicas se debe consultar, y en caso de no certificarse comunidades étnicas, permite a las autoridades encargadas de emitir los permisos correspondientes, continuar con los procedimientos administrativos pertinentes de acuerdo con el POA que se pretenda desarrollar.

Lo anterior significa que la certificación de las comunidades étnicas expedida por el Ministerio del Interior genera obligaciones en cabeza de los responsables de los POA en caso de ser positiva, y al ser negativa es susceptible de comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado, pues las imprecisiones que contenga este documento pueden implicar graves perjuicios para los interesados en desarrollar un POA en el caso de una futura tutela o demanda por nulidad del acto administrativo que otorgó la licencia y/o permisos respectivos.

En ese sentido, el principal inconveniente de esta etapa se encuentra en cabeza del Estado, pues es su responsabilidad garantizar que la información que se certifica está acorde con la realidad. Esto significa que la gestión de la información por parte del Ministerio del Interior es un punto clave, pues se debe contar con los datos más acertados y actualizados para determinar la afectación directa de las comunidades étnicas y la existencia de las mismas.

Vale la pena resaltar que es también responsabilidad de los interesados en los POA entregar la totalidad de la información requerida por el Ministerio del Interior para emitir la certificación referida, pues una insuficiente descripción del POA, o inconsistencias en las coordenadas del área de influencia del proyecto pueden generar errores en la misma, situación que finalmente podrá afectar el proceso consultivo.

Adicionalmente, se evidencian las siguientes dificultades:

– *Integridad y actualización de la información.* Las bases de datos del Ministerio del Interior deben estar actualizadas en coordinación con la información tanto del INCODER (en materia de titulación legal de territorios a comunidades étnicas) como de todos los Municipios, pues es bastante frecuente que las comunidades étnicas soliciten el reconocimiento de las alcaldías municipales, las cuales, en algunos casos, sin llevar a cabo ningún procedimiento de verificación, proceden a inscribir o certificar la existencia

de las comunidades étnicas. Lo anterior quiere decir que todos los días se “crean” nuevas comunidades étnicas y el Ministerio del Interior no tiene conocimiento de ello.

– *Carencia de recursos.* El Ministerio del Interior cuenta con recursos limitados para atender la gran cantidad de solicitudes de certificación a las que deben dar respuesta en el término perentorio de quince días, lo cual puede generar ligerezas e imprecisiones en la información certificada. Por tal razón, dicho Ministerio debe contar con una planta de personal suficiente para atender estos requerimientos, y con los recursos necesarios para hacer las visitas de campo que sean necesarias en aras de corroborar información sobre la cual no se tenga certeza.

– *Subjetividad.* La certificación de comunidades étnicas está sujeta a la interpretación jurisprudencial de los funcionarios de turno sobre el criterio de “afectación directa”, razón por la cual, a pesar de que la Directiva Presidencial n.º 10 de 2013 generó algunas directrices sobre el asunto, finalmente la determinación de si la comunidad debe ser consultada o no se encuentra abierta a interpretación, por lo que los criterios deben entonces ser aún más objetivos para evitar certificaciones erróneas.

– *Criterios jurisprudenciales y/o normativos claros.* Esto significa que el Ministerio del Interior y las demás autoridades competentes deben tener absoluta certeza sobre cuándo una comunidad ostenta el carácter de étnica, y en ese mismo sentido, los mecanismos que sean requeridos para adelantar su reconocimiento legal, esto, por ejemplo, debería realizarse de manera centralizada en cabeza del Ministerio del Interior, con el apoyo en terreno de los municipios.

b. Coordinación y preparación

Se trata de una etapa novedosa dentro del proceso consultivo, que ha brindado importantes herramientas tanto a los ejecutores de los POA como a las entidades responsables en el proceso para llevar a cabo gestiones mejor estructuradas y con la debida planificación.

En ese sentido, se trata de un avance positivo hacia la coordinación armónica de entidades públicas, y la colaboración de los particulares con el Estado. Por lo tanto, resulta un paso importante para el proceso de consulta previa, con el fin de obtener un desarrollo más expedito de los mismos.

c. Preconsulta

Tal como se ha señalado en líneas precedentes, la preconsulta tiene como objetivo fundamental determinar el procedimiento a desarrollar con cada comunidad en particular, bajo el principio jurisprudencial de que todos los procesos de consulta previa no pueden ser únicos e indistintos, sino, por el contrario, que el procedimiento depende de las particularidades propias de cada comunidad étnica y también del POA que se pretende consultar.

