

EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA En Colombia



Servicio de
Evaluación
Ambiental

Gobierno de Chile

Mesa Técnica 3, Eje 4 PAC y PCI CAPE SEIA
Santiago, 29 de octubre de 2015

La Consulta previa

¿QUÉ ES LA CONSULTA PREVIA?

Es un diálogo intercultural que busca garantizar la participación real, oportuna, y efectiva de los grupos étnicos en la toma de decisiones de proyectos, obras o actividades que los afecten, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.

El convenio 169 de la OIT



La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) formula en el 2010 y publica en el 2011 una serie de observaciones generales sobre el convenio número 169.

La consulta en virtud del Convenio significa que:

1. Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;
2. Tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;
3. Tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;
4. Deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

Las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio. Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento.

*CEACR, Observación general sobre el Convenio núm. 169,
formulada en el 2010 y publicada en 2011.*




CONSTITUCIÓN POLÍTICA



Art. 7- El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Art. 330 PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.



NORMAS CONCORDANTES

- **Ley 70 de 1993** Ley de Comunidades Negras
- **Ley 99 de 1993** Artículo 76°.- 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
- **Decreto 1320 de 1998**, “Por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”.
- **Directiva Presidencial 1 de 2010** «reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de Consulta Previa».
- **Decreto 2820 de 2010** Por el cual se reglamenta las licencias ambientales
- **Decreto 2893 de 2011** Estructura del Ministerio del Interior. Coordinar la realización de los procesos de Consulta Previa.
- **Directiva Presidencial 10 de 2013** “ Guía para la realización de Consulta Previa a Comunidades Étnicas”
- **Decreto 2163 de 2013** “ Protocolo Interinstitucional de Consulta Previa”

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

- T-428 DE 1992
- SU-039 DE 1997
- T-652 DE 1998
- SU-383 DE 2003
- T-880 DE 2006
- C-461 DE 2008
- T-769 DE 2009
- T-547 DE 2010
- T-1045A DE 2010
- T-129 DE 2011
- T-693 DE 2011
- T-698 DE 2011
- T-907 DE 2011
- T-376 DE 2012
- T-693 DE 2012
- T-993 DE 2012
- T-1080 DE 2012
- T-172 DE 2013

La Consulta previa

Es un Derecho fundamental

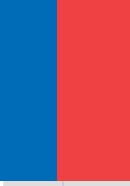
Es un Deber de los grupos étnicos

Es una obligación del Estado

Es un proceso que contempla unas etapas

Debe ser libre, previa e informada

La Consulta previa




...¿Y QUÉ PRINCIPIOS
ORIENTAN LA EJECUCIÓN
DE LA CONSULTA PREVIA?



CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA



La Consulta debe ser:

- **LIBRE:** SIN INTERFERENCIAS, PRESIONES, CONSIENTES.
 - **PREVIA:** DEBE SER ANTERIOR A LA ADOPCIÓN Y APLICACIÓN DE LA MEDIDA LEGAL O ADMINISTRATIVA NACIONAL Y A LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO, OBRA O ACTIVIDAD.
 - **INFORMADA:** SE DEBE DE DAR A CONOCER EL OBJETO DE LA LEY, DECRETO O DEL PROYECTO OBRA O ACTIVIDAD.
- 

Actores de la consulta previa



Son varios los actores ...

...que participan en el escenario de la consulta previa. Cada uno representa diferentes ámbitos y sectores en el proceso y cumple un papel fundamental en el desarrollo de la consulta previa.

Configuran el proceso consultivo las partes (comunidades étnicas y el ejecutor del proyecto, obra o actividad), el cual es coordinado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Intervienen, según su competencia, la autoridad ambiental, entes de control del Estado y las autoridades de los municipios y los departamentos.

ACTORES EN LA CONSULTA PREVIA

PARTES:

- Grupos Étnicos
- Empresa, persona o entidad interesada en desarrollar el Proyecto, Obra o Actividad

COORDINADORES:

- Dirección de Consulta Previa (MI)
- Autoridades Ambientales: ANLA o CAR (Con licenciamiento)

INVITADOS:

- Entes de Control del Estado (Procuraduría, Defensoría y Personería Municipal)
- Autoridades de los municipios y departamentos (oficinas de asuntos indígenas y negras)

La asistencia es indispensable en todas las etapas

ORGANIGRAMA



Área de
Certificación



Área de
Gestión

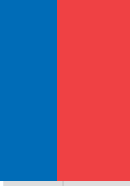


Área Legal



Área de
Recursos
Logísticos

CONSULTA PREVIA: GENERALIDADES



OBJETO

- Llegar a un acuerdo para prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos a la integridad cultural.
- *Principio General*: no se requiere el consentimiento para llevar a cabo una OPA, pero la actuación debe a) estar exenta de arbitrariedad y b) consultar las inquietudes de la comunidad.
- *Excepción*: reasentamientos, vertimientos o almacenamiento de sustancias tóxicas, riesgo de subsistencia de la comunidad (T-129/11)





NATURALEZA JURÍDICA

- Derecho Fundamental Colectivo cuyos titulares son las comunidades étnicas (no sus integrantes individualmente considerados).
- Susceptible de Protección vía Acción de Tutela.
- Desarrollo esencialmente jurisprudencial.





