

Primer Premio a la Investigación en Políticas
Públicas "Luis Carlos Sarmiento". Asociación Nacional
de Instituciones Financieras de Colombia-ANIF

.....PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

"GESTIÓN EN INFRAESTRUCTURA: EFECTOS DE LA CONSULTA PREVIA"

Resumen Ejecutivo

.....

Este proyecto de investigación se realizó gracias al apoyo de



Centro de
Estudios
Económicos



*PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
"GESTIÓN EN INFRAESTRUCTURA:
EFECTOS DE LA CONSULTA PREVIA"*

Resumen Ejecutivo

Fundación Instituto de Ciencia Política
Hernán Echavarría Olózaga-ICP

* *Directora ejecutiva*

Marcela Prieto

* *Coordinadora general de la investigación*

Julie Hernández

* *Coordinadora área de Proyectos*

Angélica Polanco

Autores

* *Investigadores principales*

Andrée Viana

Diana María Ocampo

* *Investigadores*

Alexandra Rodríguez

Andrey Molina

Sebastián Cabrales

Juan Sebastián Agudelo

Angélica Polanco

* *Edición*

Julie Hernández

Camila Salcedo

Raquel Díaz

* *Diseño y diagramación*

Diana Sánchez

* *Editorial*

Ediciones Antropos Ltda

Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
Calle 70 N.7ª-29 Bogotá, Colombia
Tel: +57 (1) 3177979
Fax: +57 (1) 3177989
www.icpcolombia.org

Esta investigación se desarrolló gracias al apoyo de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras de Colombia-ANIF, en el marco del Primer Premio a la Investigación en Políticas Públicas "Luis Carlos Sarmiento Angulo."

Todos los derechos sobre esta investigación son de propiedad exclusiva de la ANIF.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS · 11

PRESENTACIÓN · 13

CAPÍTULO I. La incidencia de la Consulta Previa
en proyectos de Infraestructura · 17

Introducción · 19

Diagnóstico de costos · 19

Conclusiones del análisis económico · 24

Conclusiones generales sobre el diagnóstico · 28

Alertas sobre asuntos pendientes del Estado · 33

Utilidad de este estudio de cara a una Ley Estatutaria · 35

Diagnóstico jurisprudencial · 35

CAPÍTULO II. Diagnóstico sobre cuellos de botella en
materia de Consulta Previa para el sector de Infraes-
tructura y protocolo de prácticas recomendables · 45

Diagnóstico de cuellos de botella · 47

Protocolo de prácticas recomendables · 53

CONCLUSIONES · 56

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga-ICP agradece de manera especial la confianza depositada por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras-ANIF, y su presidente el Dr. Sergio Clavijo, al otorgarnos el primer lugar en el Premio a la Investigación en Políticas Públicas "Luis Carlos Sarmiento Angulo".

Al doctor Manuel José Cepeda, evaluador por parte de la ANIF, nuestros más sinceros agradecimientos. Sus comentarios y observaciones, siempre acertados y agudos, fueron fundamentales en el desarrollo de las diferentes etapas de esta investigación y la construcción de este documento final.

También agradecemos el apoyo prestado por la Cámara Colombiana de Infraestructura-CCI en el desarrollo de las diferentes actividades realizadas durante la investigación. La amable disposición de su presidente, Dr. Juan Martín Caicedo, y director jurídico, Dr. Ernesto Ortiz, fueron fundamentales para el éxito de las mismas.

Muy especialmente queremos agradecer la disposición de las empresas del sector de Infraestructura cuyos proyectos se constituyeron en nuestros casos de estudio. Gracias por depositar su confianza en nosotros y compartir con el equipo de investigadores del ICP la información sobre sus proyectos y percepciones sobre los mismos.

De igual forma agradecemos a los funcionarios de las distintas empresas, instituciones estatales, líderes indígenas y afrocolombianos, expertos y académicos que participaron en las entrevistas semi-estructuradas y en las diferentes actividades realizadas a lo largo de la investigación. A ellos muchas gracias por compartir con nosotros sus experiencias, vivencias, ideas y percepciones, las cuales resultaron fundamentales para la construcción de una visión holística y objetiva del estado actual de la Consulta Previa en Colombia.

A las doctoras Gloria Amparo Gutiérrez, directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; Ángela Santamaría, Profesora Asociada de la Facultad de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario; y Margarita Serje de la Ossa, profesora asociada al Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes, nuestros más sinceros agradecimientos por su disposición y valiosas recomendaciones y sugerencias sobre el contenido de las prácticas recomendables.

Finalmente agradecemos de manera especial a la Corporación Andina de Fomento-CAF, y a su representante en Colombia, Dr. Víctor Traverso, por el apoyo financiero brindado al ICP, permitiéndonos ampliar el alcance de esta investigación.

PRESENTACIÓN

Actualmente, las incertidumbres que se presentan en torno a la implementación de la Consulta Previa que debe surtirse a la hora de adelantar proyectos, obras o actividades (POA) en zonas con presencia de comunidades indígenas, afrocolombianas o Rom, se percibe como una de las principales dificultades para el avance del país en materia de Infraestructura.

Efectivamente, no son pocos los proyectos, incluso aquellos catalogados como de Interés Nacional y Estratégico (PINES), que han sufrido enormes retrasos en su ejecución por cuenta de los obstáculos durante el proceso de consulta. Sin embargo, si bien no puede concebirse una economía pujante y competitiva que jalone el desarrollo, sin una infraestructura de calidad, a la altura de los retos que impone un mundo globalizado, tampoco es posible hacerlo sin el debido respeto por los derechos fundamentales, en este caso, el de los grupos étnicamente diferenciados, "cuya preservación en sí misma es un valor constitucional no negociable"¹.

Esta es precisamente la perspectiva desde la cual se abordó la presente investigación y que considera a la Consulta Previa como un derecho fundamental que no riñe con el desarrollo y el interés general, por cuanto desde la Constitución de 1991 se establece que Colombia es una nación pluriétnica y multicultural.

A lo largo de la presente investigación constatamos, con agrado, que buena parte del sector privado comparte esta visión sobre la Consulta Previa. Pero, de igual forma, se hicieron evidentes las múltiples falencias asociadas a su implementación, las cuales afectan particularmente a los privados, quienes consideran que ante la ausencia de una ley que regule esta materia, no cuentan con la seguridad jurídica necesaria para el correcto desarrollo de su actividad.

El Estado no ha sido ajeno a esta preocupación, razón por la cual el actual gobierno, en cabeza del Ministerio del Interior (MinInterior), ha manifestado en varias ocasiones su intención de presentar un proyecto de ley estatutaria que reglamente la Consulta Previa. Sin embargo, no es previsible que en el mediano plazo se llegue a un acuerdo con los grupos étnicos sobre un proyecto de ley con estas características.

Así las cosas, resulta pertinente que la sociedad civil y la empresa privada unan esfuerzos para proponer y desarrollar acciones concretas que contribuyan a la resolución de algunas de las problemáticas que surgen durante la implementación de dicho procedimiento.

Esta propuesta de investigación busca convertirse en la primera iniciativa de esta naturaleza, cumpliendo el doble propósito de 1) documentar y visibilizar los principales cuellos de botella que se presentan en los procesos de Consulta Previa para el sector de Infraestructura y; 2) elaborar un documento de prácticas recomendables para el sector privado que permita optimizar los procesos de consulta en beneficio de todos los actores que intervienen.

Como lo indica el presente estudio, es importante avanzar en la búsqueda de soluciones a

1 Remitirse al segundo capítulo del Informe Final.

los desafíos de la Consulta Previa en su dimensión legal- a través de una ley estatutaria- e institucional- por ejemplo con la creación de una agencia con capacidad para responder de manera efectiva a la enorme complejidad de los procesos que se presentan. Estas reformas deberán realizarse, sin lugar a dudas, bajo el liderazgo del Estado como máximo garante de los derechos de las partes que intervienen. Sin embargo, el verdadero reto de la Consulta Previa está en la construcción de confianza y mutua comprensión y respeto por las necesidades legítimas de quienes participan en estos procesos. Para ello, no basta con crear nuevas leyes o reformar las instituciones; se necesita también de un compromiso decidido del Estado, las empresas y las comunidades para evaluar y repensar las actuaciones y comportamientos actuales. En este sentido, consideramos que las prácticas recomendables que aquí se presentan son una contribución importante en la construcción de un diálogo intercultural sincero.

Marcela Prieto Botero

Directora ejecutiva

Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga

1

La incidencia de la
Consulta Previa en
proyectos de infraestructura

ESTUDIO DE DIAGNÓSTICO²

** Investigadora principal*

Andrée Viana

** Investigadores*

Alexandra Rodríguez

Andrey Molina

Sebastián Cabrales

INTRODUCCIÓN

Por medio de estudios de caso se presentarán los elementos que componen la realidad actual de los procesos de Consulta Previa. Dada la extensión inabarcable de los estudios de casos, con amplitud suficiente para contemplar todos los procesos que se han adelantado desde que se adoptó el Convenio 169 de la OIT, se eligieron cinco de ellos caracterizados por su altísima complejidad, a partir de los cuales se identificaron los problemas más comunes y de mayor incidencia. Todos tienen en común que aún no han concluido.

El estudio de esos casos comprende una investigación sobre las actuaciones que han adelantado los diferentes actores y los tiempos transcurridos entre cada una de ellas. Esta identificación de tiempos muertos ha sido muy importante para analizar las responsabilidades que conciernen a cada actor, de acuerdo a las normas vigentes y la jurisprudencia, de manera que fuese posible imputar las demoras a cada uno según correspondiese. Si bien, por acuerdos de confidencialidad con las empresas, el ICP no puede publicar la información suministrada por las empresas contactadas, el ICP y la ANIF usaran estos análisis para promover cambios en materia de Política Pública.

DIAGNÓSTICO DE COSTOS

Contexto para la construcción del modelo de costos:

La metodología aplicada se construyó de acuerdo con la información disponible, teniendo en cuenta las distintas etapas de los procesos de Consulta Previa que deben adelantar los actores responsables y los tiempos en que estos se han desarrollado.

² Para la elaboración de este resumen ejecutivo fue necesario editar el documento principal entregado por los investigadores.

1. Información Escasa: La información económica de tres de los procesos de Consulta Previa analizados se extrajo de los contratos producto de las licitaciones públicas, los cuales están disponibles por medios electrónicos y son documentos públicos.

Frente a la información más específica en el área financiera, como presupuestos detallados por rubros y periodicidad del gasto, no fue posible acceder a la misma, en algunos casos, debido a las políticas de confidencialidad de las empresas porque los contratos objeto de análisis se encuentran en procesos judiciales o están en estudios para iniciarlos.

2. Información General: A parte de las fuentes detalladas arriba, otra fuente de información importante fueron las entrevistas desarrolladas a distintos funcionarios de las empresas. Estas entrevistas brindaron información sobre las actuaciones surtidas durante el tiempo en el cual se ha venido adelantando los procesos de Consulta Previa, sin discriminar la anualidad correspondiente dentro de cada proyecto. Una gran parte de esta información suministrada dentro de las entrevistas no cuenta con soporte documental alguno.

Teniendo en cuenta lo anterior, para consolidar el análisis económico se debieron realizar algunas estimaciones frente a los costos generados en los procesos de Consulta Previa, debido a la falta de información sobre los mismos. Por esta razón debe advertirse que los resultados del análisis de costos brindan cifras generales y estimativas que buscan acercarse en la medida de lo posible a la realidad, esto debido a la escasez de la información y la generalidad de la misma.

Para la construcción del modelo se tuvieron en cuenta cinco grandes hitos en el proceso de Consulta Previa: Etapa de certificación, Acercamientos, Etapa de preconsulta, Etapa de consulta (Apertura, talleres de identificación de impactos y medidas de manejo, y preacuerdos), y la Etapa de protocolización.

Todos los procesos de Consulta Previa tienen sus respectivos costos presupuestados, que en principio no varían si el proceso se adelanta de manera normal y sin ningún contratiempo. No obstante lo anterior, en el caso de los procesos analizados, se presentan diversos inconvenientes que generan sobrecostos a los procesos de Consulta Previa. Estos inconvenientes se encuentran descritos a profundidad en los análisis particulares de cada caso en los capítulos de mapa de actores y líneas de tiempo, pero se analizan aquí de manera resumida con el fin de determinar a quien es imputable el tiempo de retraso dentro de cada proceso.