En ese sentido, la consulta previa debe comprenderse como un procedimiento flexible, sujeto a modificaciones, tanto para establecer etapas adicionales, como para recortar las sugeridas por la normatividad vigente, pues, en efecto, no es igual de complejo, *vr.gr.* desarrollar una consulta previa para un proyecto minero, que desarrollarla para un proyecto de investigación académica en territorio indígena.

Las dos dificultades que de manera principal se presentan en esta etapa son las siguientes:

– Los criterios jurisprudenciales no son claros en establecer si la preconsulta constituye una etapa del proceso de consulta previa (como así debería ser) o si se trata de un procedimiento completamente aparte²⁸. Para la gran mayoría de comunidades étnicas, la preconsulta constituye un procedimiento aparte y no una etapa del proceso, pues esta interpretación fortalece su capacidad de negociación, ya que a partir de la misma, se ha llegado a proponer el desarrollo de pequeñas etapas dentro de un proceso “preconsultivo” culminadas las cuales, se accedería o no a iniciar formalmente el proceso.

Esta situación dificulta el avance de los procesos profundamente, y su resolución no es clara desde lo señalado por la jurisprudencia y las normas aplicables.

– Al “diseñarse” el proceso de consulta que se va a desarrollar con cada comunidad, se establece un cronograma para su ejecución, y la principal preocupación de los ejecutores de los POA es que se tengan reglas claras para determinar el número de reuniones que harán parte de cada etapa, que se

28 Por ejemplo, la Sentencia T-376 de 2013, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, señala: “[...] Reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: [...] (ii) es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (*preconsulta o consulta de la consulta*)”; este tipo de redacción genera dudas sobre la naturaleza de la preconsulta, permitiendo interpretaciones amplias en las que la preconsulta constituiría un procedimiento independiente de la consulta en sí misma.

determine el responsable de asumir los costos del proceso de consulta previa y se definan los tiempos en que se prevé desarrollar el proceso.

Si bien estas dificultades no son resueltas de manera clara por la normatividad o la jurisprudencia, existen algunos criterios que serán analizados en el punto de conclusiones y propuestas.

d. análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo

Esta etapa constituye el núcleo fundamental del proceso de consulta previa, pues se trata del objetivo principal de la misma: garantizar la participación para determinar las afectaciones negativas o positivas de un POA a una comunidad étnica en particular.

El principal inconveniente de esta etapa lo constituye la constante solitud de contratación de “asesores propios” por parte de las comunidades étnicas.

Bajo el principio de igualdad, las comunidades han solicitado reiteradamente que los estudios de impacto ambiental, y en general los documentos técnicos de los proyectos puedan ser analizados por asesores contratados por la propia comunidad y de su “confianza”, esta situación ha suscitado enormes problemas, pues en algunos casos se solicita la entrega de una importante cantidad de dinero para realizar las contrataciones, sin que los resultados de los análisis técnicos por parte del cuerpo de asesores se puedan evidenciar de manera clara o que en algunos casos los resultados no se presenten.

Esta situación puede dar al traste con cualquier proceso consultivo, y se ha convertido en un inamovible de algunas comunidades, dificultando de esta manera el avance satisfactorio del proceso. A la fecha la jurisprudencia ha dado respuesta a este interrogante de manera somera, y la normatividad vigente no toca este asunto, por lo tanto, con base en los criterios jurisprudenciales en el punto de conclusiones y propuestas se emitirá un pronunciamiento sobre este asunto.

e. Reunión de formulación de acuerdos y protocolización

Hacemos referencia de manera conjunta a estas dos etapas, pues el principal inconveniente de las mismas es que se encuentren diseñadas de manera independiente. En la práctica, las reuniones de formulación de acuerdos (antes denominadas como preacuerdos) y las de protocolización son reuniones muy

similares, y su ejecución diferida en el tiempo puede generar dificultades enormes, pues entre una y otra reunión las partes pueden modificar de manera sensible su posición, y las condiciones de los acuerdos inicialmente formulados pueden variar sustancialmente, en perjuicio de alguna de las dos partes o de la propia estabilidad del proceso.