Consulta sin licenciamiento

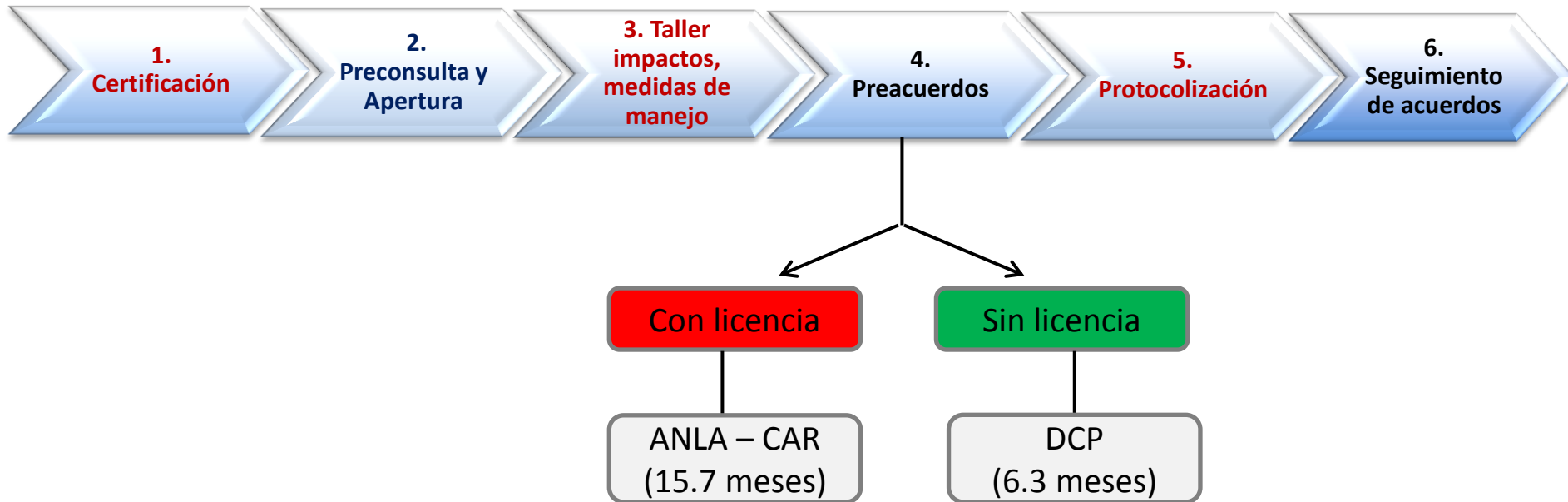
- ❖ Se rige por la Ley 21 de 1991 (Convenio 169 de 1989 de la OIT) y la Constitución Política de Colombia
- ❖ Lidera el Ministerio del Interior
- ❖ Acompaña Ministerio de Público

Consulta con licenciamiento Ambiental

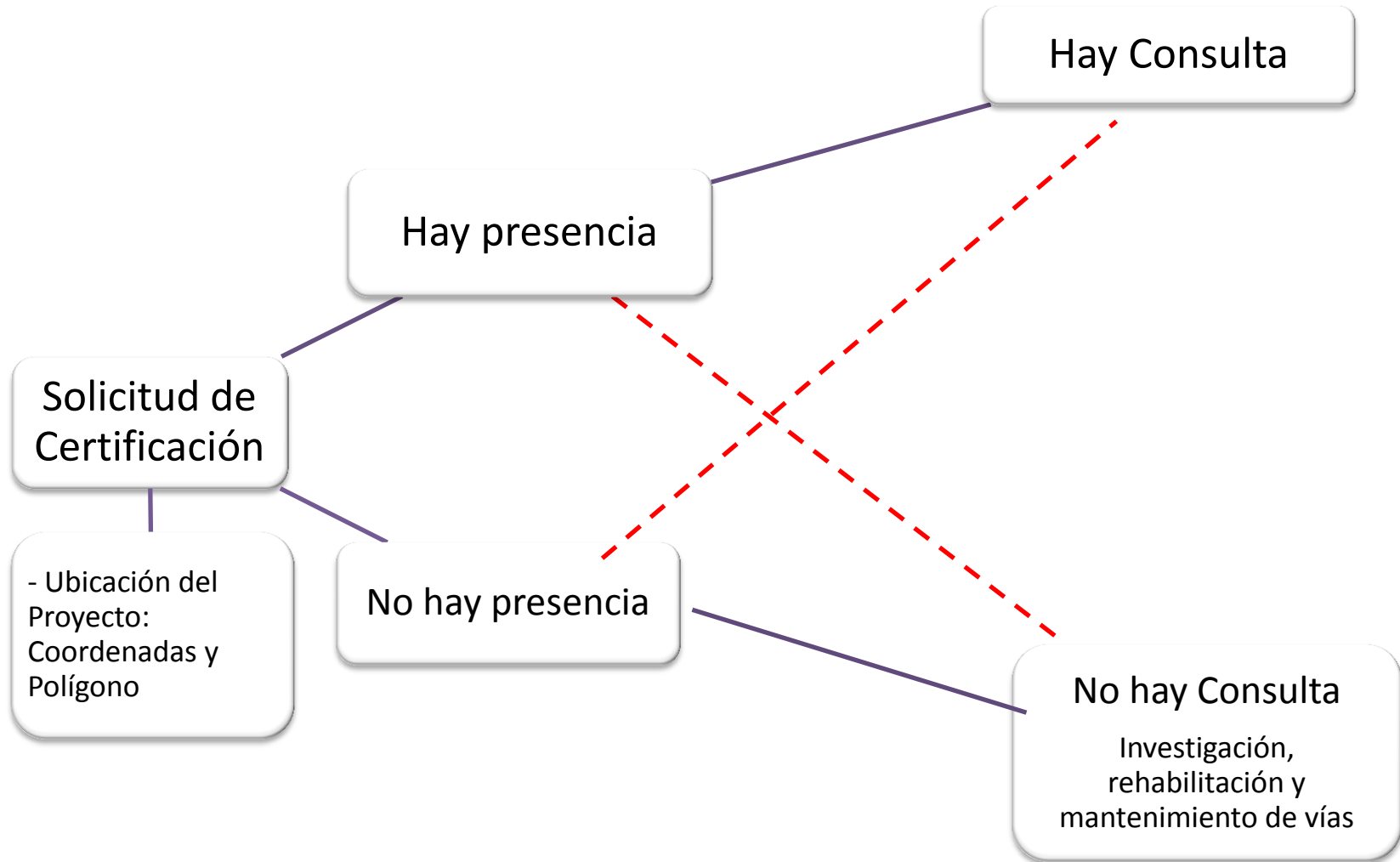
- ❖ Se rige por la Ley 21 de 1991 (Convenio 169 de 1989 de la OIT), la Constitución Política de Colombia, la Ley 99 de 1993, el 1320 de 1998 y el Decreto 2820 de 2010
- ❖ Lidera la Autoridad Ambiental Respectiva
- ❖ Acompaña el Ministerio del Interior y el Ministerio de Público