Fórmula para la implementación del modelo de costos

A partir del contexto para la construcción del modelo, se elaboró una fórmula que permite conocer los costos explícitos e implícitos de un proceso de Consulta Previa:

$$\text{Costo Total} = \underbrace{\sum_{\text{Costo Logísticos}} + \sum_{\text{Costo Recurso Humano}} + \sum_{\text{Costo Consultoría}}}_{\text{Costo Explícitos}} + \underbrace{\sum_{\text{Costo Oportunidad}}}_{\text{Costo Implícitos}}$$

Costo logístico para realizar el proceso de Consulta Previa

El costo logístico es el gasto en el que incurrieron tanto las empresas como el Estado para llevar a cabo el proceso de Consulta Previa hasta la etapa donde se encuentran actualmente, y el cual está conformado por rubros tales como: alquiler de espacios para realizar las reuniones de los procesos de consulta, la movilización de los miembros de las comunidades, el pago de viáticos a las comunidades y en algunos casos, el alojamiento; a su vez viáticos de funcionarios públicos y tiquetes aéreos, entre otros por parte del Estado.

Costo del recurso humano

El costo del recurso humano es el valor del tiempo del equipo de trabajo en el cual debe incurrir tanto el Estado como las empresas para llevar a cabo la Consulta Previa. Se calculó un aproximado de los días laborales que dedicaron los trabajadores de las empresas y funcionarios del Estado para llevar a cabo las cinco etapas de los procesos de Consulta Previa, multiplicado por el valor del salario diario para cada uno de ellos.

$$\text{Costo Recurso Humano} = \text{Número de días promedio trabajo al mes} * \text{Número de meses de retraso} * \text{Salario diario del funcionario}$$

Costo de las consultorías

El costo de las consultorías dentro de los procesos de Consulta Previa se basó en los estudios que deben realizar las empresas para desarrollar el EIA el cual incluye la determinación de los impactos bióticos, abióticos y socio económicos. Es necesario tener en cuenta que en los casos donde se requiere adelantar proceso de Consulta Previa debe adicionarse el resultado de la participación de la comunidad en el resultado final del EIA, por lo tanto los costos asociados al desarrollo normal de un EIA aumentan considerablemente por los tiempos requeridos para adicionar la participación de la comunidad como resultado de la Consulta Previa. Adicionalmente, para algunos procesos estos costos aumentaron debido a que se contrataron consultorías para lograr acercamientos con las comunidades étnicas. Se calculó este costo con base en lo que las empresas pagaron por estas consultorías.

Costo de oportunidad

El costo de oportunidad es el costo en que una empresa incurre cuando el uso de recursos, infraestructura y talento humano se encuentran inactivos debido a las demoras en los procesos de Consulta Previa imputables al Estado, a las comunidades étnicas, a la propia empresa o a otros agentes.

Características económicas de cada proceso

El modelo de costos creado incluye unos parámetros generales que permite su aplicación a cualquier proceso de Consulta Previa. Sin embargo existen circunstancias particulares de cada proceso que deben considerarse dentro del modelo general.

En este sentido, las particularidades que este modelo tiene en cuenta son:

El valor del contrato

El valor que se toma en el modelo para determinar porcentualmente el sobrecosto es el presupuesto de inversión de cada proyecto. En el caso de los contratos de concesión se calcula de acuerdo con el presupuesto dado por el Estado para cada proceso licitatorio. No se tuvo en cuenta el valor del ingreso esperado, ya que ese valor lo constituye la utilidad o rentabilidad del concesionario.

$$\text{Porcentaje de sobre costo} = \frac{\sum_{\text{Costo Logísticos}} + \sum_{\text{Costo Recurso Humano}} + \sum_{\text{Costo Consultoría}} + \sum_{\text{Costo Oportunidad}}}{\text{Valor del contrato}} * 100$$

Tiempo de retraso

Si bien las instituciones del Estado tienen establecidos unos tiempos de respuesta para ciertas actuaciones dentro del proceso de Consulta Previa, el modelo solo tuvo en cuenta los retrasos o demoras de carácter extraordinario, es decir, aquellas que sobrepasaron los tiempos normales de desarrollo del proceso consultivo y que son imputables al Estado, a las empresas, a la comunidad y/o terceros, de acuerdo al análisis particular de cada caso.

Responsable de los retrasos

El modelo de costos permite identificar los responsables de los retrasos dentro de los procesos de consulta de previa y asignar a estos responsables los meses de retraso y el costo asociado a los mismos. Este cálculo se realizó a través de la siguiente fórmula:

$$\text{Costo asociado a demoras} = \text{Costo total de oportunidad} * \left[\frac{\text{Número de meses de retraso por actor}}{\text{Tiempo total de retraso del proceso}} * 100 \right]$$

Aplicación del modelo a los casos de estudio

A continuación se exponen los principales resultados de la aplicación del modelo de costos en los 5 casos de estudio.

El [CASO 1] *presentó un retraso de 40 meses* contados desde la fecha de suscripción del contrato de concesión hasta la última actuación de la cual se tuvo conocimiento de acuerdo con la información disponible y teniendo en cuenta retrasos extraordinarios. De esos 40 meses, es responsabilidad del Estado un retraso de 34 meses, de acuerdo con el análisis de imputabilidad efectuado, lo cual llevó a que se generara un costo de \$ 89.375 millones de pesos. Por otro lado, 4 de los 40 meses del tiempo de retraso fueron responsabilidad de las comunidades lo cual llevó a que se generara aproximadamente un costo de \$10.515 millones de pesos.

En conclusión, **los sobrecostos** que se generaron hasta ahora por causa de las demoras en los procesos de Consulta Previa para el caso 1 **equivalen aproximadamente al 7.5% del valor total del contrato.**

El [CASO 2] *presentó un retraso de aproximadamente 68 meses* contados desde la suscripción del contrato adicional de concesión hasta la última actuación de la cual se tuvo conocimiento de acuerdo con la información obtenida y teniendo en cuenta los retrasos extraordinarios. De esos 68 meses 49 son responsabilidad del Estado, de acuerdo con el análisis de imputabilidad efectuado, lo cual llevó a que se generara un costo de \$ 137.379 millones de pesos, así como 22 de los 68 meses de retraso fueron responsabilidad de la empresa lo cual llevó a que se generara aproximadamente un costo de \$61.680 millones de pesos.

En conclusión, **los sobrecostos** que se generaron hasta ahora por causa de las demoras en los procesos de Consulta Previa **equivalen aproximadamente al 98.82% del valor total del contrato.**

El [CASO 3] *presentó un retraso aproximado de 53 meses* contados desde la fecha de suscripción del contrato adicional de concesión hasta la última actuación de la cual se tuvo conocimiento de acuerdo con la información obtenida y teniendo en cuenta retrasos extraordinarios. De acuerdo con el análisis de imputabilidad efectuado, el Estado fue responsable de 24 de los 53 meses calculados, lo cual llevó a que se generara un costo de \$ 244.528 millones de pesos. Así mismo, la empresa gestora del proyecto fue responsable de 24 de los 53 meses de retraso lo que ha generado un costo de \$244.528 millones de pesos, y las comunidades han generado un costo aproximado de \$20.377 millones de pesos que equivalen a 2 meses de retraso.

En conclusión, los **sobrecostos** que se generaron hasta ahora por causa de las demoras en los procesos de Consulta Previa equivalen aproximadamente al **0.3% del valor total del contrato.**

Para el [CASO 4] no fue posible establecer un valor de inversión del proyecto de acuerdo con la información disponible. Sin embargo, **el tiempo de retraso se calculó en un**

aproximado de 83 meses contados desde que se consultó al Ministerio si aplicaba para el caso la realización de una Consulta Previa, hasta la última actuación de la cual se tuvo conocimiento de acuerdo con la información obtenida (teniendo en cuenta retrasos extraordinarios).

En vista de esto, el gestor del proyecto tiene imputada la responsabilidad en el retraso de 60 de los 83 meses que han transcurrido, los agentes externos tienen imputados 12 meses y el Estado 11 de los 83 meses calculados.

Y por último, para el [CASO 5] se destaca que el proceso de Consulta Previa fue muy corto comparado a los otros casos estudiados. Se puede deducir que posiblemente un factor que permitió que el proceso fluyera rápidamente es el alto valor de las compensaciones y de la contratación de asesores de las comunidades. Una vez aplicado el modelo a este proceso, se encontró que el costo total para el proceso de Consulta Previa fue de \$5,198,231,250 el cual fue calculado con base en la información suministrada directamente por la empresa y de acuerdo con la sumatoria del costo logístico (\$4,704,231,250), recurso humano (\$294,000,000), consultorías (\$200,000,000) y costo de oportunidad (\$0).

A través de los resultados que presentó el modelo presupuestal empleado en este análisis, **se estima que en promedio la demora de un proceso de Consulta Previa para proyectos PINES, con base en los casos analizados, es de 64 meses aproximadamente**, esto le puede generar un **sobrecosto aproximado a un proyecto de \$1,430 millones de pesos mensuales**, incluyendo costos implícitos y explícitos, sin importar el tipo o naturaleza del proyecto. Lo anterior debe verse en contraste el tiempo que registra la Dirección de Consulta Previa (DCP) del MinInterior como promedio de los casos ordinarios que es de 6 meses.

Conclusiones del análisis económico

Como anteriormente se anotó, el análisis económico tomó como metodología el cálculo de los costos "extraordinarios" o adicionales a los costos normales de un proceso de Consulta Previa, con el fin de determinar, estimativamente, qué sobrecosto puede implicar a los ejecutores de proyectos, obras o actividades –POA–, el desarrollo de un proceso consultivo, que por las razones específicas de cada proyecto, generaron dificultades adicionales en su terminación satisfactoria, algunos de los cuales, vale resaltar, no han culminado.

En ese mismo sentido, es importante recalcar que cada proceso tiene características particulares y contextos diferentes, por esta razón, en principio no son comparables entre sí, pues las dinámicas propias de una comunidad étnica, así como de las entidades públicas responsables de los POA son diferentes para cada uno de los procesos. De allí puede evidenciarse que las dificultades en cada uno de los procesos consultivos son distintas y requieren de una solución única y particular para los mismos, sin perjuicio de que estos problemas de carácter particular entre sí, puedan solucionarse mediante la implementación de medidas o buenas prácticas comunes o generales que permitan la ejecución de procesos consultivos de una

manera más fluida, evitando en la medida de lo posible dificultades que lo sitúen en mora.

Por lo tanto, al tenerse en cuenta los costos logísticos, de recurso humano, de consultorías y/o asesorías independientes y el costo de oportunidad, para cada uno de los proyectos se presentaron naturalmente resultados distintos, sin embargo, existen costos comunes en los procesos que permiten identificar causas generales a estos costos.

Costos Logísticos:

- * Donde se concentra el mayor valor de los costos logísticos es en los valores de los acuerdos de la Consulta Previa.
- * Para el caso 2 el costo más alto fueron los contratos suscritos para garantizar asesores a las comunidades.

Costos recursos humano:

- * Se calculó el número de días adicionales que tanto los empleados de las empresas como los distintos funcionarios públicos tuvieron que dedicar en el desarrollo del proceso de Consulta Previa.
- * Este cálculo se realizó con base en el salario promedio de los distintos funcionarios que asisten a las reuniones.
- * Como puede evidenciarse, estos costos, en relación al valor total del contrato no es muy alto, sin embargo, son costos importantes y que deben presupuestarse holgadamente por las empresas.

Costo de oportunidad:

- * Respecto al cálculo de este costo debe tenerse en cuenta lo siguiente: La información con la que se contó para realizar el estudio no fue completa y por lo tanto, se requirió el análisis de documentos específicos que las propias empresas revelaron, así como a estimaciones dentro de valores de mercado.
- * Para tener una perspectiva correcta de los costos se deben comparar con el valor total del contrato y presentar los costos como porcentaje total del valor del contrato.
- * En uno de los casos estudiados no es posible calcular el costo de oportunidad porque el proyecto no se ha visto suspendido y por lo tanto continúa en ejecución.
- * En dos de los casos estudiados el costo de oportunidad afecta gravemente los proyectos, ya que el proceso de consulta suspende directamente la operación y ejecución del contrato, dado el objeto contractual. El factor más relevante del costo de oportunidad es el tiempo, pero dependerá de si el tiempo corrido afecta o no la ejecución de los proyectos.
- * En dos de los casos, a pesar de que los procesos de consulta han excedido el tiempo destinado para la misma, aun no se afecta el costo de oportunidad pues el objeto de los contratos o la naturaleza del proyecto han permitido su continuidad de manera paralela al proceso.