Por esa razón es recomendable que la etapa en la que se llega a los “acuerdos” del proceso sea una sola, y aquellos que en efecto se encuentran en firme o ya definidos se establezcan así dentro del acta respectiva; de lo contrario, la indefinición de estos temas y los tiempos que transcurren entre una y otra reunión corren en perjuicio de lo acordado.

f. Seguimiento

En esta etapa la principal dificultad es la carencia de potestades legales que le permitan al Ministerio del Interior tomar decisiones coercitivas para hacer cumplir los acuerdos a los que las partes llegan. En efecto, uno de los principales interrogantes de las comunidades en los procesos de consulta previa son los posibles incumplimientos del ejecutor del POA y la capacidad de las entidades responsables en obligar su ejecución.

Por esta razón, es recomendable que los acuerdos de la consulta previa se incorporen formalmente a los permisos o autorizaciones que las entidades competentes deban otorgar para autorizar la ejecución del POA, de tal forma que su incumplimiento pueda conllevar consecuencias que verdaderamente persuadan al obligado a dar cumplimiento a los mismos; por ejemplo, los acuerdos de la consulta previa pueden establecerse como obligaciones de la licencia ambiental, que en caso no ser honrados, podrán conllevar sanciones específicas a la luz de lo señalado en la Ley 1333 de 2009 o inclusive la propia revocatoria de la licencia.

g. Cierre

El cierre de la consulta constituye una etapa meramente formal que no reviste mayores inconvenientes; no obstante, el incumplimiento de acuerdos afecta seriamente la posibilidad de cerrar satisfactoriamente los procesos de consulta previa, situación que depende entonces de la voluntad de los ejecutores de los POA en cumplir con lo acordado y de las comunidades en permitir que esto se cumpla.

Así las cosas, el cierre de la consulta previa requiere la colaboración mutua de los actores principales del proceso, y representa un diagnóstico claro de su efectividad respecto de la protección del derecho fundamental.

7. PROCESO DE CONSULTA PREVIA EN LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL AMBIENTAL

Con respecto a este punto, y en primer lugar, es pertinente aclarar que se hace referencia a los instrumentos de control ambiental en general, pues la ejecución de la consulta previa no se predica exclusivamente del requisito de la licencia ambiental, ya que su aplicabilidad está determinada por el criterio de afectación directa²⁹, por lo tanto, si el POA que se pretende ejecutar es susceptible de afectar a alguna comunidad étnica, independientemente de si este requiere o no de licencia ambiental u otros permisos de índole ambiental o de cualquier tipo, debe adelantarse el proceso de consulta previa respectivo.

En estos casos es claro que la consulta previa debe adelantarse conforme a los criterios, reglas y procedimientos señalados en el punto expuesto en precedencia, y en todo caso, como su nombre lo indica de manera “previa” a la ejecución del POA.

Ahora bien, para el caso específico de las licencias ambientales, es menester señalar que la propia Ley 99 de 1993^[30] estableció de manera clara la necesidad de llevar a cabo las consultas pertinentes en los casos de explotación de recursos naturales; así mismo, el reciente Decreto 1076 de 2015, y los anteriores relativos a la expedición de licencias ambientales, son tajantes en exigir la consulta previa como requisito de procedibilidad para dar inicio al trámite de licenciamiento ambiental respectivo.

Por lo tanto, para el caso de la licencia ambiental, es claro el requisito *sine qua non* de allegar al expediente de la solicitud de licencia, la certificación de

29 Sentencia C-461 de 2008: “... lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas *susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales*, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”.

30 Ley 99 de 1993, “Artículo 76.- *De las Comunidades Indígenas y Negras*. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

presencia de comunidades étnicas expedida por el Ministerio del Interior³¹, y en caso de resultar positiva, el soporte probatorio (actas de consulta previa) de haberse adelantado el proceso consultivo correspondiente.

En lo atinente al contenido de los estudios de impacto ambiental y la participación de las comunidades étnicas en los mismos, es pertinente traer a colación el estudio realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-462A de 2014 citada en precedencia, en la cual se realiza un extenso análisis de este tema y a su vez se hace un recuento de las distintas disposiciones normativas en materia ambiental y las exigencias relativas a consulta previa.