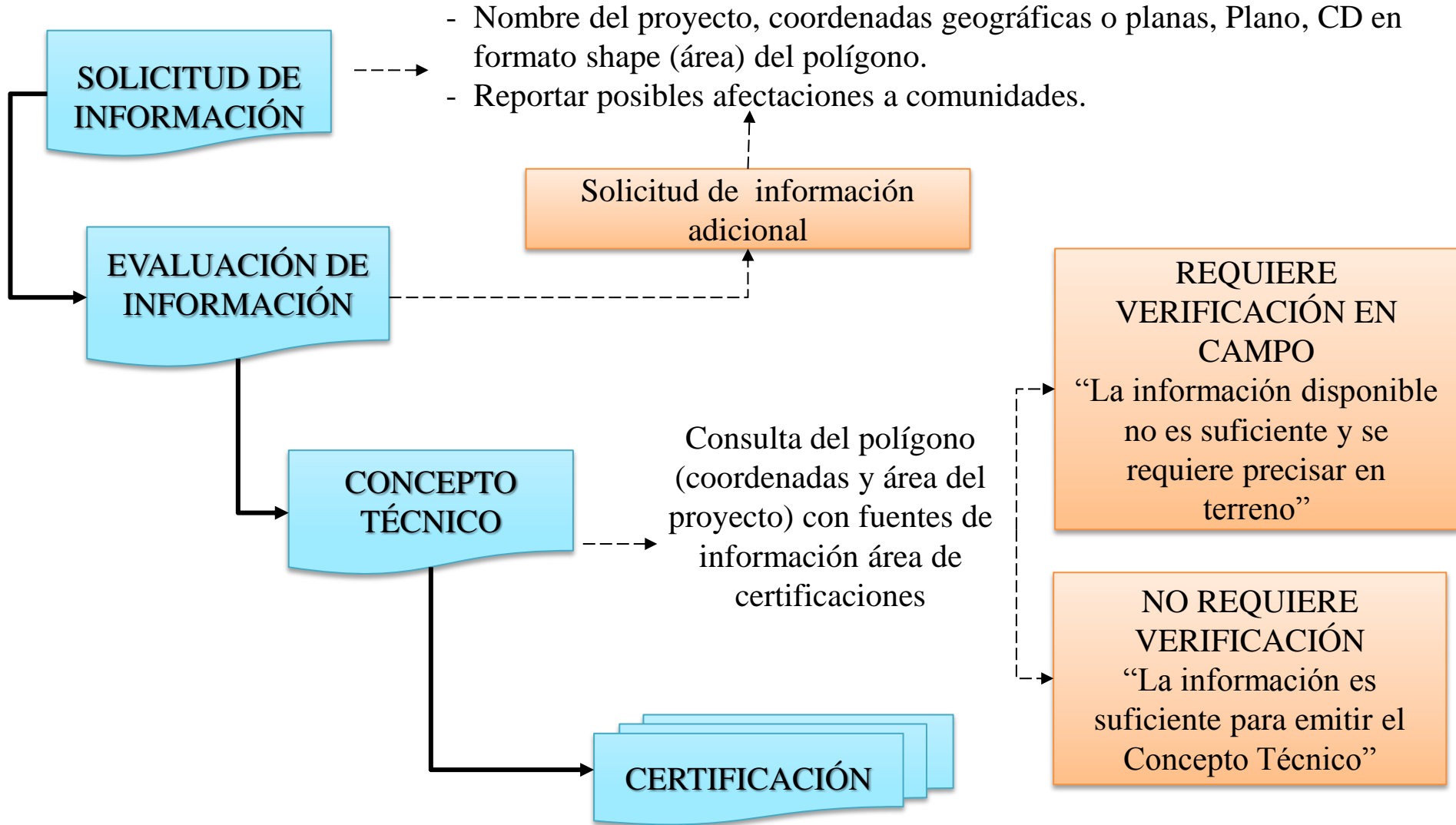
CONSULTA PREVIA: ETAPAS

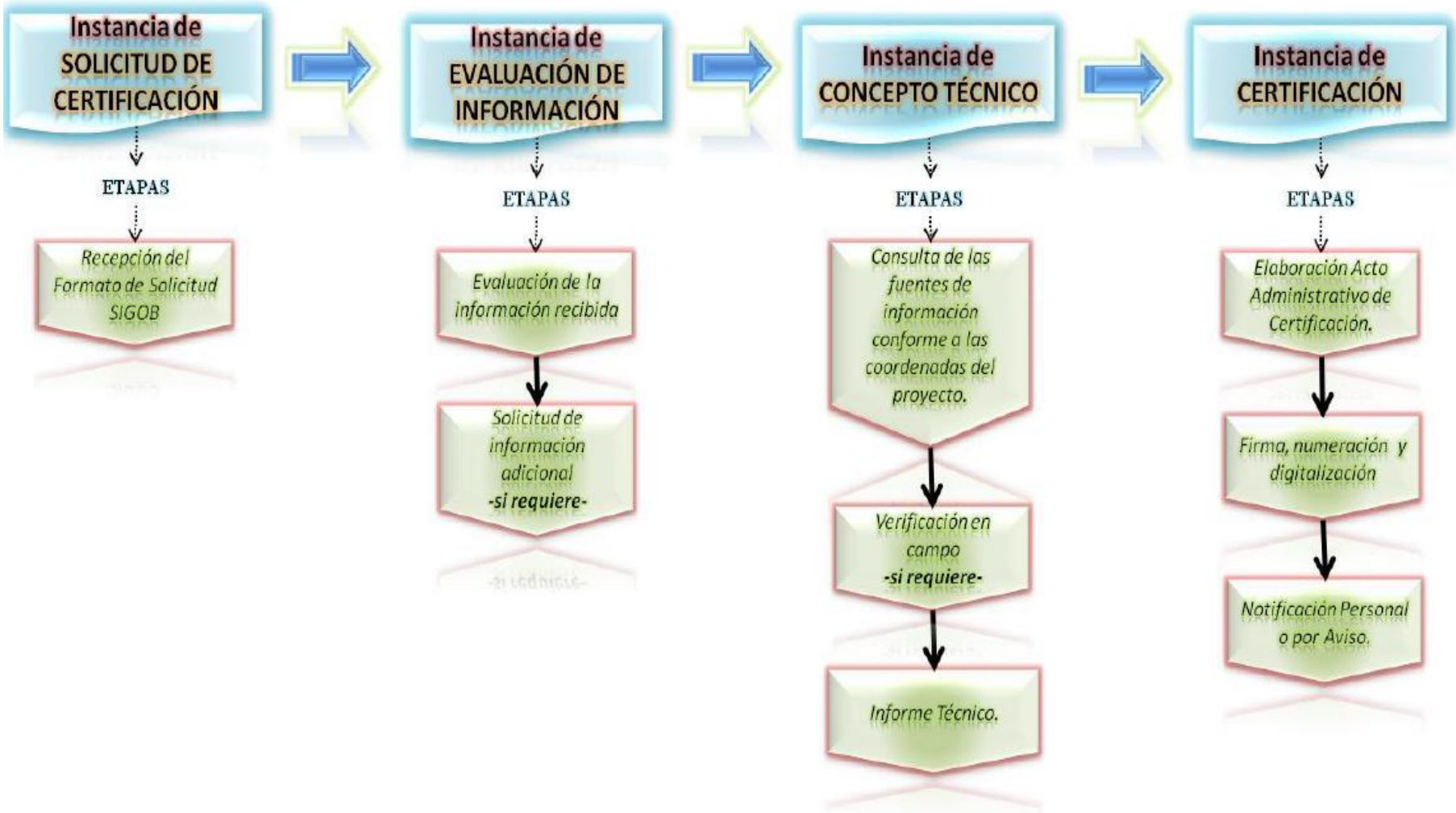


1. CERTIFICACIÓN DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS EN EL ÁREA DEL PROYECTO

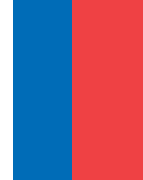


1. CERTIFICACIÓN DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS EN EL ÁREA DEL PROYECTO





1. CERTIFICACIÓN DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS EN EL ÁREA DEL PROYECTO



Fuentes de Información

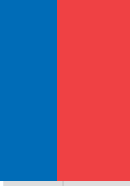
Riesgos

- *Bases de datos georreferenciadas (tituladas)*
 - resguardos
 - tierras de comunidades negras
- *Bases de datos alfanuméricas (no tituladas)*
 - solicitudes
 - resguardos coloniales
 - tierras FNA
 - baldíos