- * Para algunos ejecutores la existencia de costos de oportunidad es nula en tanto sus proyectos no se vieron suspendidos significativamente por los procesos consultivos, no obstante, debe resaltarse que todo retraso en la ejecución de un proyecto por falta de cumplimiento de requisitos legales genera costos asociados a estas demoras por mínimas que sean.
- * Por ejemplo, es posible evidenciar que la totalidad de los costos referidos se presentaron como sobrecostos en los que tuvieron que incurrir las empresas por los procesos de consulta en dos de los casos, ya que desde el inicio no se contempló la realización de procesos de Consulta Previa.
- * Para dos de los casos se tenía previsto la necesidad de realizar procesos de Consulta Previa, sin embargo, en la ejecución de los mismos se presentaron dificultades no previstas, que aumentaron los costos a razón de los procesos consultivos.
- * A través de los resultados que presentó el modelo presupuestal empleado en este análisis, se estima que en promedio la demora de un proceso de Consulta Previa complejo, con base en los casos analizados, es de 64 meses aproximadamente, esto le puede generar un sobrecosto aproximado a un proyecto de \$1,430 millones de pesos mensuales, incluyendo costos implícitos y explícitos, sin importar el tipo o naturaleza del proyecto. Lo anterior debe verse en contraste al tiempo que registra la DCP del MinInterior como promedio de los casos ordinarios que es de 8 meses.
- * De acuerdo con los cálculos efectuados, el Estado incurrió en un gasto adicional, en promedio por mes y por proyecto de 13 millones de pesos.
- * Existen unos costos inherentes a la logística necesaria para poner en marcha los procesos de Consulta Previa. Sin embargo, en algunos procesos se cuenta un costo adicional por los condicionamientos efectuados por agentes externos que intervienen en los procesos de Consulta Previa. Para dos de los casos se suscribieron contratos con terceros en promedio por \$360 millones de pesos por comunidad. Se evidencia que en los casos donde se presenta esta modalidad de contratación es donde hay mayores demoras imputables, justamente, a esos actores externos. Esto se debe a que la decisión de realizar el pago de los valores exigidos por esos agentes externos en nombre de las comunidades, se funda en razones económicamente lógicas teniendo en cuenta que suponen una erogación menor al costo de oportunidad que genera las demoras del proyecto. También es cierto que la entrega de dinero genera problemas internos en las comunidades que pueden desencadenar futuras dilaciones en materia de representatividad, además de que propicia la creación y el registro de nuevas comunidades étnicas motivadas por la expectativa, alimentada por esos mismos agentes externos, de recibir un trato favorable económicamente.
- * En promedio mensualmente los costos en que incurre el Estado se incrementan en \$4.2 millones de pesos mensuales en razón a las dilaciones extraordinarias en los procesos. En principio parece una cifra pequeña, pero teniendo en cuenta el promedio de demora de los procesos de Consulta Previa analizados, esto es, 64 meses, se tiene entonces que el Estado, en tiquetes y viáticos, puede gastar \$268 millones de pesos adicionales.

Recomendaciones desde el punto de vista económico:

- * Es recomendable buscar estrategias y mecanismos de diálogo con las comunidades, que permitan desarrollar los procesos de Consulta Previa en el menor tiempo posible, pues es precisamente este factor el multiplicador común de los altos costos de los procesos consultivos.
- * Es importante que los ejecutores de los POA internalicen y tomen medidas para prevenir desde el punto de vista económico y operativo la posibilidad de que los procesos consultivos puedan extenderse en el tiempo, esto debe reflejarse en los presupuestos y en las medidas que se tomen para continuar con el desarrollo de actividades del POA en la medida en que sea jurídicamente posible.
- * El fortalecimiento de las comunidades y las políticas de no contratar a personas cuyos intereses excedan visiblemente el objeto de la consulta y busquen un simple beneficio pecuniario, permite que el proceso sea sostenible en el tiempo y de esta manera se eviten futuros tropiezos. Lo anterior, debido a los distintos intereses en juego que se encuentran dentro de una comunidad en particular.
- * Es también recomendable que los ejecutores de los POA, busquen mecanismos para lograr que la capacidad de trabajo de una empresa no dependa exclusivamente de los procesos de Consulta Previa, en la medida que esto sea económica y jurídicamente factible.
- * A pesar de que el valor de las compensaciones y de contratación de asesores de las comunidades en algunos casos es muy alto y por tanto las empresas autónomamente decidieron asumirlos, es recomendable que las decisiones en esta materia se tomen responsablemente y conforme a criterios de proporcionalidad, lo anterior no solo porque la entrega de dinero en los procesos de Consulta Previa desvirtúa el objetivo mismo de los procesos y genera a futuro mayores dificultades y problemáticas sociales, sino también por los antecedentes que se generan con estas comunidades que a la postre impiden la ejecución de futuros proyectos para otros ejecutores que no cuenten con la misma capacidad económica o con la misma voluntad de asumir estos altos costos.

CONCLUSIONES GENERALES SOBRE EL DIAGNÓSTICO

Conclusiones sobre los estudios de caso

Respecto de las relaciones estables de confianza

Para el MinInterior, las demás entidades del estado responsables de los proyectos que se pretenden implementar en el país, y también para las empresas ejecutoras, la generación de relaciones basadas en la confianza con los grupos étnicos debe ser un objetivo fundamental para alcanzar resultados en los procesos de Consulta Previa. Estas relaciones de confianza deben construirse bajo los principios que rigen la Consulta Previa, en especial los principios de buena fe, respeto y transparencia.

El Decreto 2613 de 2013 pretende ofrecer algunas herramientas que permitan a las entidades del sector central y a los demás responsables de los proyectos, obras o actividades-POA-, generar espacios de planeación y coordinación previa al inicio de los procesos consultivos. Es posible que ese decreto, sea efectivo de cara a lograr actuaciones gubernamentales acorde con las particularidades de cada comunidad en específico, permitiendo que los procesos avancen de una manera más fluida.

Pero adicionalmente, debe resaltarse que la confianza no se construye dos o tres meses antes de la ejecución de un proyecto capaz de impactar a los pueblos. Su construcción debe ser un trabajo serio, a largo plazo, y necesita de una Política Pública que permita la recuperación de la imagen estatal ante las comunidades étnicas.

Si bien, las gestiones y actividades de acercamientos que efectúan las empresas directamente con las comunidades son válidas y no pueden censurarse por parte del estado; estas actividades deben enmarcarse dentro del respeto mutuo, la buena fe y la transparencia. Las actividades que buscan generar confianza como son las de acercamiento, si son mal manejadas, pueden producir efectos perjudiciales para el proceso de consulta porque minan la confianza.

En todo caso, las actividades y gestiones de acercamiento con las comunidades deben darse, en la medida de lo posible, cuando ya exista una certificación en firme de la DCP del MinInterior, esto con el fin de evitar generación de conflictos y expectativas en comunidades que probablemente no tengan derecho a ser consultadas. El estado debe entender que es su responsabilidad el desarrollo de los procesos consultivos, independientemente si traslada algunas responsabilidades.

Finalmente, puede ser oportuno hacer dos anotaciones puntuales sobre asuntos que tienen relación con la generación de confianza. El estado debe acudir de manera conjunta y en la medida en que así lo exija el proceso, abrir vías de comunicación con las entidades que sean competentes para solucionar los requerimientos de importancia para ellos, de esta forma se evitan dilaciones y suspensiones graves dentro de los procesos, y se consolida una relación de confianza y buena fe.

Por último, es importante recalcar la relevancia de cumplir los fallos de tutela, por ser en sí mismas decisiones de carácter judicial deben cumplirse y de manera inmediata, pues parten de la comprobación de una vulneración de un derecho fundamental, por lo que su incumplimiento genera mayores rupturas y profundiza el inconformismo y la desconfianza.

Sobre las certificaciones

Es evidente que existen problemas e inconsistencias jurídicas en las certificaciones emitidas por la DCP del MinInterior. Tanto los pueblos como las entidades públicas y privadas interesadas en el desarrollo de los proyectos, plantean la necesidad de que se aclaren nociones básicas sobre la validez y la vigencia de los actos administrativos de certificación y sobre la posibilidad o no de certificar nuevos grupos étnicos que no se hayan tenido en cuenta o que se hayan conformado a raíz de la llegada del proyecto.

Al respecto la jurisprudencia ha indicado que los pueblos tienen derecho a la Consulta Previa aunque no estén constituidos bajo las formas legalmente establecidas para su reconocimiento oficial, pero ha reconocido que esas formas facilitan la prueba de su existencia ante la administración. Las autoridades deben hacer caso de los avisos de comunidades legalmente constituidas y no pueden ignorar de plano las reivindicaciones de las que no lo están.

Los protocolos internos de certificación que ha diseñado el MinInterior, recogen las diversas posibilidades de organización en que puede encontrarse un pueblo étnicamente diferenciado, aunque es cierto que estas realidades no siempre pueden percibirse a tiempo porque no todas las veces se hacen visitas de verificación. Pero si se activa ese mecanismo cuando las comunidades alertan al Estado de su presencia, o en casos en que las Empresas cumplen con su obligación de notificar a MinInterior si encuentran alguna comunidad que éste no certificó, adquirirían un valor importante y evitarían dilaciones injustificadas en el tiempo.

También la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 establece en ese sentido la inclusión y visibilización de los criterios jurisprudenciales como guía para la expedición de certificaciones, garantizando, en mayor medida, la estabilidad jurídica de esos actos administrativos y la vigencia de la seguridad jurídica en torno a la afectación de un determinado grupo étnico respecto del POA. De otra parte, el deber de incluir en la certificación un listado actualizado de los representantes legítimos de las comunidades podría ser útil para resolver los casos en que un cambio de líderes políticos ponga en vilo la legitimidad de lo decidido.

Conviene llenar los vacíos que aún persisten en aspectos como la oportunidad en que el ANLA adopta la definición del área de influencia de un determinado POA, el plazo con que cuenta para ello, y quién es competente para determinar esa área cuando el proyecto no necesita licencia ambiental. Pero es importante anotar que, con los años, las Empresas han ido comprendiendo la magnitud de su responsabilidad, y la gran mayoría de las veces la noticia de presencia de una comunidad que no fue incluida en una certificación, llega por la vía de un aviso de la entidad interesada en adelantar el proyecto.

En ese sentido, el Decreto 2613 de 2013, al crear el Protocolo de Coordinación Interinstitucional, procura mejorar el flujo de información entre entidades competentes para la expedición de certificaciones de presencia de comunidades étnicas.

En todo caso, y tal vez aquí se encuentra la peor dificultad, la seguridad jurídica respecto de lo certificado por el MinInterior, será mayor cuanto más breve sea el tiempo que tarden las entidades competentes en iniciar la respectiva Consulta Previa.

Sobre la adecuación institucional

Esa circunstancia que se anotó antes, referente a la debilidad institucional de la DCP del Ministerio por su precariedad de recursos y ausencia de personal propio y estable, más que una disculpa que libere al Gobierno de implementar las reglas jurisprudenciales, debería ser considerada como una de las principales causas de los problemas en la gestión de la Consulta y, en esa medida, uno de los retos más importantes.

En efecto, la primera y más urgente tarea gubernamental es la adecuación institucional. Este reto supone dar a la DCP un presupuesto propio, acorde con la demanda pública y privada. De otra parte, es evidente que las entidades del Estado no se encuentran preparadas para asumir un proceso de relacionamiento con comunidades étnicas, y que su conocimiento sobre la Consulta Previa es bastante incipiente.

El Estado debe garantizar que su personal sea idóneo y que haya recibido un nivel aceptable de capacitación que garantice una mínima diligencia en la coordinación y gestión de estos procesos. Para que esta intervención sea una verdadera garantía, la procuraduría, la defensoría del pueblo, la Dirección de Comunidades Negras y la Dirección de Asuntos Indígenas del MinInterior, deben fortalecerse en la materia.

Pero además, la Dirección de Comunidades Negras del MinInterior debe concertar con los pueblos, unos parámetros de actuación para asuntos referentes a la identificación de pueblos negros, teniendo en cuenta los requisitos legales y jurisprudenciales y las diferencias entre las estructuras organizativas originarias y las legales, que han generado tantos inconvenientes de representatividad y, por consiguiente, de comunicación con las entidades públicas.

Sobre los asesores

Las solicitudes de asesores por parte de una comunidad dentro de un proceso de Consulta Previa son válidas atendiendo la naturaleza y el tipo de proyecto que se pretenda realizar. El apoyo de asesores es esencial para equilibrar la disparidad de posiciones entre las empresas y las comunidades, y buscan principalmente que la Consulta Previa se de en términos de igualdad y transparencia. Por esta razón, el Estado y las empresas deben prever que si se encuentran dispuestos a desarrollar un proyecto de gran complejidad deben hacer entendible a los grupos étnicos la información técnica y los estudios que ejecutan para implementar dicho proyecto. A su vez, las comunidades deben comprender que el apoyo de los asesores no supone una autorización para suplantar a los representantes legítimos de las comunidades ni a sus autoridades ancestrales.

Sobre el manejo económico

A través de los resultados que presentó el modelo presupuestal empleado en el análisis económico de los casos bajo estudio, se estima que en promedio la demora de un proceso de Consulta Previa, es de 64 meses aproximadamente, esto le puede generar un sobrecosto aproximado a un proyecto de \$1,430 millones de pesos mensuales, incluyendo costos implícitos y explícitos, sin importar el tipo o naturaleza del proyecto. Lo anterior debe verse en contraste con las cifras que maneja la DCP del MinInterior, el cual afirma que, en promedio, los procesos de Consulta Previa tienen una demora de 8 meses.