Sobre este punto concluye la citada corporación, lo siguiente:

En síntesis, puede afirmarse que el desarrollo normativo de la licencia ambiental ha tenido varios cambios a lo largo del tiempo, pero se ha mantenido la necesidad de tener en cuenta en los estudios de impacto, las circunstancias socioeconómicas de las comunidades que residen en el área de influencia. El deber de consultar a la población en general y a las comunidades diferenciadas como las indígenas, étnicas y afrocolombianos sobre los cambios o impactos que se generan con la construcción de obras y proyectos sobre los recursos naturales, se fortalece a partir de los principios y valores de la Constitución de 1991. Así pues, las autoridades deben realizar un monitoreo sobre estos proyectos en todo tiempo, y la licencia ambiental y el plan de manejo ambiental son herramientas esenciales de naturaleza preventiva que garantizan la protección y el buen manejo del ambiente y el control de otros impactos. Como se puede evidenciar, para aquellos proyectos sobre los que ya había iniciado su ejecución y funcionamiento, no se requiere de licencia ambiental, circunstancia que no exime a las autoridades ambientales, por una parte, y a las empresas encargadas, por otra, de realizar un control y seguimiento sobre los impactos de estos proyectos que se generen a través del tiempo.

Así las cosas, la procedibilidad de la consulta previa debe analizarse sin perjuicio de los instrumentos de control ambiental que sean aplicables o de las demás autorizaciones de carácter administrativo que sean requeridas. La dificultad es entonces garantizar que aquellos POA que por su naturaleza no se les exige legalmente la expedición de la certificación de comunidades

31 El artículo 4.º del Decreto 2613 de 2013 concentró en el Ministerio del Interior la competencia para emitir la certificación de presencia de comunidades étnicas de manera exclusiva; anteriormente era el INCODER EL QUE emitía una certificación similar relativa a la titulación legal de resguardos indígenas y títulos colectivos de comunidades étnicas. Conforme a este Decreto, el INCODER debe limitarse a remitir la información requerida por el Ministerio del Interior.

étnicas como requisito de procedibilidad para el otorgamiento de licencias o permisos, verifiquen el cumplimiento de este paso a la luz del criterio de afectación directa.

Un ejemplo de esta situación lo constituyen las concesiones a particulares de porciones de playa como ha sido realizado por parte de la DIMAR, las cuales, a pesar de no requerir licencia ambiental, fueron entregadas sin consulta previa, generándose demandas posteriores de las comunidades presuntamente afectadas, y falladas a su favor por la Corte Constitucional³².

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

De conformidad con lo expuesto a lo largo del presente escrito, es evidente que el desarrollo de la consulta previa, tanto en su naturaleza de derecho fundamental, como procedimiento administrativo, ha presentado diversos inconvenientes en su ejecución, generando importantes dificultades para el desarrollo exitoso de este tipo de procesos de participación ciudadana diferencial.

La consulta previa, se ha visto afectada principalmente por la inoperancia estatal, no solo en su incapacidad de proteger a las comunidades étnicas y proveer una respuesta a las necesidades básicas de las mismas, sino también porque desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT, existe una clara obligación de los Estados firmantes de establecer “procedimientos apropiados”³³ para llevar a cabo las consultas previas.

Esto significa que, en efecto, la consulta previa requiere el diseño y la implementación de un procedimiento que se encuentra sujeto a la consulta y participación de las comunidades étnicas como afectados directamente por su eventual expedición.

Si entonces el panorama es así de claro, ¿por qué no se ha expedido la Ley Estatutaria correspondiente para reglamentar este asunto?

La respuesta a este interrogante depende exclusivamente de la voluntad de las comunidades étnicas del país para adelantar la consulta previa de una posible Ley Estatutaria que determine de manera clara los criterios y reglas de juego de la consulta previa.

32 Para mayor información sobre este tipo de casos cfr. la Sentencia T-376 de 2013, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, citada.

33 OIT. Convenio 169, artículo 6.º.

La posición mayoritaria de las comunidades étnicas, como se ha dicho, es la de negarse a llevar a cabo la consulta previa de los proyectos de normatividad que han pretendido reglamentar el proceso de consulta previa. Para esta población, los criterios dados por la jurisprudencia constitucional son lo suficientemente claros y precisos en torno a las reglas, principios y criterios para llevar a cabo el proceso consultivo, por lo cual, una reglamentación sería simplemente innecesaria.

No obstante el natural respeto que merece la posición de las comunidades étnicas, es evidente que los criterios emitidos por la jurisprudencia, así como la legitimidad jurídica de la normatividad vigente, continúan generando serias dudas sobre algunos aspectos del proceso.