 - propiedad privada del cabildo u organización
 - sitios sagrados
 - zonas de uso económico o social
- *Visitas a campo*
 - Existencia de una comunidad étnica
 - Apropiación social o cultural del territorio

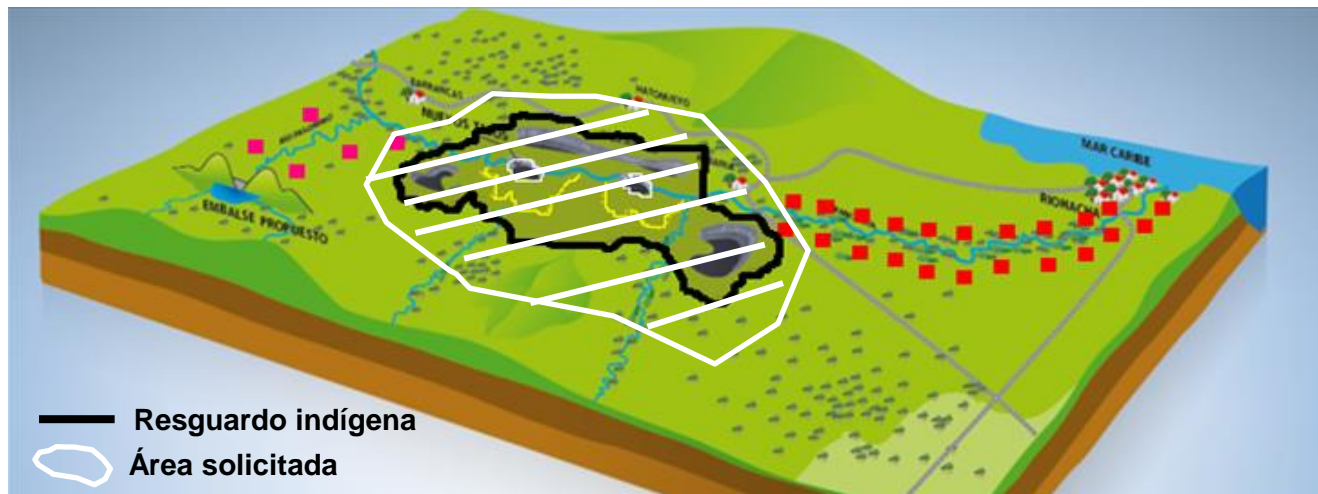
- *Ausencia de un mapa étnico*
 - Concepto de “territorio ancestral”
 - Aparición de comunidades étnicas “espurias”
- *Espacialización del “área de impacto”*
 - Impacto cultural
 - Impacto social y económico
 - Impacto ambiental



1. CERTIFICACIÓN DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS EN EL ÁREA DEL PROYECTO



C
A
S
O

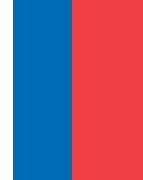


1

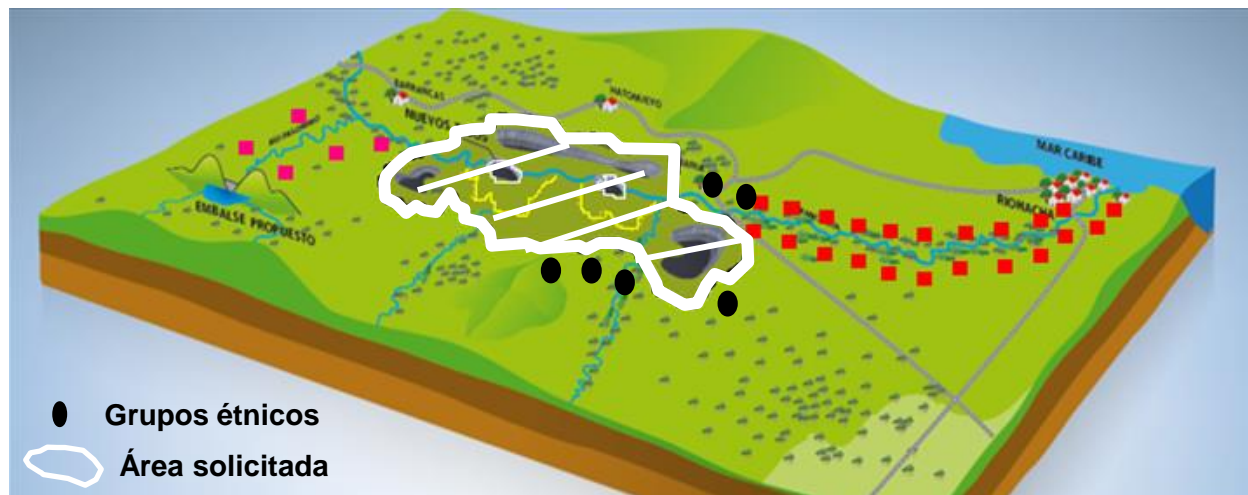
Si hay traslape entre el polígono solicitado y las áreas con presencia de grupos étnicos