De acuerdo con los cálculos efectuados, el Estado incurrió en un gasto adicional, en promedio por mes y por proyecto de 13 millones de pesos.

Existen unos costos inherentes a la logística alrededor de la puesta en marcha de los procesos de Consulta Previa. Sin embargo, se evidencia en algunos procesos el costo adicional generado por los condicionamientos efectuados por terceros que intervienen en los procesos de Consulta Previa.

Por lo tanto, se evidencia que en los casos donde se presenta esta modalidad de contratación son los que padecen mayores demoras por agentes externos a los procesos de Consulta Previa, pues a pesar de que el pago de los valores exigidos por las comunidades se dan por decisiones económicamente razonables – respecto a los altos costos de oportunidad que generan las demoras en los procesos- es también cierto que la entrega de dinero genera problemas internos en las comunidades que pueden desencadenar futuras dilaciones en materia de representatividad.

Por lo tanto, la decisión de aceptar como condición el giro de recursos o contraprestaciones económicas exigidas por asesores inescrupulosos y agentes externos, si bien podría ser económicamente razonable, a la postre genera inconvenientes que pueden afectar seriamente la continuidad de los procesos.

En promedio, mensualmente los costos en que incurre el Estado se incrementan en \$4.2 millones de pesos mensuales en razón a las dilaciones extraordinarias en los procesos. En principio parece una cifra pequeña, pero teniendo en cuenta el promedio de demora de los procesos de Consulta Previa analizados, esto es, 64 meses, se tiene entonces que el Estado, en tiquetes y viáticos, puede gastar \$268 millones de pesos adicionales por proceso.

Relación entre la generación de confianza y los costos del proceso

Después de revisar los procesos estudiados, encontramos un comportamiento común que nos llamó la atención poderosamente. Se trata de una especie de "retoma del poder" por parte de las comunidades, después de que el Estado intensifica notablemente su esfuerzo institucional para activar o reactivar un proceso de consulta que está congelado por dificultades en la relación con las comunidades. En todos los casos, sin excepción, el incremento del esfuerzo institucional genera resultados favorables y los procesos recuperan o adquieren por primera vez un ritmo aceptable para todas las partes. Pero luego, los pueblos reacom-

dan los escenarios de poder frente al Estado, en gran parte porque estos procesos son ajenos a la lógica de la mayoría de los pueblos y generan suspicacias internas o crean ambientes enrarecidos que terminan por romper la unidad de los líderes, lo que, al final dispara las sospechas en las bases acerca de los beneficios reales de esos procesos y de la buena fe con que el Estado se acerca a ellos, temiendo siempre que la pretensión última sea debilitarlos.

Dado que esas relaciones son justamente las que quedan al desnudo en medio de los procesos de Consulta Previa una vez son desbloqueados por gestiones Institucionales, quienes no han estado cerca del proceso de desbloqueo desconfían y suelen llamar a la memoria para recordar a todos que se trata de un Estado que sólo se acerca ahora por un interés ajeno al bienestar cultural del pueblo y en todo caso sin ánimo de reparar las deudas históricas que han definido las tensiones Pueblos – Instituciones tradicionalmente. Ese llamado a la memoria, algunas veces es apropiado por agentes externos interesados en apoderarse del proceso haciendo que la comunidad se sienta en riesgo para generarle necesidades de acompañamiento.

Las autoridades habrán de vigilar este tipo de reacciones para no confundir las respuestas. El Estado debe utilizar todos los mecanismos para disciplinar la falta de transparencia de esos sujetos extraños. Y las Instituciones deben ofrecer la intervención que la comunidad considere oportuna para acercar a las partes, o para resolver las dudas, o para generar espacios de negociación que distensionen la relación y recuperen la confianza que se había reparado.

Algunos rasgos naturales del proceso de consulta

Sobre los tiempos

El Estado y las empresas ejecutoras de los proyectos deben comprender que los procesos de Consulta Previa dependen de las dinámicas y tiempos propios de las comunidades étnicas, por lo tanto estos tiempos deben respetarse y deben ser tenidos en cuenta de manera amplia dentro de los cronogramas de trabajo y la planeación propia de los proyectos.

Fracturas internas

También es importante entender que los proyectos generan expectativas en las comunidades y por tanto existe una alta posibilidad de que se presenten conflictos internos. Estas fracturas son normales teniendo en cuenta que cultural y tradicionalmente, los pueblos no están preparados para gestionar la expectativa a veces positiva, otras veces negativa, y siempre colectiva de un repentino cambio en las condiciones de vida. Sin duda, estos incidentes demandan de las comunidades y sus líderes períodos de tiempo suficientes para reparar la cohesión del pueblo. Ese tipo de demoras deben entenderse como elementos normales dentro de los procesos.

Es importante que se prevean actuaciones de facilitación y negociación de tiempos en los casos en que los pueblos necesiten resolver asuntos internos antes de volver a acudir a la consulta o de hacerlo por primera vez. Esta última previsión obedece a la conciencia del gobierno acerca de la frecuencia y legitimidad de estos eventos.

Sobre la unidad de sujetos

Dado que en los procesos de consulta es esencial la claridad en la información y en la imputabilidad de las responsabilidades, el esquema organizativo de las empresas debe ser claro y fácilmente comprensible por las comunidades, no debe olvidarse que la tradición oral de la mayoría de los pueblos negros e indígenas, supone que las relaciones son siempre directas y que quien habla es necesariamente el responsable de sus compromisos.

Así, comprender las figuras organizativas y asociativas entre empresas no es fácil, por lo que debe haber una sola cabeza visible ante las comunidades, para que ellas puedan asumir sin confusiones quién es el responsable y con quien deben sentarse a dialogar.

En ese mismo sentido, las entidades responsables de los proyectos y las empresas ejecutoras deben actuar de manera conjunta y coordinada, con el fin de garantizar un proceso consultivo integral que responda a las expectativas de las comunidades, permitiendo un desarrollo del proceso mucho más fluido.

Sobre sistemas de publicidad del proceso

Se sugiere, como mecanismo de control y transparencia, la creación de un sistema público de gestión de los procesos de Consulta Previa, de tal forma que todo ciudadano tenga la posibilidad de consultar los diversos procesos de Consulta Previa que se desarrollan en el país, el estado actual de los mismos y los inconvenientes que se han presentado dentro de su desarrollo.

ALERTAS SOBRE ASUNTOS PENDIENTES DEL ESTADO

Si bien este estudio tiene como finalidad primordial formular recomendaciones al sector privado, lo cierto es que su capacidad de incidencia sobre las decisiones de los *policy makers* justifica la decisión de presentar sistematizada una lista de asuntos pendientes, en cabeza del Estado, de cuya resolución depende el mejor funcionamiento de la institucionalidad, el fortalecimiento de las garantías del derecho y el aumento de facilidades de planeación de las empresas.

* Es recomendable que el Estado, adopte los criterios jurisprudenciales como guía para la expedición de certificaciones. Además, estos actos administrativos deben incluir un listado actualizado de los representantes legítimos de las comunidades para resolver los casos en que un cambio de líderes políticos ponga en vilo la legitimidad de lo decidido.

* Es necesario que el Estado establezca la oportunidad, el plazo y el competente para determinar el área de influencia de un POA, cuando no se necesita licencia ambiental. Además, la ANLA, debería ser obligado a participar durante todo el proceso de Consulta Previa para el caso de los proyectos que se encuentran en zonas de especial importancia ecológica y social.

* El Estado debe procurar garantizar que sus funcionarios conozcan profunda y ade-

cuadramente los temas sobre la Consulta Previa para que asuman un proceso de relacionamiento con comunidades étnicas que alimente la confianza hacia las gestiones estatales y se eviten graves errores en la dirección, coordinación, acompañamiento y supervisión institucional.

* La adopción y destinación de recursos presupuestales para fortalecer institucionalmente a las entidades y dependencias involucradas en el desarrollo de los procesos de Consulta Previa (DCP del MinInterior, ANLA, Ministerio Público) se torna en una inversión necesaria e inevitable para resolver los problemas institucionales de celeridad, oportunidad, atención y gestión de las Consultas.

* Si bien la anterior recomendación generaría un avance importante en la solución de los retos de adecuación institucional del Estado, para conseguir un avance definitivo sería necesario que la DCP se convierta en una agencia con relativa libertad presupuestaria y una dotación de recursos propios.

* Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, los pueblos tienen derecho a que el Ministerio Público esté presente en el proceso. Para que esta intervención sea una verdadera garantía, la procuraduría y la defensoría del pueblo deben fortalecerse en la materia.

* Igualmente, el Estado debería fortalecer a las dependencias o entidades que se ven involucradas en los procesos de Consulta Previa, con el fin de contar con un mayor personal que les permita acudir, de manera expedita, a gestionar soluciones para los conflictos internos que se generan en las consultas previas.

* Además, el fortalecimiento de la Dirección de Comunidades Negras del MinInterior debe dirigirse a concertar con los pueblos unos parámetros de actuación para asuntos referentes a la identificación de pueblos negros.

* Sería conveniente promover una discusión con las organizaciones de base sobre la actualización de la ley 70 de 1993 y la jurisprudencia de la Corte en materia de formalización y flexibilización de las formas de organización de los pueblos negros.

* Por último y en concordancia con el artículo 40 de la Ley 1682 de 2013, se presenta un reto presupuestal trascendental para el Estado, en la medida en que a partir del 2016 debe adelantar los procesos de Consulta Previa en las etapas de formulación y planificación de los proyectos de infraestructura. Por lo tanto deberá contar con un sustento presupuestal suficiente destinado para cubrir los gastos de logística y el pago de asesores idóneos y pertinentes, en concordancia con lo expuesto.

UTILIDAD DE ESTE ESTUDIO DE CARA A UNA FUTURA LEY ESTATUTARIA

Como se ha visto a lo largo de la presente investigación, el desarrollo de la Consulta Previa tanto como derecho sustancial como proceso en sí mismo, ha tenido una evolución constante desde el momento de suscripción del Convenio 169 de la OIT por parte del Estado colombiano.

En efecto, las disposiciones normativas sobre el tema son pocas, lo que genera constante inseguridad jurídica para los ejecutores de POA, y para las comunidades quienes naturalmente buscan estas referencias normativas para comprender el objeto, los alcances, las obligaciones e implicaciones de todo tipo al ejecutar este tipo de procesos.

Como se ha visto, la multiplicidad de interrogantes jurídicos que se presentan en cada uno de los procesos es proporcional a la diversidad étnica y cultural que se presenta en los distintos grupos étnicos del país. Sin embargo las reglas y subreglas que ha ido trazando la Corte Constitucional, caso a caso, conforman un bloque casi completo de elementos que componen el objeto y contenido del Derecho, sus alcances; así como las guías acerca de las posibles soluciones de ponderación en casos concretos de tensión o colisión con otros derechos en asuntos tan importantes que han terminado por reflejar las preocupaciones preponderantes de los sectores privados y del Estado en la materia.

La sistematización de esas reglas es la primera y más esencial parte de cualquier ejercicio legislativo con el que se pretenda regular el Derecho a la Consulta Previa. La necesidad de esa norma es evidente, y la propia Corte Constitucional ha conminado al Gobierno a presentar un proyecto con ese fin. Por eso, el análisis completo, lógico y sistemático que se presenta aquí es el insumo perfecto para empezar a discutir un texto sobre consultas previas, al menos en lo que a obras, proyectos y actividades en territorios étnicos se refiere.

DIAGNÓSTICO JURISPRUDENCIAL

Los problemas identificados en los 5 casos de estudio y mencionados líneas arriba, tienen un reflejo interesante en los problemas jurídicos más relevantes que ha resuelto la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Dado que el ejercicio y las formas de garantía del derecho a la Consulta Previa no han sido reglamentados de manera integral, en una norma que formal y materialmente cumpla los estándares internacionales y domésticos de protección de ese derecho, la sistematización de la jurisprudencia constitucional y su lectura integral y sólida, es en sí mismo un ejercicio de diagnóstico que registra análisis jurídicos sobre las conductas empresariales o de los pueblos, y sobre las estrategias de actuación o errores por omisión de las instituciones estatales.

A continuación se presenta un breve resumen de los espejos jurisprudenciales formulados, los cuales puedes consultarse en su totalidad en el informe final.

[FALSA TENSION ENTRE INTERES GENERAL Y DERECHO DE LAS COMUNIDADES]

¿Existe en el marco del desarrollo sostenible una tensión entre interés general y derechos de los pueblos indígenas y tribales que debe resolverse en favor de las mayorías?

Sí

sí existe una tensión que debe resolverse teniendo en cuenta de un lado la amplitud de los intereses representados en el modelo de desarrollo occidental, y de otro lado la posibilidad de limitar los derechos étnicos.