Por esta razón, con base en los criterios ya establecidos por la jurisprudencia constitucional, se propone lo siguiente:

Expedición de una Ley Estatutaria que determine de manera clara y precisa los principios y reglas para llevar a cabo los procesos de consulta previa

La expedición de esta norma deberá estar precedida de los procesos de consulta pertinentes para garantizar la participación de las comunidades en el diseño del procedimiento. En caso de negativa de las comunidades en participar dentro del proceso, se sugiere tener en cuenta lo señalado en la Sentencia C-068 de 2013 que reza:

Para este Tribunal, no cabe duda de que el Gobierno Nacional está obligado a propiciar espacios efectivos y razonables de participación en los asuntos que afectan directamente a las comunidades indígenas. *Sin embargo, si no se llega a un acuerdo o el mismo se frustra por la decisión autónoma de dichos pueblos, no existe razón para frenar el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general*, como ocurre con las regalías, y en las que se dispuso por el Constituyente obligaciones concretas de actuación con el fin de realizar precisos objetivos constitucionales. No sobra recordar que el derecho a la consulta previa no es absoluto, y que tampoco las comunidades tradicionales tienen un poder de veto (cursiva fuera de texto)

La Ley Estatutaria, tomando como base los criterios jurisprudenciales sobre el asunto, deberá establecer soluciones claras para los siguientes aspectos:

1.1. Reconocimiento de Comunidades Étnicas:

1.1.1. Quienes deben ser considerados y reconocidos por el Estado como una comunidad étnica.

1.1.2. Cuáles serán los mecanismos de carácter legal para reconocer y registrar a las comunidades étnicas que sean reconocidas por el Estado.

1.1.3. Qué entidades estarán encargadas de verificar la existencia de una comunidad étnica y, en consecuencia, de registrar su existencia.

Cómo se gestionará la información sobre la existencia de comunidades étnicas, de tal forma que la misma cuente con todos los datos disponibles y se encuentre debidamente actualizada.

1.2. *Certificación de Presencia de Comunidades Étnicas:*

1.2.1. Definir la entidad que de manera exclusiva³⁴ emitirá la certificación de comunidades étnicas para los POA.

1.2.2. Establecer los requisitos mínimos de planta de personal y recursos para las entidades responsables de los procesos de consulta previa.

1.3. *En el proceso de consulta previa:*

1.3.1. Determinar de manera clara si la preconsulta constituye un procedimiento independiente a la consulta o una etapa del mismo.

1.3.2. Definir las reglas sobre inasistencias o la renuencia a la participación dentro del proceso, y las consecuencias jurídicas que ello trae para el proceso.

1.3.3. Establecer claramente que el desarrollo de las consultas previas debe ceñirse exclusivamente al objeto específico de la consulta, el cual debe determinarse claramente en la preconsulta.

1.3.4. Incluir competencias para el Ministerio del Interior, en aras de requerir a otras entidades para que atiendan (por fuera del proceso consultivo) las solicitudes de las comunidades que no versen sobre el objeto de la consulta.

1.3.5. En caso de no acoger el criterio jurisprudencial que el Ministerio Público, corresponde al asesor natural de las comunidades étnicas establecer de manera clara si estas pueden solicitar o no el pago de asesores técnicos

34 Los criterios establecidos en el Decreto 2613 de 2013 y la Directiva Presidencial n.º 10 de 2013 pueden ser utilizados para determinar este punto.

de su “confianza” contratados autónomamente, y determinar los criterios y límites para la contratación de los profesionales requeridos. En este punto se puede tener en cuenta el criterio establecido en la Sentencia T-969 de 2014^[35], por medio de la cual la Corte Constitucional estimó que los asesores idóneos para las comunidades étnicas son las universidades o los centros de investigación.