1. CERTIFICACIÓN DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS EN EL ÁREA DEL PROYECTO



C
A
S
O
2



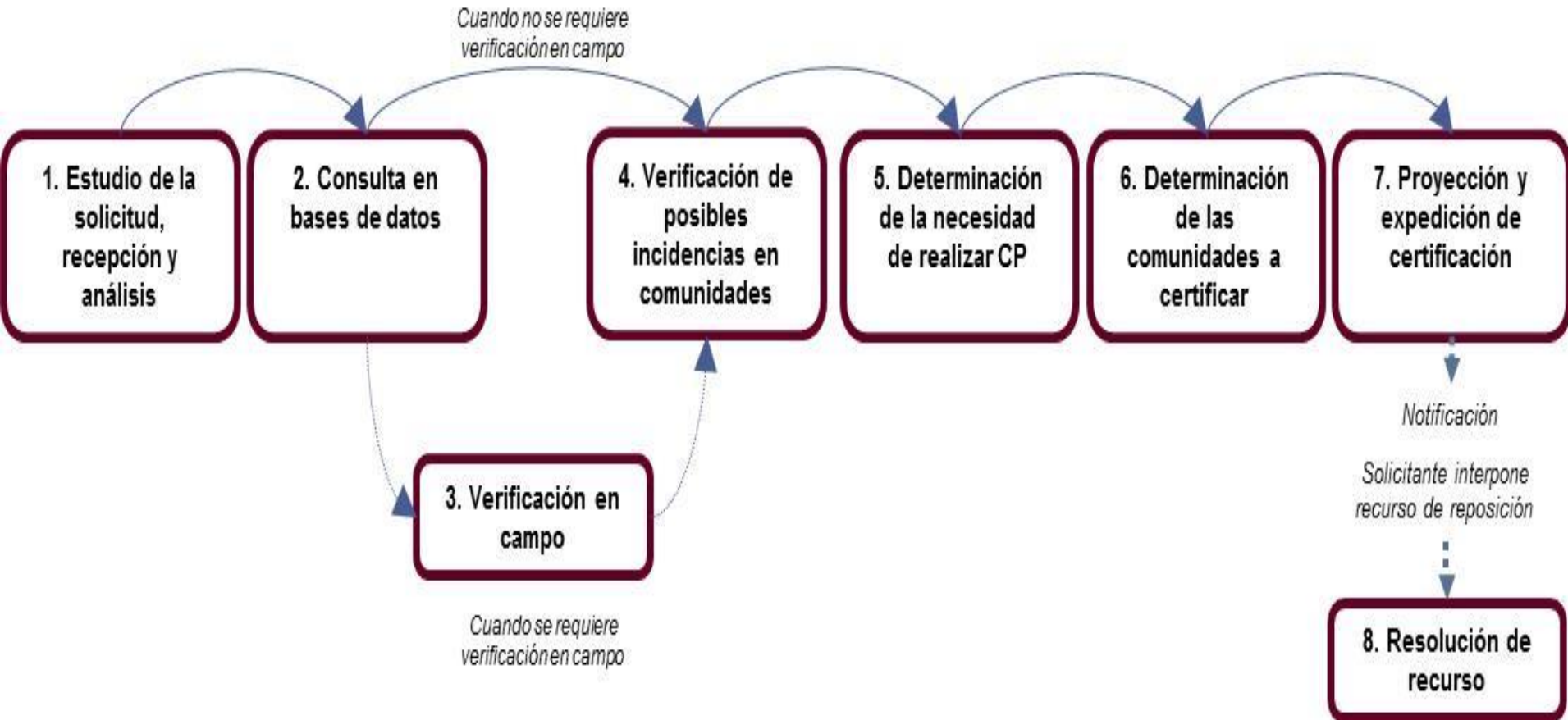
No hay traslape



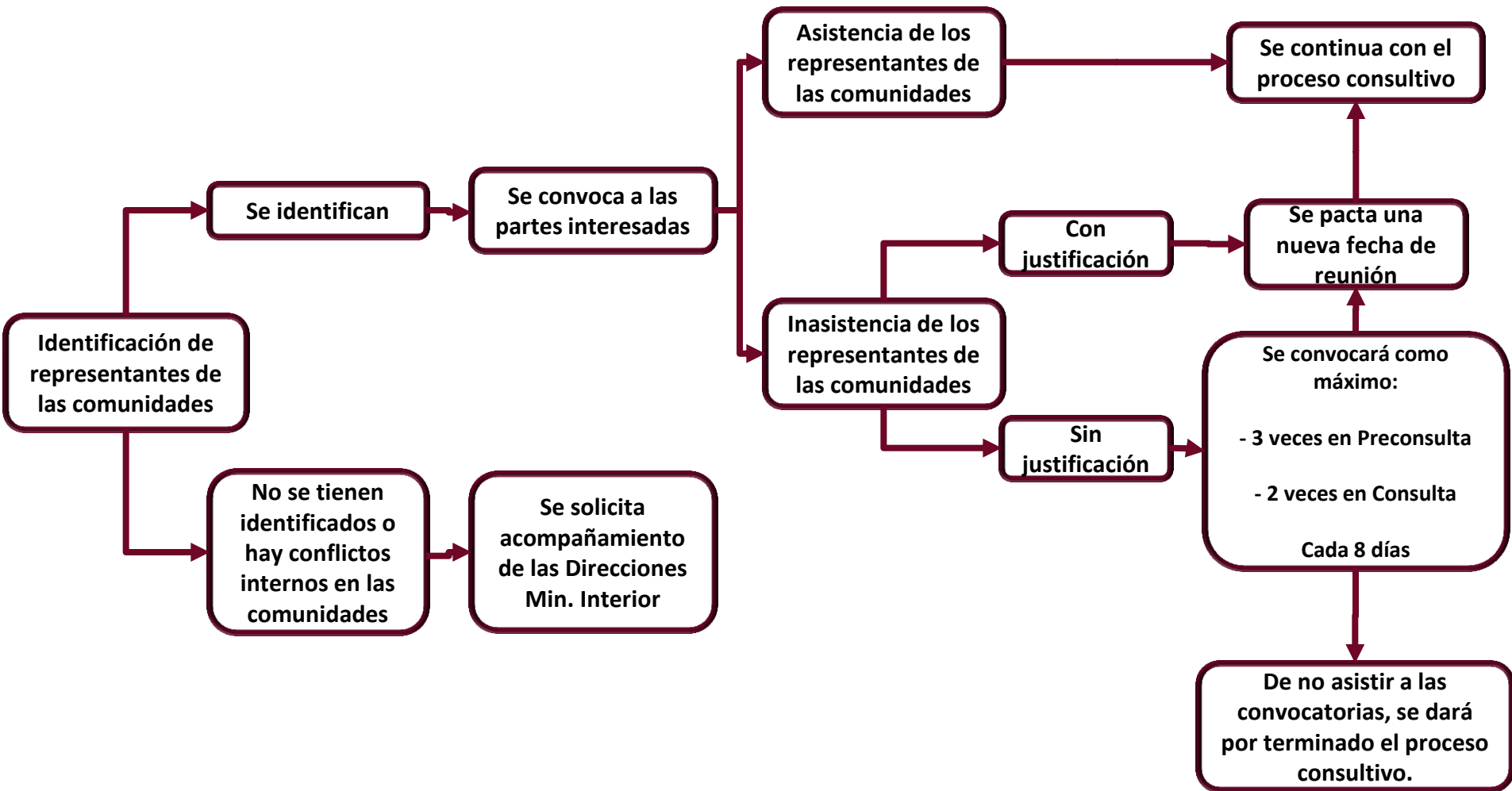
P. ej. existen grupos étnicos cercanos con solicitud de titulación colectiva o que pescan en un río donde se hacen vertimientos