Debe reconocerse la necesidad de que los intereses de las comunidades cedan mediante modelos de compensación de daños

T-652 de 1998
SU- 383 de 2003

T-693 de 2011

No

no existe tal tensión porque el interés general integra la protección del derecho a la pervivencia de los pueblos indígenas y tribales.

La figura del interés general se construye con el equilibrio entre el desarrollo propio de un modelo capitalista y la protección de las comunidades étnicas que garantiza su sostenibilidad

T-428 de 1992
T-380 de 1993

SU-039 de 1997

T-955 de 2003

T-880 de 2006

T-769 de 2009

T-547 de 2010

T-745 de 2010

T-1045A de 2010

T-129 de 2011

T-698 de 2011

T-376 de 2012

T-693 de 2012

T-933 de 2012

De esta línea jurisprudencial pueden derivarse algunas conclusiones puntuales que resultan muy útiles a la hora de entender el escenario actual de la Consulta Previa y su relación con el interés general. Esas conclusiones podrían resumirse puntualmente como sigue:

- a) **No existe una tensión irresoluble**, ni siquiera blanda, entre interés general y derechos de los pueblos indígenas y tribales.
- b) **El interés general**, que ha dejado de ser una entidad identificable *a priori* y en abstracto para todos los casos, integra la protección del derecho a la pervivencia de los pueblos indígenas y tribales como parte de un objeto deseado por la generalidad de los ciudadanos, que es el desarrollo ecológico y culturalmente sostenible.
- c) **La función pública**, que está al servicio del interés general, debe identificar cuáles son los elementos que componen este último en cada asunto, y adecuar la aplicación del derecho para que efectivamente esté a su servicio.
- d) **En los asuntos relativos a los proyectos o planes de desarrollo con capacidad de generar impactos sobre derechos de comunidades étnicas**, el interés general debe incluir la protección específica de esos derechos, que sólo se identifica después de la Consulta Previa, pues es en ese espacio que se definen los significados de los elementos o bienes que compromete el proyecto y de los impactos que podrían afectarlos.
- e) **Cualquier decisión pública que autorice proyectos de esa naturaleza**, debe ser adoptada después de que se haya conformado el interés general, para que su contenido pueda integrar, si corresponde, las fórmulas pluralistas que responden a su objeto.
- f) **Cuando la decisión pública se deba adoptar en el contexto de un proyecto que debería ser sometido al consentimiento de los pueblos**, al margen de que se alcance el consentimiento, ella debe adoptarse siempre observando rigurosamente el principio *pro homine*.

[FLEXIBILIZACIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS]

¿ El derecho a la consulta previa protege derechos de sujetos étnicos solo cuando ellos estén organizados bajo las formas elegidas por el legislador ?

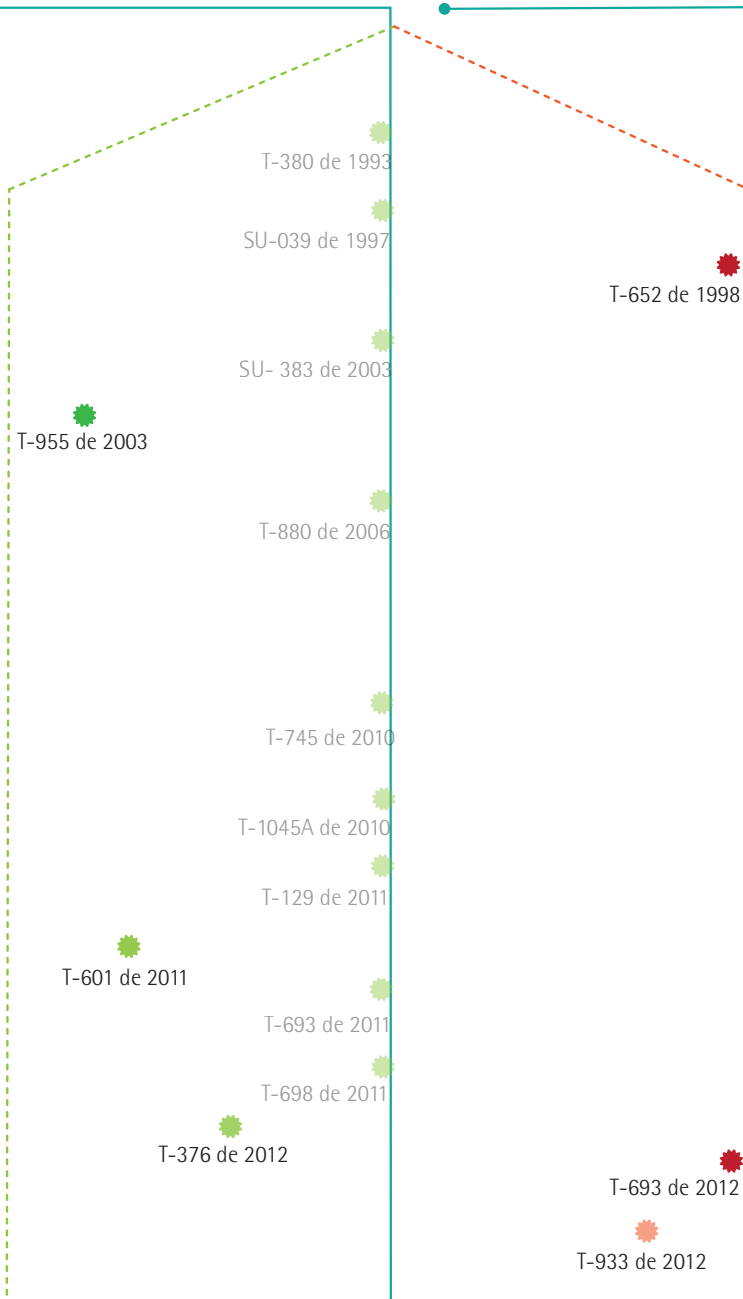
SÍ

Las formas de organización elegida por el legislador (consejos comunitarios y resguardos cabildos o parcialidades indígenas) aseguran el relacionamiento entre pueblos indígenas y tribales y el resto del estado, y son las personas jurídicas que representan la titularidad de los derechos y que deben ser consideradas por las autoridades estatales siempre que esas comunidades requieran ejercer sus derechos o acceder a sus garantías.

Debe reconocerse la necesidad de que los intereses de las comunidades cedan mediante modelos de compensación de daños

No

Esas formas jurídicas no son constitutivas de un pueblo étnico. Éste existe independientemente de que haya adoptado esas formas de organización y de que el Estado lo haya reconocido. El reconocimiento oficial sólo facilita la prueba ante las autoridades administrativas y judiciales, pero su ausencia no supone la inexistencia del pueblo



En resumen, la construcción jurisprudencial y normativa del sujeto étnico con derecho a la Consulta Previa, arroja una serie de criterios estables que deben ser tenidos en cuenta:

- a) El Consejo Comunitario y su presidente, y los cabildos y sus gobernadores, son las formas elegidas por el legislador para representar y reconocer la identidad cultural de los pueblos negros e indígenas, y operan como prueba que obliga sin dubitación alguna al Estado a reconocer los derechos constitucionales a las comunidades negras e indígenas organizadas bajo esas figuras.
- b) Sin embargo, la existencia de las comunidades étnicas no depende de un reconocimiento oficial, por lo que una comunidad no organizada bajo la figura de consejo comunitario o de cabildo, en la que concurren los requisitos objetivos y subjetivos para ser reconocida como comunidad negra o indígena, puede reivindicar sus derechos frente a decisiones estatales que la afecten. En esos casos, las autoridades podrían verificar la concurrencia de las condiciones fácticas que constituyen al sujeto étnico, observando la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales, y proceder a garantizar sus derechos cuando así corresponda. Este estándar de protección, libre de formalidades organizativas, pone al gobierno nacional frente al reto de acordar con los pueblos, nuevas fórmulas para identificar las comunidades étnicas. Mantener las formas de relacionamiento entre los sujetos colectivos étnicos y el Estado en un nivel de flexibilidad tan alto puede llevar al traste el sistema de protección de derechos diferenciados.

De hecho, por razones cercanas a las recién expuestas, la Comisión Especial para la redacción de la Ley 70 de 1993 no se opuso a la figura de los Consejos Comunitarios, pues reconoció su valor como vía de relacionamiento y catalizador de los mecanismos de protección. Sin embargo, también es cierto que la figura jurídica del consejo comunitario no responde a todas las formas ancestrales de organización, como se ha demostrado también en el caso de los resguardos - Ver por ejemplo el caso de los Embera Katío del Alto Sinú, Sentencia T - 652 de 1998- y sus autoridades legalmente reconocidas.

Tal vez es el momento de concertar con los pueblos, formas estables pero culturalmente adecuadas que permitan al Estado brindar seguridad en cuanto a la activación de protocolos de protección de derechos y al reconocimiento general de garantías para su integridad e identidad social, cultural y física.

[ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DE DERECHOS ÉTNICO TERRITORIALES]

¿ La consulta previa protege primordialmente derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales siempre que cuenten con titulación colectiva?

SÍ

la territorialidad de pueblos indígenas y tribales es protegida por la Constitución mediante el reconocimiento de la propiedad colectiva

En ese sentido, son los impactos sobre esa propiedad los que activan el deber de consulta previa

T-380 de 1993
SU-039 de 1997

T-955 de 2003

T-652 de 1998

SU-383 de 2003

T-880 de 2006

T-693 de 2011

T-698 de 2011

No

La territorialidad incluye territorios no titulados, e incluso territorios no habitados permanente y exclusivamente por los pueblos indígenas y tribales pero a los que hayan tenido acceso tradicionalmente para sus prácticas ancestrales. La ocupación ancestral de las tierras es lo que da origen al derecho de propiedad colectiva. Ese derecho existe aún sin reconocimiento oficial y el Estado está obligado a protegerlo.

En resumen, de acuerdo con esta línea jurisprudencia, la territorialidad étnica, es decir la relación de los pueblos étnicamente diferenciados con sus territorios, incluye las tierras que habitan de forma permanente, así como aquellas que no ocupan de forma constante ni exclusiva pero a las que han tenido acceso tradicionalmente para sus prácticas ancestrales (culturales, de subsistencias o funcionales). Adicionalmente, la posesión ancestral de las tierras por parte de las comunidades étnicas, genera un derecho de propiedad colectiva que debe ser reconocido estatalmente, pues no hacerlo constituye una violación del derecho.

El derecho a la propiedad colectiva, entonces, no se constituye con la declaración oficial del mismo, ni con su reconocimiento mediante la titulación, por lo que la ausencia de título no supone inexistencia del derecho. Esto supone que, en principio, el Estado debe proteger y garantizar todas las potestades derivadas de un título colectivo en cabeza de comunidades negras o de un resguardo de un pueblo indígena. Pero además, debe responder a las exigencias de garantía de ese derecho en favor de comunidades que ancestralmente hayan ocupado un territorio.

El alcance, naturaleza, contenido y nivel del estándar de protección del derecho al territorio colectivo, o de la territorialidad étnica, convoca a todos los actores interesados, especialmente al Estado y a las autoridades étnicas, a concertar una metodología para realizar un ejercicio completo de cartografía étnica que incluya sus hábitats ocupados, titulados y extendidos.

[INTERLOCUTORES VÁLIDOS PARA LA CORRECTA CELEBRACIÓN DE UNA CONSULTA PREVIA]

¿Dado que la consulta previa debe proteger la autodeterminación de los pueblos, el gobierno debe adelantarla con cualquier sujeto que diga representarlos para no vulnerar su autonomía ?

Sí

El principio de autonomía de los pueblos imposibilita la verificación de cuestiones de representación y por eso el gobierno debe dialogar con cualquier sujeto que diga representar los intereses del pueblo afectado



No

La consulta previa debe garantizar la participación directa sin interferencias extrañas, y debe asegurar que ella es el furto de un proceso interno de los pueblos que fortalece sus iniciativas y estructuras organizativas propias.

SU-039 de 1997

T-652 de 1998

T-955 de 2003

T-769 de 2009

T-547 de 2010

T-745 de 2010

T-1045A de 2010

T-376 de 2012

En conclusión, respecto de los sujetos con los que se debe realizar de forma válida una Consulta Previa, las pautas jurisprudenciales son las siguientes:

Dado que la Consulta Previa debe ser un proceso interno de los pueblos, el Convenio 169 de la OIT protege justamente su derecho a hablar por sí mismos. De igual manera, teniendo en cuenta que los Gobiernos están obligados a garantizar su participación directa y sin intermediarios externos, los interlocutores en la Consulta Previa deben ser sujetos de la propia comunidad, con capacidad de representar a su pueblo, de hablar por él y de tomar decisiones sobre sus destinos, de acuerdo con autorizaciones de su derecho propio, de sus autoridades ancestrales o del colectivo más amplio legitimado para tal delegación².