1.3.6. Determinar quién debe asumir los costos de la consulta previa y cuáles serán los límites de los mismos.

1.3.7. Establecer quien debe asumir los costos de los acuerdos a los que se llegue dentro del proceso consultivo.

1.3.8. Determinar bajo qué criterios se debe indemnizar o no a una comunidad étnica.

1.3.9. Definir los criterios de compensación y las reglas de ponderación y proporcionalidad específica.

1.3.10. Definir en qué casos aplica y en cuales no la solicitud de compensaciones de tipo económico.

35 Sentencia T-969 de 2014: “Para superar los problemas de desconfianza entre ejecutores y comunidades es frecuente que los primeros contraten a personas o entidades que sean ‘de confianza de la comunidad’ para efectos de ayudarles a éstas a identificar los impactos y a diseñar las medidas de manejo. Esta práctica, sin embargo, tampoco resulta aceptable para la Corte, pues no ofrece garantías objetivas y suficientes para la comunidad. La confianza de la comunidad, entendida como un atributo subjetivo, no constituye por sí misma una garantía de imparcialidad, ni de que el asesor tiene el conocimiento técnico, ni los medios, para identificar los impactos de un proyecto, ni para evaluar las medidas de manejo propuestas.

En dichos casos es necesario que el asesor acredite el conocimiento, la experiencia, experticia, los medios técnicos y financieros, y la solvencia moral necesaria para garantizar su imparcialidad. Sin embargo, es necesario que la acreditación de estas características sea de carácter institucional. Más aun, el conocimiento técnico y la experiencia son necesarias pero tampoco constituyen garantías suficientes. La desconfianza en estos casos surge, entre otras razones, por el carácter asimétrico de las relaciones entre las partes dentro del proceso de consulta. Por lo tanto, es necesario que el asesor pueda, no sólo responder por la calidad de su trabajo, y que su idoneidad técnica esté debidamente acreditada, sino que esté en un plano de igualdad frente al ejecutor del proyecto para que pueda garantizar su imparcialidad. De tal modo se garantiza que, al margen de que sea el ejecutor quien pague sus honorarios, el asesor no dependa económicamente de ello. *Esta combinación entre conocimiento técnico, experiencia, disponibilidad de medios técnicos e independencia económica sólo se puede garantizar si quienes prestan asesorías a las comunidades son instituciones de investigación especializadas o universidades con programas pertinentes debidamente acreditados.* Por lo tanto, en virtud del carácter informado que deben tener las consultas previas, en aquellas obras, proyectos y actividades que supongan un nivel alto de complejidad, las comunidades tienen derecho a recibir una asesoría imparcial sufragada por los ejecutores, *siempre y cuando los asesores sean institutos de investigación especializados en el tema, o universidades con programas debidamente acreditados*”.

1.3.11. Establecer qué actores están llamados a acudir al proceso de consulta previa de manera obligatoria.

1.3.12. Determinar claramente los roles, funciones y responsabilidades de cada actor dentro del proceso consultivo.

1.3.13. Dotar de funciones de carácter coercitivo al Ministerio del Interior, que le permitan hacer cumplir los acuerdos a los que las partes han llegado en el proceso consultivo.

1.3.14. Asignar consecuencias jurídicas por posibles incumplimientos de las partes dentro del proceso.

Como se ha dicho, algunas de las anteriores propuestas han sido indirectamente analizadas por la jurisprudencia constitucional, e inclusive en algunos casos por la normatividad existente, razón por la cual, es recomendable que el contenido de la Ley Estatutaria se guíe por parámetros ya determinados por la jurisprudencia y busque cerrar las brechas interpretativas que dificultan la ejecución de los procesos de consulta previa.

Sin duda, la claridad y certeza que pueda brindar la futura Ley Estatutaria, en conjunto con la garantía de la participación, no solo de las comunidades étnicas sino también de otros sectores igualmente afectados, generará avances importantes para el desarrollo de procesos consultivos que se ajusten a los objetivos fundamentales del Convenio 169 de la OIT y que permitirán, a la postre, garantizar de manera clara y sin distorsiones los derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional.

Sentencia T-428 de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

Sentencia T-380 de 1993. M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia SU-039 de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia T-525 de 1998. M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia C-1338 de 2000, M. P.: CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

Sentencia C-620 de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Sentencia SU-383 de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Sentencia T-737 de 2005, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Sentencia C-461 de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Sentencia T-129 de 2011, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Sentencia T-698-2011, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Sentencia C-122 de 2011, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Sentencia T-282-2012, M. P.: JUAN CARLOS HENAO.

Sentencia T-376-2012, M. P.: MARÍA VÍCTORIA CALLE CORREA.

Sentencia T-135 de 2013, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Sentencia C-068 de 2013, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Sentencia T-462A de 2014, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Convenio 169 de la OIT.

Decreto 2613 de 2013.

Ley 21 de 1991.

Ley 99 de 1993.