PASOS, Según la Directiva Presidencial 10 de 2013



Directiva Presidencial 10 de 2013



1. CERTIFICACIÓN DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS EN EL ÁREA DEL PROYECTO

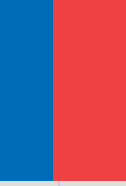


Elementos a tener en cuenta en relación con los riesgos en la etapa de certificación

- Responsabilidad de identificar presencia es del ejecutor
- Flexibilidad en los trazados
- Materiales de arrastre



2. PRECONSULTA



Objeto:

Es la etapa en que se definen las reglas del juego para la consulta.

Actividades:

- Presentación de la OPA y de sus impactos preliminares por el ejecutor
- Derechos y obligaciones de las partes
- Ruta metodológica
- Asesores
- Cronograma y número de reuniones
- Presupuesto



1. PRECONSULTA Y APERTURA

- ACERCAMIENTO
- PRESENTACIÓN DCP, GRUPO ÉTNICO Y EJECUTOR DEL PROYECTO
- MARCO JURÍDICO DE C.P.
- EXPLICACIÓN DEL PROYECTO, OBRA O ACTIVIDAD
- PRESENTACIÓN DE IMPACTOS IDENTIFICADOS POR EL EJECUTOR DEL PROYECTO, OBRA O ACTIVIDAD
- RUTA METODOLÓGICA
- CONCERTACIÓN DE CRONOGRAMA
- INSTALACIÓN FORMAL DE LA CONSULTA PREVIA

Sentencia C-461 de 2008

2. PRECONSULTA



Problemas de esta etapa:

- Tiempos contractuales y falta de plazos para consulta producen incentivos que le dan un carácter transaccional de la consulta previa.
 - Proyectos sujetos a consulta **no tienen plazos especiales** ni se suspende la ejecución de plazos del contrato
 - Concesionarios sí están sujetos a plazos contractuales
 - Contratan como **asesores** o dan **incentivos económicos** a líderes para que faciliten la consulta
 - Si las comunidades son débiles empresarios quedan a merced de líderes
 - Si las comunidades son fuertes éstas pierden confianza en el concesionario, en los líderes, y se oponen a los proyectos
- Necesidades básicas insatisfechas desvían la atención de las comunidades y demoran o bloquean las consultas
 - La consulta es el único momento en que las comunidades pueden acceder al Estado
 - Las necesidades desbordan la capacidad de los concesionarios, del Ministerio del Interior o de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)



3. TALLER DE IMPACTOS Y MEDIDAS DE MANEJO



Objeto:

Se identifican los impactos y se establecen las medidas para prevenir, mitigar, corregir o compensar impactos culturales, sociales, económicos o ecológicos.


Actividades:

- Presentación de impactos y medidas sugeridas por el ejecutor de la OPA
- Reacción de la comunidad frente a la presentación de los impactos y medidas de manejo
- Visitas a campo o reconocimiento de proyectos similares
- Talleres: reunión en grupos focales, elaboración de cartografía social, etc.
- Plenaria de presentación de los resultados de cada grupo





2. TALLER DE IDENTIFICACIÓN DE IMPACTOS, ANÁLISIS Y CONCERTACIÓN DE MEDIDAS DE MANEJO

- RECORRIDOS PARA IDENTIFICAR LOS IMPACTOS CON BASE EN SUS USOS Y COSTUMBRES
 - CONFORMACIÓN DE GRUPOS FOCALES
 - IDENTIFICACIÓN DE IMPACTOS POR LAS COMUNIDADES
 - ANÁLISIS E IDENTIFICACIÓN DE IMPACTOS Y CONCERTACIÓN DE MEDIDAS DE MANEJO COMUNIDAD, EJECUTOR DEL PROYECTO O ACTIVIDAD Y DCP
 - SOCIALIZACIÓN Y RETROALIMENTACIÓN INTERNA DE LAS COMUNIDADES DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LAS REUNIONES DE CONSULTA PREVIA.
- 

3. TALLER DE IMPACTOS Y MEDIDAS DE MANEJO



Problemas usuales en esta etapa:

- No participación de ANLA o CAR en la identificación de impactos y la determinación de las medidas de manejo: invalidan lo hecho en la consulta
- Sobre-estructuración de los proyectos: hace nugatoria la participación de la comunidad
- Sub-estructuración de los proyectos: hace imposible la identificación de los impactos



4. PREACUERDOS



Objeto de esta etapa

- Puntualizar y clarificar medidas de manejo a partir de impactos identificados, los cuales se incorporan a los requisitos para el licenciamiento ambiental
- Definir preliminarmente posibles acuerdos y compromisos
- Establecer mecanismos que garanticen los compromisos
- Definir contingencias por ejecución parcial o no realización del proyecto



4. PREACUERDOS

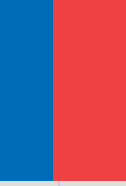


Problemas Usuales:

- Comunidades no tituladas quieren las ventajas de los dos regímenes jurídicos: compra de sus predios y consulta previa (regímenes mutuamente excluyentes)
- No se prevé la eventualidad de que no se realice la obra o que se realice parcialmente
- Dificultad de prever impactos a mediano o largo plazo (contratos incompletos)
- Se establecen acuerdos de imposible cumplimiento



5. PROTOCOLIZACIÓN



Objeto y Actividades

- Formalizar acuerdos y establecer responsabilidades de las partes
- Conformación del comité de seguimiento
- OPA sin licencia: protocoliza la *dirección de consulta previa* y el ejecutor puede iniciar la OPA.
- OPA con licencia: protocoliza la CAR o ANLA



5. PROTOCOLIZACIÓN



Problemas Usuales

- Demoras en la protocolización por parte de ANLA y las CAR o retrotraen el proceso a la etapa de identificación de impactos
- ANLA o CAR se rehúsan a protocolizar porque no hay acuerdos o sólo hay acuerdos parciales