En esa medida, además de los representantes legítimos definidos en las normas de la República, el gobierno y los terceros deberán respetar la representatividad de aquellos sujetos que hayan sido designados por las autoridades ancestrales o por los consejos comunitarios en pleno.

Ningún otro agente podría ser reconocido como vocero realmente representativo de las comunidades, pues permitir la intromisión de terceros ajenos a las comunidades constituye una violación seria del principio de autonomía, y del derecho que tienen los pueblos a que la Consulta Previa sea fruto de un proceso interno que termine fortaleciendo sus estructuras e iniciativas propias.

Sin duda, el abandono o desconocimiento de los pueblos por parte del Estado, los hace vulnerables ante las estrategias de agentes externos que los utilizan para fines lucrativos y que intervienen en las consultas apoderándose de la palabra de la comunidad sin haber sido autorizados por las autoridades ancestrales o los órganos comunitarios más amplios que son los únicos que podrían decidir que un sujeto tiene la capacidad de decidir sobre los destinos de todos.

.....
2 En el caso de los pueblos negros sería la Asamblea Comunitaria, en el caso de los indígenas es dudoso que exista una instancia así, pero podría ser el colectivo de autoridades del cabildo siempre que cuente con la aprobación de las autoridades ancestrales

2

**Diagnóstico sobre cuellos de botella
en materia de consulta previa para el
sector de infraestructura y protocolo
de prácticas recomendables**

DIAGNÓSTICO SOBRE CUELLOS DE BOTELLA
EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA PARA
EL SECTOR DE INFRAESTRUCTURA Y PROTOCOLO
DE PRÁCTICAS RECOMENDABLES³

** Investigadora principal*

Diana María Ocampo Duque

** Investigadores*

Sebastián Agudelo

Este capítulo tiene dos objetivos principales, en primer lugar, presentar un diagnóstico sobre los principales cuellos de botella que enfrenta el sector de la Infraestructura en materia de Consulta Previa y, en segundo lugar, proponer un protocolo de prácticas recomendables para el sector privado que permita optimizar los procesos de consulta en favor de todos los actores que intervienen.

Consideraciones previas

El contenido de este capítulo tiene entre sus premisas fundamentales un escenario desprovisto de una ley estatutaria, que desarrolle las condiciones de un procedimiento de Consulta Previa, frente al cual es preciso plantear estrategias que permitan llenar algunos vacíos e, incluso, asumir ciertas tareas que se hacen necesarias si se quiere adelantar un proceso informado y objetivo, pero que aunque indudablemente corresponden al Estado, están desatendidas y se han trasladado al sector privado en los procesos de consulta con comunidades étnicas.

De la misma manera, inclusive ante posibles discusiones sobre la solicitud de retiro del Convenio 169 de la OIT por el estado colombiano, el presente trabajo tiene en cuenta que a la luz del artículo 39 numeral 2º del mencionado convenio, la denuncia sólo podría hacerse al cumplirse un nuevo periodo de diez (10) años de su entrada en vigor, esto es, en el año 2021, para que este cese sus efectos a partir de 2022.

DIAGNÓSTICO DE CUELLOS DE BOTELLA

Esta sección se ha encaminado hacia la identificación de los principales obstáculos que actualmente se evidencian en los procesos de Consulta Previa del sector de Infraestructura. Además de contextualizar cada uno de los cuellos de botella, estos se analizan a la luz de los nuevos instrumentos normativos en esta materia⁴. Ello se hará sin perder de vista tres limitantes importantes de la Directiva: 1) no es estrictamente vinculante para las comunidades; 2) per sé no obliga el refuerzo institucional requerido para que el Estado asuma el rol asignado con la nueva claridad de sus alcances y; 3) debido a su reciente expedición resulta imposible anticipar los pormenores de su aplicación y, aún más, su efectividad durante un proceso contencioso.

1. Falta una Ley Estatutaria sobre Consulta Previa.

Problematización

En efecto, no existe un instrumento normativo con fuerza de ley que se ocupe exclusivamente de detallar aspectos sumamente importantes de los procesos de consulta. Pese a ello, debe reconocerse que la jurisprudencia constitucional ha ido llenando algunos vacíos importantes sobre criterios y lineamientos mínimos para efectuar la consulta y que además, ha sido consistente y sistemática al respecto.

De acuerdo al análisis de los casos y las líneas jurisprudenciales correspondientes, podría afirmarse que sobre la consulta se ofrecen claridades importantes, como por ejemplo la inexistencia de tensión entre el interés general y los derechos de las comunidades – para ampliar más sobre el tema, revisar el informe final-. Sin embargo, la práctica también demuestra que la textura abierta como se plantean algunas de esas claridades, implica para las empresas, en algunas ocasiones, dificultades en su accionar. De la misma manera, asociados a los vacíos legales o reglamentarios, aparecen la latente posibilidad de variación de la jurisprudencia, así como la implementación de nuevas políticas estatales o los posibles cambios de concepción o de interpretación al interior de los organismos del Estado encargados de liderar los procesos de Consulta Previa, que constituyen incertidumbres de peso para la inversión del sector privado.

Nuevos instrumentos normativos

La Directiva sienta posiciones sobre ciertos aspectos difíciles, como por ejemplo, la inasistencia injustificada de las comunidades a las convocatorias oficiales, asimismo, es clara y detallada sobre las etapas que deben constituir un proceso de Consulta Previa y el rol de la Dirección de Consulta como principal responsable del proceso. Por su parte, el decreto, no

solo exige el acompañamiento de la autoridad ambiental desde los talleres de identificación de impactos, buscando mayor rigor y coherencia para los procesos de licenciamiento, sino que busca una articulación institucional para agilizar y mejorar el proceso.

Por otra parte, la aplicación del protocolo interno de certificaciones que construyó el MinInterior, y especialmente la realización de las visitas de verificación, genera ciertas claridades para el proceso de consulta, que de alguna manera blindan a la empresa ante eventuales reclamaciones.

2. Débil intervención estatal

Problematización

Nunca se ha tenido claridad respecto al alcance de la participación de los funcionarios de la DCP del MinInterior - DCP en el proceso, es decir, si su función es ser garantes, amigables componedores, árbitros u otra; además, las empresas entrevistadas reclaman por la poca capacitación de algunos para ejercer las labores que se les asignan, y sobre todo, les preocupa la falta de continuidad en el personal, la poca comunicación institucional, la falta de intervención en los conflictos internos que generan las consultas y los presupuestos limitados.

Todo lo anterior ha implicado cargar al contratista de obras de infraestructura con actividades que exceden su alcance, sin considerar que los proyectos son apuestas de desarrollo directo del Estado, que él mismo debería legitimar y concertar previamente.

Por su parte, tal como se dejó sentado en el análisis de los casos, se observa que las empresas del sector de infraestructura también son partícipes de la problemática, especialmente cuando asumen en el marco de la Consulta Previa, compromisos que son propios de la función pública del Estado, que en nada se relacionan con los impactos de los proyectos y sus medidas de manejo.

Nuevos instrumentos normativos

La ley de infraestructura en sus artículos 39 y 40, reporta avances importantes en lo que concierne a la entrega al concesionario de los proyectos de propuestas consultadas con las comunidades y la claridad en cuanto a la responsabilidad de la entidad contratante sobre los compromisos que se adquieran con las comunidades.

Uno de los propósitos de la Directiva consiste en facilitar una comunicación y coordinación institucional más efectiva al señalar una etapa de coordinación en la que se convoquen las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el POA. Además esta señala con claridad que la DCP debe ejercer un papel activo en todos los momentos de la consulta y los deberes de otras entidades estatales como ANLA.

Debido al alcance de la Directiva, esta no aborda temas críticos tales como la continuidad del personal, su capacitación, ni factores presupuestales que deben estimarse como fundamentales a la hora de explicar la limitada presencia estatal que se vive actualmente en el contexto de la Consulta Previa.

3. Costos escalados

Problematización

El análisis económico realizado en los casos analizados en esta investigación se encontró que la demora de los procesos de Consulta Previa de alta complejidad puede ser en algunos casos hasta de 64 meses aproximadamente. En alguno de los casos estudiados se calcularon sobrecostos mensuales de hasta \$1.430 millones de pesos mensuales, incluyendo costos implícitos o explícitos; en contraste, la DCP da razón un término promedio de 8 meses para los procesos. Pese a lo anterior, de los estudios realizados se pudo conocer que los empresarios presupuestaron aproximadamente \$1.400 millones de pesos para toda la consulta.

También se encontró que los procesos que padecen mayores demoras por agentes externos han sido aquellos en los que las empresas han cedido a presiones de personas inescrupulosas que en escenarios ajenos a la consulta imponen su contratación a altos costos como condición para que la consulta se adelante, que luego generaron problemas internos de representatividad y consecuentes dilaciones. Asimismo, aquellos en los cuales media una orden de tutela para el reconocimiento de la comunidad, con mayores rupturas, inconformismo y desconfianza.

En todo caso, las empresas se quejan de las incertidumbres para formular presupuestos realistas y de tener que soportar las presiones frente a posibles sanciones contractuales, así como los costos de demoras, a su juicio excesivos en muchos casos.

Nuevos instrumentos normativos

La Directiva y el Decreto 2613 de 2013 no logran abordar directamente los costos para los particulares en los procesos de Consulta Previa, sin embargo, las claridades que brinda en cuanto a los pasos y conductas específicas que deben seguirse pueden ser útiles a la hora de realizar el ejercicio estimado de costos y evitar alzas.

4. Falta una cartografía sistematizada sobre comunidades étnicas

Problematización

Aunque existen una buena cantidad de estudios y diagnósticos, el mapa con coordenadas técnicas sobre los grupos étnicos o el Sistema Nacional de Información Georeferenciado sobre minorías del país es una deuda histórica del Estado. Este problema tiene incidencia tanto en los procesos de certificación de presencia de comunidades, como en la identificación de impactos sociales y culturales relacionados con los proyectos.

Nuevos instrumentos normativos

La Directiva, dentro de las etapas incluidas para la Consulta Previa, ha tomado de la jurisprudencia el concepto de afectación directa, lo cual anticipa la ejecución de estudios rigurosos

tanto para el proceso de certificación como para el proceso de identificación de impactos. Igualmente, la Directiva predispone a la DCP a consultar no solo sus bases de datos, sino también aquellas de cartografía geo-referenciada creadas por el MinInterior, el IGAC y el INCODER (Etapa 1, Paso 2). Infortunadamente esta referencia por sí sola no cambia mucho el panorama, dado que no implica la construcción del sistema de información georeferenciado de carácter oficial que se requiere.

5. Validez y permanencia de los acuerdos

Problematización

Es frecuente que preacuerdos alcanzados entre las partes se modifiquen con el paso del tiempo ante el eventual cambio de autoridades o representantes de las comunidades, así como de las políticas empresariales, y que deban darse nuevamente discusiones que se consideraban superadas, con la pérdida de tiempo y dinero que esto implica. En efecto, los preacuerdos no tendrán validez y por lo tanto no pueden considerarse acuerdos hasta tanto la consulta no sea formalmente protocolizada, en presencia de las autoridades legítimamente delegadas para representarlos en dicho escenario.

Nuevos instrumentos normativos

La Directiva Presidencial aclara los casos en los que se requiere obtener consentimiento previo, libre e informado, y además indica que ante la imposibilidad de llegar a acuerdos, no debe protocolizarse ningún documento y tendrá que procederse a convocar una reunión de respuesta inmediata con el propósito de revisar posibilidades de reformulación del proyecto y establecer la fecha de cierre final de la consulta. Además, la Directiva es clara en cuanto a señalar en cabeza de la DCP la responsabilidad de identificar los representantes de los grupos étnicos por consultar.

6. Intervención de terceros asesores con exigencias arbitrarias de honorarios

Problematización

Conforme se evidenció en los estudios de caso, la relativa claridad sobre los interlocutores válidos no ha logrado impactar en la constatada presencia de terceros que actúan o influyen las comunidades en determinados sectores o regiones del país a beneficio propio. Con ocasión de esto, algunas empresas reclaman que ciertas comunidades confunden la solicitud de asesores con una oportunidad para obtener ganancias económicas sin ajustarse a los precios del mercado.

Pese a que en algunos casos la Corte – ver análisis jurisprudencial- ha entendido que conformar un equipo independiente de asesores que estudien toda la información desborda el

mecanismo de la Consulta Previa⁵, también se reconoce que la presencia permanente de asesores en el proceso equilibra las posiciones entre los actores porque fortalece la opinión documentada de los pueblos y les permite formarse sus opiniones con más solidez.

Nuevos instrumentos normativos

La Directiva buscar aportar a la solución del problema cuando señala que la DCP está a cargo de la identificación de los representantes de las comunidades y la garantía de la gestión oportuna de información suficiente.

7. Desconfianza entre las partes

Problematización

Las comunidades son vistas por algunas empresas como opuestas al desarrollo; de igual forma, las primeras se quejan de la poca intención del Estado y de las empresas de hacer procesos de consulta realmente participativos. En los espejos jurisprudenciales se aclara que para la Corte es falaz la arraigada creencia de que existe una tensión entre el interés general y el de los pueblos étnicamente diferenciados. Por lo mismo, la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, y hace un llamado a que se entienda que se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias.

Nuevos instrumentos normativos

Los esfuerzos de claridad procedimental consignados en la Directiva, que recogen la jurisprudencia constitucional en sus postulados tendientes a implementar procesos equilibrados, buscan generar confianza entre las partes.

8. Aparición de «nuevas» comunidades

Problematización

En la revisión de la línea jurisprudencial sobre la flexibilización de las formas jurídicas para reconocer las comunidades, se concluyó que la Corte ha considerado que el reconocimiento estatal de los pueblos indígenas y tribales y de sus relaciones con el territorio, no tiene efectos constitutivos. En efecto, el auto reconocimiento de los pueblos es un derecho basado en sus costumbres y tradiciones, que como cualquier otro en situaciones de abuso puede generar consecuencias indeseables y demandar puntos de control que limiten legítimamente su ejercicio.

5
Auto de 5 de octubre de 2011, Corte Constitucional, seguimiento tutela T-547 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Algunas empresas entrevistadas se quejaron por lo que ellos consideran una conformación amañada y premeditada de algunas comunidades, únicamente con el propósito de beneficiarse del proceso de Consulta Previa.

Este problema está íntimamente ligado a la inexistencia de instrumentos que den razón inequívoca de la existencia de grupos étnicos⁶ en el área de influencia de los proyectos y de las áreas que estos ocupan o utilizan de una u otra manera. En todo caso, es fácil concluir que los particulares tienen importantes cargas jurídicas en este tipo de contextos, como quiera que el desconocimiento de una comunidad, aún con la venia del Estado, se ha visto que termina generando consecuencias negativas, y que eventualmente podría cuestionarse como un incumplimiento de la debida diligencia en los negocios propios.

Nuevos instrumentos normativos

La verificación en campo tal como fue planteada por la Directiva brinda una claridad importante tendiente a reducir este tipo de riesgos. Adicionalmente, se establece que esta también debe analizar si el proyecto involucra actividades que tienen repercusiones directas sobre el 'entorno' o 'hábitat' de la comunidad, en aquellos territorios que no tienen asentamientos permanentes.

9. Falta de criterios para definir las medidas compensatorias

Problematización

En efecto, en el marco de los procesos de consulta no pueden existir fórmulas exactas que permitan presupuestar ex ante las posibles compensaciones que deban implementarse como medidas de manejo por los impactos causados a una comunidad étnica, dado que en virtud del principio de adecuación cultural tal cosa sería impropia. Sin embargo, preocupa por ejemplo que algunas negociaciones con comunidades de un mismo pueblo sobre los mismos impactos han demostrado terminar en compensaciones dispares, atadas únicamente al MAAN –Mejor Alternativa de Acuerdo Negociado– de cada una y a la capacidad de convicción de los intervinientes en el proceso.

Nuevos instrumentos normativos

La Directiva da luces sobre este asunto al establecer explícitamente que las medidas de manejo deben estar encaminadas a prevenir, corregir, mitigar o compensar, y que lo anterior debe estar relacionado de manera proporcional y directa con la afectación que potencialmente generaran los proyectos (Etapa 4, Paso 2). Así, la pista por seguir será siempre la proporcionalidad de la medida de manejo sobre los impactos.

.....
6 Se reconoce que esta es una perspectiva incompleta de cómo operan las identidades desde el punto de vista antropológico.

10. Conflicto armado

Problematización

La dinámica del conflicto armado continúa impactando algunas comunidades, que participan de los procesos y que han llegado a manifestar que su consentimiento ha nacido viciado con ocasión de ello.

Cuando las empresas invierten en Colombia son conscientes de que existe un 'riesgo país'. La Consulta Previa no es ajena al fenómeno de conflicto; que en algunos casos puede afectar el consentimiento de las comunidades que participan de procesos en condiciones desfavorables, de desarraigo y de especial vulnerabilidad con ocasión de la violencia. Así, al implementar proyectos de infraestructura las empresas deben asumir cargas adicionales relacionadas con dicho riesgo, que se traducen en el posible cuestionamiento de los acuerdos que asista a las comunidades consultadas cuando han estado afectadas por la violencia durante el proceso.

Nuevos instrumentos normativos

No existe ninguna mención de este aspecto en los nuevos instrumentos normativos.

PROTOCOLO DE PRÁCTICAS RECOMENDABLES

Consideraciones previas

Es pertinente aclarar que aunque referirse a protocolo de buenas prácticas podría implicar encontrar una serie de repeticiones cuantificables que dieran lugar a considerar un comportamiento como una práctica por su uso continuado, para el presente trabajo el significado dado a dicho sintagma no responde a ningún criterio cuantitativo de repetición sino a la acepción de la Real Academia de la Lengua Española referente al «modo o método que alguien observa en sus operaciones», que de alguna manera se considera recomendable, de cara a la necesidad de adelantar procesos satisfactorios para las partes intervinientes en la Consulta Previa.

Los siguientes postulados constituyen reflexiones generales que bien pueden aplicarse en procesos de Consulta Previa con comunidades de diversa índole, especialmente porque parten del eje angular relativo al reconocimiento del principio de adaptación cultural, esto es, de la necesidad de utilizar en la Consulta Previa «instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la medida» como quiera que respetan los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso, la concepción misma del derecho a la Consulta Previa de cada comunidad particular. (Rodríguez 2014, pág. 43).

Por otra parte, es obligatorio aclarar que los planteamientos que se recogen a continuación en ningún momento pretenden invadir la órbita de la autonomía empresarial, pues además de que reconocen la particularidad cultural de las comunidades en los procesos de Consulta Previa, respetan las particularidades organizacionales que tienen las empresas a cualquier nivel y de cualquier orden y origen. Por lo tanto, la validez y utilidad que cada una de las prácticas incluidas en el siguiente listado tenga para las empresas en particular dependerá de su análisis específico y de su fuero interno, de cara a los procesos que esté adelantando o tenga por adelantar en un futuro.

Dado el alto nivel de complejidad que el sector privado percibe hoy de los procesos de Consulta Previa, las prácticas incluidas en el listado como 'recomendables', están formuladas pensando en constituir el mayor blindaje posible ante escenarios extremos de reclamación o complicación, y en ese sentido, algunas de ellas pueden considerarse en extremo exigentes o concedentes en demasía. Por lo mismo, se incluyen cortos análisis de cada una de las prácticas planteadas, de cara al escenario de tutela.

Finalmente, estos planteamientos reconocen los recientes desarrollos y avances del Estado consignados en la Directiva Presidencial 10 de 2013 y el Decreto de 2613 de 2013 y la necesidad de que estos se apliquen y sean acatados también por el sector privado en lo que le corresponde.

Así las cosas, a continuación se presentarán las prácticas recomendables que se han logrado formular:

[1. Para efectos de solicitar las certificaciones de presencia al MinInterior, considerar el área de influencia del proyecto a partir del análisis previo de los impactos sociales y culturales del proyecto, esto es, entendiéndola como el área que se ve impactada, no reducida al área directamente intervenida.

Pese a que es claro que el Estado debe establecer con precisión y por escrito, el área de influencia de los proyectos, con el propósito de solicitar al MinInterior la certificación de presencia de comunidades, pareciera deseable hacer un ejercicio riguroso a priori a partir del cual se considere de manera amplia un primer borrador de impactos sociales y culturales, que serán revisados por la autoridad ambiental y ajustados, ampliados o validados en el curso de la consulta.

Recordemos que aunque la Directiva Presidencial 10/13 utiliza claramente el término 'área de influencia', la jurisprudencia ha acuñado el concepto de 'área de influencia cultural', que parte de la noción del territorio ampliado de las comunidades étnicas, que en virtud de lo dispuesto en el Convenio 169 cubre las áreas tituladas, habitadas, explotadas y aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales, la cual a su juicio es tan importante como el área de influencia meramente ambiental.

Por otra parte, como se pudo observar de los casos analizados, el desconocimiento del territorio ampliado o de los impactos sociales y culturales que causan los proyectos a comunidades étnicas, desbordados por la lógica ordinaria del área de intervención física, ha generado serios inconvenientes a las empresas que se traducen en el cumplimiento de órdenes de tutela costosas en términos de tiempo y dinero o en procesos de consulta complicados. En

este punto, sin perjuicio de las competencias estatales, se pueden considerar como ayudas la vinculación directa de la academia o de centros de conocimiento u organizaciones de segundo nivel indígenas o afrocolombianas que apoyen la realización de estudios etnográficos particulares y la identificación de posibles impactos.

Lo anterior es concordante con la jurisprudencia constitucional, puesto que a través de un proceso iniciado desde el año 2002 y consolidado en el año 2008, ha establecido en decisiones uniformes que la consulta es procedente si y solo si se acredita afectación directa - ver sentencia C- 030 de 2008-.

Resulta entonces determinante considerar en este punto la amplitud con la que debe ser abarcada la Consulta Previa, y ante todo, ponderar todos los impactos sociales, culturales, físicos y económicos que podrían resultar como consecuencia de cualquier tipo de intervención.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

En sede de tutela esta práctica, siendo previa a la consulta propiamente dicha, debería considerarse positiva por cuanto promueve un ejercicio técnico-social riguroso para una verdadera definición, prevención, corrección, mitigación o compensación de impactos, es decir, toca la esencia del derecho a la Consulta Previa, libre e informada. Además porque no pretende invadir la autonomía y libre determinación de las comunidades.

[2. Facilitar o realizar las gestiones necesarias para que la etapa de preconsulta se inicie formalmente desde la fase más temprana posible de la factibilidad, cuando ya se tenga el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, para escuchar a la comunidad, revisar opciones que permitan evitar o reducir posibles impactos y tener mejor información para calcular los costos del proyecto en términos sociales y culturales.

En la factibilidad, que corresponde aún a la etapa de planeación del proyecto, los acercamientos de la preconsulta, acompañados por la DCP, deben explicarse con el objetivo de recabar información valiosa para plantear estrategias que, de ser posible, eviten intervenciones que afecten directamente la comunidad.

A partir de las conclusiones de los casos de estudio, resulta poco aconsejable realizar acercamientos previos sin la presencia del Estado y del Ministerio Público que puedan confundir a la comunidad y diezmar la necesaria confianza. Sin duda, el respeto de las formas jurídicas establecidas para relacionarse correctamente con estas comunidades termina siendo una garantía importante para todas las partes, pues el apego a ellas es una especie de lenguaje conocido para todos que evita malos entendidos.

Lo anterior es concordante con la línea jurisprudencial analizada en el acápite de los casos, a la luz del problema jurídico relativo al momento oportuno para la celebración de la consulta, que para el sector de infraestructura ha fijado invariablemente que el proceso de consulta debe efectuarse desde la etapa de factibilidad - ver diagnóstico jurisprudencial-.

En el análisis de la mencionada línea jurisprudencial se planteó que si la conformación del interés general, es decir, en qué consiste para el caso concreto el desarrollo sostenible, y la

consiguiente adecuación del Derecho a las realidades que lo inspiran se hace a tiempo, los conflictos por la falta de claridad en las reglas del juego se disminuirán a un mínimo que sería natural en cualquier espacio plural. Pero si se posterga, así de tarde se determinarán también las reglas del juego, y la posibilidad de que se deteriore la confianza entre las partes crecerá en la misma proporción que la posibilidad de que el diálogo fracase.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

En escenarios de tutela esta práctica debería reconocerse conforme a los criterios planteados por la propia jurisprudencia constitucional.

[3. Revisar información secundaria en las zonas que se pretenden intervenir, por ejemplo los planes de vida de las comunidades indígenas o de etnodesarrollo de las comunidades afrocolombianas, y revisar si es necesario realizar verdaderos estudios socioculturales que pongan a disposición información completa e integral sobre la comunidad, de cara a los posibles impactos que se les pueden causar y a la necesidad de establecer medidas adecuadas de prevención, corrección, mitigación o compensación.

Pese a que es del resorte del Estado identificar plenamente las comunidades étnicas del país y estudiar en profundidad sus características antropológicas, la información en ocasiones es precaria e insuficiente para anticipar los impactos culturales que podrían causarse. Así, entre tanto dicha información no se ponga a disposición del sector privado, es necesario generarla si se quieren cumplir los requerimientos que el Convenio 169 y la jurisprudencia han venido exigiendo.