6. SEGUIMIENTO DE ACUERDOS



Actividades Principales

- Comité de seguimiento celebra **reuniones** periódicas para verificar el nivel de cumplimiento de las partes
- Si no se han cumplido los compromisos en el nivel pactado, se fijan **nuevos cronogramas** y se pactan nuevas reuniones de seguimiento
- Si se ha cumplido el 100% de la obligaciones de da **cierre** al proceso de consulta



6. SEGUIMIENTO DE ACUERDOS



Problemas Usuales

- Incumplimiento parcial o total de los acuerdos
- Desacuerdo sobre el alcance de los acuerdos pactados
- Una de las partes pretende cambiar uno o más elementos de las obligaciones pactadas en la consulta



CONCLUSIONES



Algunos Riesgos

- Incertidumbre sobre áreas de impacto y presencia de comunidades
- Inconmesurabilidad de los tiempos de las partes
- Nivel de estructuración
- Demoras por parte de ANLA
- Carácter transaccional de la Consulta
- Judicialización

Herramientas

- Posibilidad de fijar cronograma desde la preconsulta
- No es necesario que haya un acuerdo (salvo reubicación)
- Hay flexibilidad en el diseño y el trazado



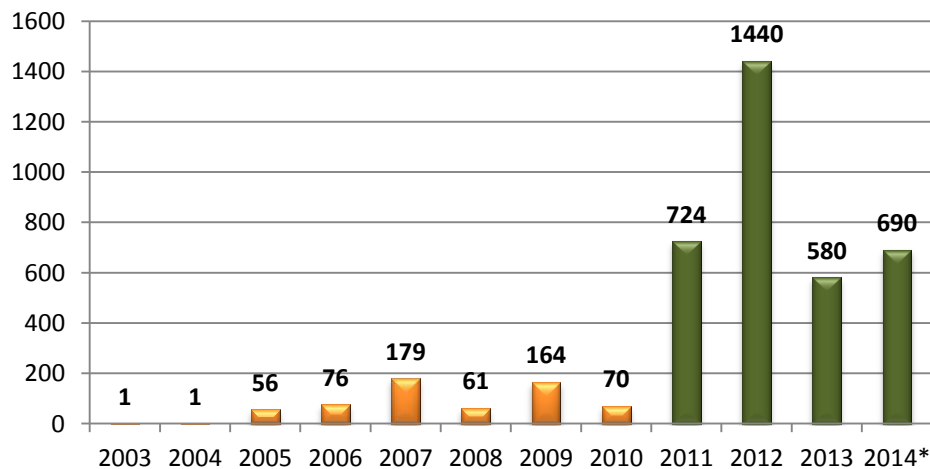


Protocolizaciones procesos de consulta previa

Resumen general

SECTOR	Comunidades étnicas protocolizadas															Gobierno Actual	Promedio Gobierno Actual	Total General
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Gobierno Anterior	Promedio Gobierno Anterior	2011	2012	2013	2014*				
Medidas Administrativas	0	0	55	18	145	37	80	19	354	44,3	440	835	77	56	1408	352,0	1762	
Hidrocarburos	0	1	1	35	18	14	11	18	98	12,3	149	520	228	305	1202	300,5	1300	
Infraestructura	0	0	0	4	7	5	62	18	96	12,0	72	57	169	101	399	99,8	495	
Energético	0	0	0	10	1	4	2	8	25	3,1	40	16	16	61	133	33,3	158	
Investigación	0	0	0	9	4	1	7	7	28	3,5	7	0	51	0	58	14,5	86	
Minero	1	0	0	0	4	0	2	0	7	0,9	9	9	16	160	194	48,5	201	
Ambiental	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-	7	3	23	7	40	10,0	40	
Total	1	1	56	76	179	61	164	70	608	76	724	1440	580	690	3434	859	4042	

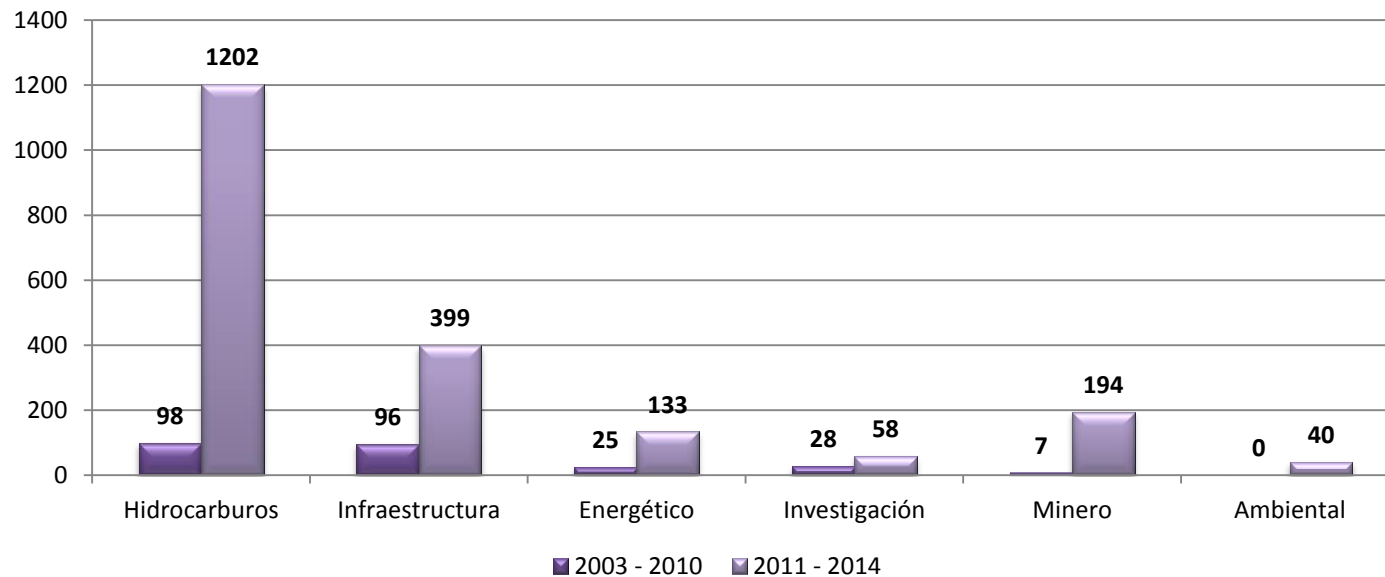
* Corte 30/06/2014





Protocolizaciones procesos de consulta previa *Sectores de Alto Impacto*

Comunidades étnicas protocolizadas
2003 - 2014* (Corte 30/06/2014)

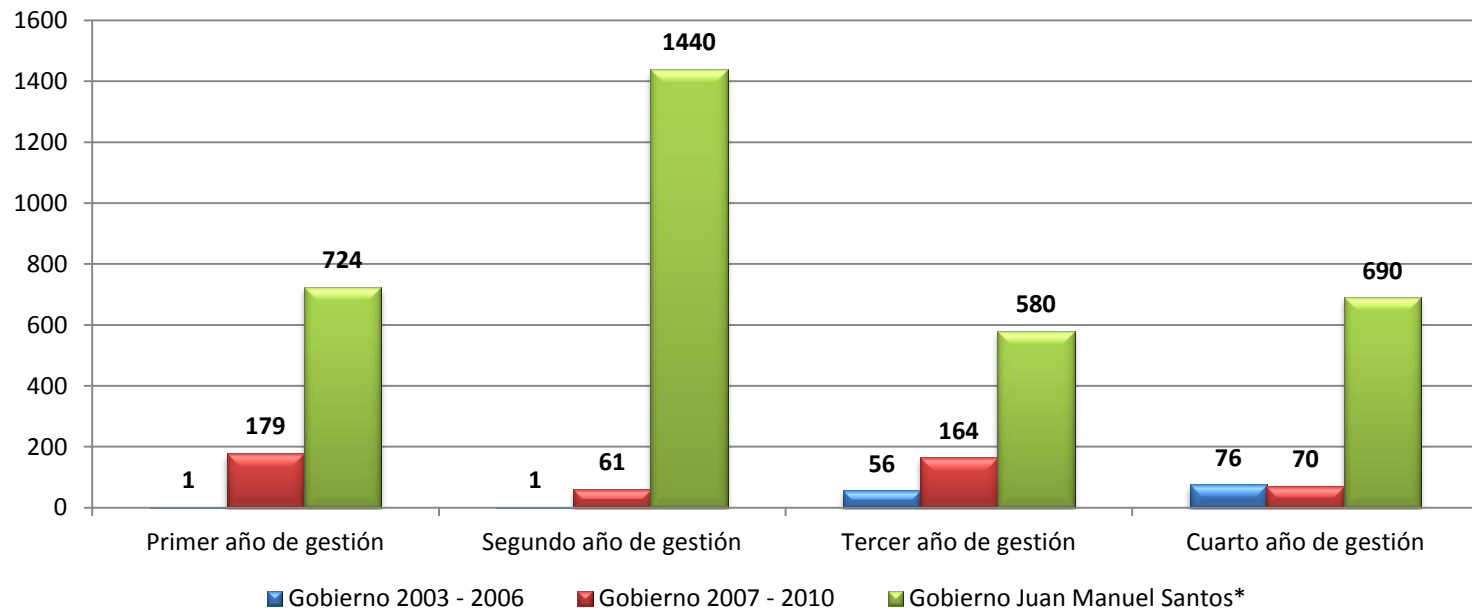




Protocolizaciones procesos de consulta previa

Gestión en cada gobierno

Comunidades étnicas protocolizadas por cada año de gobierno
2003 - 2014* (Corte 30/06/2014)

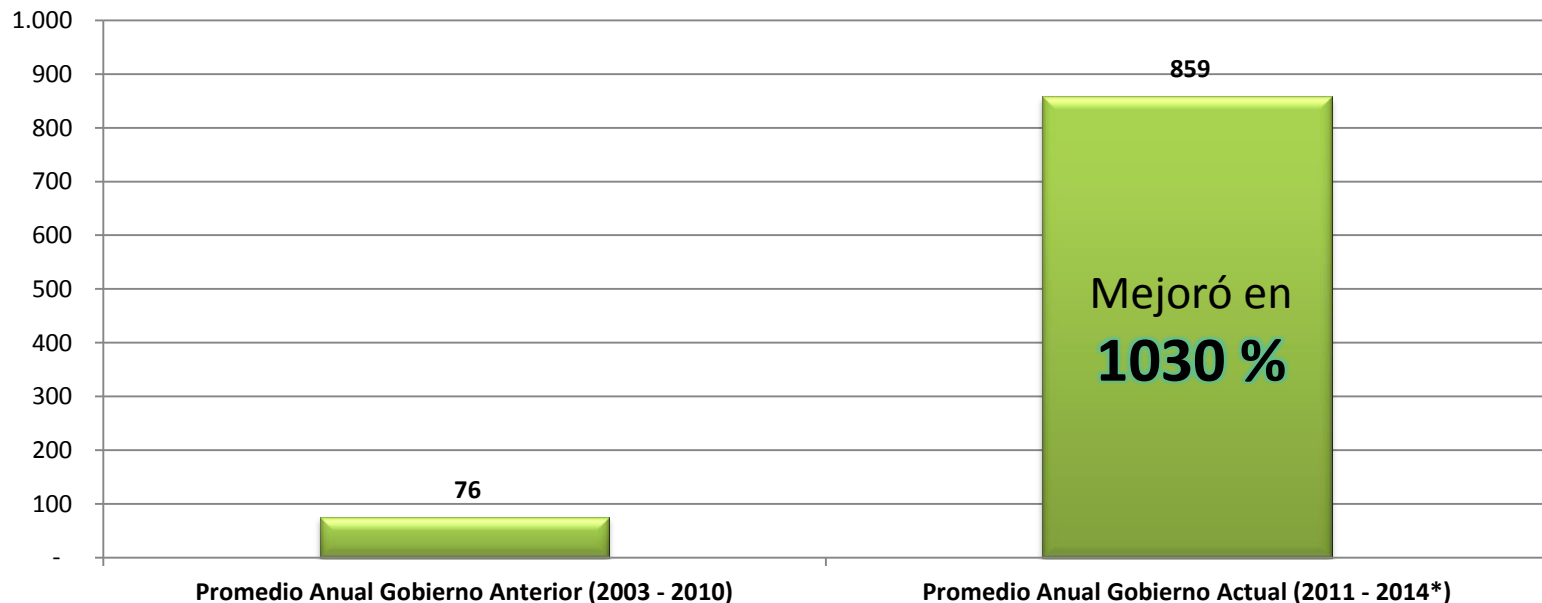





Protocolizaciones procesos de consulta previa

Incremento en los promedios

Mejora en los promedios anuales Comunidades étnicas protocolizadas
2003 - 2014* (Corte 30/06/2014)





Directiva Presidencial 001 de Marzo 26 de 2010

Determina las etapas de la Consulta Previa es
sucinta.

Directiva Presidencial 010 de Noviembre 7 de 2013

Desarrolla el proceso de Consulta Previa desde la
certificación de comunidades hasta la etapa de
seguimiento de la consulta previa.