Por ejemplo, algunos entrevistados relataron como la construcción de una línea de base de las comunidades ha permitido, por medio de cartografías sociales y geo-referenciación de puntos de valor históricos, validar los resultados con las comunidades en el periodo de preconsulta. Este tipo de intervenciones, de acuerdo a lo planteado en el numeral anterior, son aconsejables, dentro de lo posible, de la mano del Estado y en todo caso, en el marco del respeto mutuo, la buena fe y la transparencia, por el riesgo que significan para el proceso de generación de confianza.

Además, de los estudios de caso y a la luz de los textos de las certificaciones que expide el MinInterior, se concluye que buena parte de los problemas de la consulta están relacionados con el reconocimiento de las comunidades que se encuentran en las áreas de influencia de los proyectos y sobre el alcance de su territorio ampliado. Por tanto, tener información completa sobre las comunidades resulta vital para los procesos de consulta.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

En escenarios de tutela esta práctica se constituye en un elemento de defensa fundamental, siempre que no se intervenga con la autonomía ni autodeterminación de las comunidades.

[4. Procurar y aportar para que en la etapa de preconsulta el ejercicio consensuado de planeación o de definición de la ruta metodológica sea lo más completo y adecuado posible.

En este punto es importante verificar que se aborden aspectos tales como la autoridad y representación de los pueblos, de tal manera que la consulta se planee con actores genuinamente representativos, habilitados para tomar decisiones; la lengua y las traducciones culturales que resulten necesarias; los costos logísticos y de desplazamiento, de acuerdo a las dificultades de comunicación de algunas comunidades; los equipos de negociadores, la concepción de los tiempos de la comunidad; la capacitación de la comunidad o de sus líderes sobre aspectos técnicos del proyecto; los espacios autónomos de estas; los materiales a utilizar; entre otras.

En la práctica, varias empresas consultadas en el transcurso de esta investigación han dado fe de la utilidad de construir conjuntamente la metodología detallada sobre las actividades a realizar, el cronograma a seguir, los costos a cubrir, pues permite fijar reglas de juego claras y adecuar el derecho a la consulta a las particularidades culturales de los pueblos por consultar.

La Directiva Presidencial 10 de 2013 es bastante detallada en cuanto al procedimiento que deberá seguirse en esta etapa, cuyo objeto plantea en términos de «realizar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del POA, y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas». Asimismo, establece unos deberes específicos en cuanto a las convocatorias, a la presentación del marco jurídico de la convocatoria y a la garantía de un espacio para que las comunidades expresen sus inquietudes [a cargo de la DCP] y de presentar el POA en forma didáctica, pero clara y completa, y de garantizar la gestión oportuna y transparente de información suficiente [a cargo del ejecutor del POA], que brindan una importante claridad.

Entre mejor información y más correcta tenga la comunidad sobre estos procesos y sus derechos relacionados, más provechoso debería resultar el proceso de consulta. Por ejemplo, los talleres deben ser útiles para desmitificar ciertas creencias frente a obligaciones inexistentes en los procesos de consulta y preparar mejor a la comunidad para la identificación de los impactos; además, debe tenerse en cuenta que se trata de un derecho de la comunidad, derivado del principio de la buena fe.

Lo anterior también es concordante con los lineamientos planteados por la Corte Constitucional, según los cuales 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." (Sentencia T-129/2011).

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

En escenario de tutela esta práctica no solo es constantemente exigida, sino que sirve para blindar a los operadores ante reclamaciones.

[5. Partir de la buena fe y buscar generar relaciones estables confianza entre las partes.

El establecimiento de una relación sólida con las comunidades puede y debe representar beneficios concretos para las empresas, puesto que no solo permite identificar impactos, sino, ante todo, evitar futuros conflictos. Los procesos de generación de confianza tienden a ser de largo plazo y son posibles mediante un comportamiento transparente, serio y respetuoso de los diferentes puntos de vista. También parte de una socialización detallada de los proyectos, que se dé en forma previa, completa, objetiva, oportuna y comprensible, del reconocimiento de los derechos (a la consulta, al territorio, integridad y libre determinación de los pueblos) y de los órganos de representación y del cumplimiento de los compromisos que en cualquier etapa se asuman.

De la misma manera, se ha evidenciado que ceder ante exigencias económicas que no necesariamente respondan a la prevención, corrección, mitigación o compensación de los impactos del proyecto sino a intereses particulares de algunos miembros de la parcialidad, terminan deteriorando las relaciones con la comunidad y afectando la cohesión interna de estas. Así, es aconsejable revisar con detenimiento posibles acuerdos de corto plazo que pudieran agilizar los ritmos, pero que a su vez podrían generar precedentes en detrimento de la confianza necesaria en un proceso de Consulta Previa.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

De cara a un escenario de tutela esta práctica debería ser entendida como una versión más avanzada de la aplicación del principio rector de buena fe, que debe permear todos los procesos de Consulta Previa.

[6. Procurar mantener una comunicación constante, respetuosa y transparente con la base de la comunidad y con sus representantes.

La Directiva 10/13 brinda claridad respecto a los interlocutores legítimos de las comunidades para el proceso de Consulta Previa y aclara en cabeza de la DCP identificarlos.

Tal como se concluyó del estudio de los casos y de su espejo jurisprudencial, en el caso de los pueblos indígenas y de los pueblos negros más tradicionales, las autoridades o líderes naturales no son aquellos elegidos de acuerdo a la lógica de la democracia occidental a partir de la cual se encarna una ficticia voluntad popular, sino algunos miembros de la comunidad revestidos de ciertos dones o servicios.

Por lo anterior, si bien es cierto que existen problemas de representatividad que dificultan en algunos casos el diálogo directo con representantes habilitados para tomar decisiones, es aconsejable procurar, en lo posible, que en la consulta participen las autoridades genuinamente representativas, de acuerdo a la especificidad de cada comunidad, respetando en todo caso su absoluta autonomía y siendo cuidadosos en no intervenir ni interferir de ninguna manera en sus procesos organizativos y de representación.

Por ejemplo, en estudios realizados por la Universidad de los Andes⁷ con comunidades indígenas de la Orinoquia colombiana, se identificó como un factor negativo adoptar la lógica del 'salón de clases o de la iglesia', constituidas por un podio central desde donde una de las partes controla la reunión, dado que eran ajenas a las costumbres de las comunidades. Por lo tanto, tal como lo ha sentado la Corte Constitucional, es necesario revisar metodologías concertadas, que sean respetuosas de los lenguajes y formas de comunicación tradicionales.

Un proceso de comunicación fluido tiene la potencialidad de convertir la consulta en verdadero diálogo, a partir del cual se identifican con mejor rigor técnico los impactos sociales y culturales que un proyecto puede tener y en todo caso aporta para lograr el entendimiento pleno del proyecto y sus impactos.

Lo anterior es además concordante con las líneas jurisprudenciales analizadas en la presente investigación, respecto de los interlocutores válidos para la celebración de las consultas, e igualmente con pronunciamientos de la Corte Constitucional – sentencia T – 380 DE 1993.⁸

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

En sede de tutela esta práctica resultaría ser un elemento de defensa esencial, dado que a partir de ella se materializan los criterios de información y buena fe exigidos para las consultas.

[7. Procurar la continuidad del personal vinculado al proceso de consulta por la empresa y designar interlocutores.

Los intercambios sociales y los acercamientos culturales se hacen con personas y toman tiempo, así cada vez que se designan nuevos contactos se corre el riesgo de retroceder un poco. Teniendo en cuenta que en general los proyectos de infraestructura tienen duraciones de mediano y largo plazo, es deseable que el personal que sirve como punto de contacto con la comunidad tenga cierta permanencia para efectos de construir relaciones estables de confianza y de lograr trazabilidad frente a intervenciones y compromisos.

En ese mismo sentido, puede resultar positivo fijar un único interlocutor, con trayectoria y que le brinde credibilidad a la comunidad y seguridad y consistencia al proceso, cuyo perfil sea cuidadosamente escogido, de acuerdo a los requerimientos particulares y al carácter del proceso. Para ello es recomendable considerar aspectos tales como experiencia en la traducción cultural, el acercamiento desde la academia y/o desde la práctica con el trabajo étnico-social, facilidades de comunicación, empatía con la parcialidad por consultar, etc.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

En sede de tutela esta práctica debería ser observada en el marco de la autonomía empresarial, pero en todo caso como un aspecto facilitador para llegar a un acuerdo o lograr el

7 Universidad de los Andes (2012) "Acompañamiento a la Consulta Previa para el Proyecto: Desarrollo de Crudos Pesados en la Cuenca de los Llanos Orientales – Área Oriental. Facultad de Ciencias Sociales, Centro de Estudios Socioculturales – CESO.

8 Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

consentimiento, sin perder de vista que ante posibles desacuerdos el Estado conserva la competencia de decidir sobre la suerte del proyecto.

[8. Contar con equipos especializados e interdisciplinarios para apoyar el proceso de Consulta Previa.

Es interés de la empresa tener un conocimiento amplio de las comunidades con quienes tendrá que relacionarse durante la ejecución de la obra o la existencia del proyecto, y para lograrlo, grupos interdisciplinarios/interculturales que apoyen los procesos de Consulta Previa han demostrado ser mecanismos efectivos de acercamiento y generación de confianza.

Las principales fortalezas que se advierten con la constitución de estos grupos consisten en la recopilación del conocimiento necesario desde el punto de vista antropológico para diseñar en forma adecuada los procesos de diálogo intercultural y realizar traducciones culturales comprensibles para las comunidades.

Por ejemplo, las experiencias relatadas por las empresas a lo largo de la investigación hablan desde la vinculación de expertos pertenecientes a otras parcialidades a los grupos interdisciplinarios que apoyan la planeación y ejecución de procesos de Consulta Previa, hasta de la constitución de grupos facilitadores o supervisores ad-hoc, de las propias comunidades consultadas y con cierto grado de dignidad y reconocimiento, que se contratan directamente para realizar la traducción cultural y apoyar los procesos de consulta. Así, no existen métodos únicos para el acercamiento y la traducción cultural, sino estrategias que deben ser cuidadosas y respetuosas de la autonomía e independencia de los líderes de la comunidad y adaptarse a sus características socioculturales.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

De cara al mecanismo de tutela esta práctica debe ser entendida como una forma de facilitar un proceso informado, tendiente a obtener acuerdos o lograr el consentimiento.

[9. Buscar mantener un contacto directo con las comunidades y brindar claridad respecto de los responsables de los compromisos.

De acuerdo a lo narrado por las empresas, es recomendable revisar la conveniencia de contratar expertos consultores a quienes se les encargue o delegue la totalidad del proceso de Consulta Previa, y en todo caso procurar porque no se genere un distanciamiento entre la empresa y la comunidad que le impidan a esta última formarse una idea real sobre la empresa o tener una intermediación directa.

Igualmente, parece importante tener en cuenta que el esquema organizativo de las empresas puede no ser claro y de fácil comprensión para las comunidades. Por lo mismo, es posible que valga la pena dedicar ciertos esfuerzos a explicar a las comunidades aquellos puntos de control o estructuras organizativas que tengan incidencia directa con el proceso de consulta.

Además, es aconsejable consultar y coordinar con las agencias del Estado responsables de los proyectos, los marcos generales de actuación previa la realización de los procesos de consulta, en procura de evitar posibles inconsistencias en la difusión de información con las comunidades. Lo anterior también porque la tradición oral de la mayoría de los pueblos indígenas, por ejemplo, sugiere relaciones directas e interlocutores necesariamente responsables de los compromisos.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

De cara al mecanismo de tutela esta práctica debe ser entendida como una forma de facilitar un proceso informado, tendiente a obtener acuerdos o lograr el consentimiento.

[10. Revisar la alternativa de solicitar al Estado vincular centros de conocimiento que, con capacitación e idoneidad, apoyen en la revisión de los impactos y de las medidas de prevención, corrección, mitigación o compensación propuestas y la traducción cultural propiamente dicha.

En caso de que la comunidad esté de acuerdo y se considere conveniente, es preciso tener presente la posibilidad de solicitar al Estado la vinculación de terceros acompañantes imparciales al proceso que estén capacitados para mediar y especialmente para apoyar el entendimiento de las partes involucradas en el proceso de Consulta Previa.

La traducción cultural parte del respeto a la cosmovisión y a la cosmogonía propia de cada cultura. Así, entiende que la diferencia impone cierta labor de explicación o interpretación para la cual es necesario contar con un sujeto cualificado para comprender dos lenguajes, ambos igual de importantes para realizar el proceso comunicativo.

Además, en algunos casos, con resultados variables, las mismas comunidades han optado por tener la asesoría directa de este tipo de instituciones, ante lo que se conoce como la asimetría en la información. El Estado, desde el Ministerio de Transporte, ha manifestado cierta preferencia por este tipo de asesoría para las comunidades, dadas las dificultades que se han venido generando en torno a la selección de algunos asesores y especialmente frente a la incertidumbre que existe alrededor del costo de sus honorarios. Sin embargo, en la práctica esta fórmula ha demostrado ventajas y desventajas y, especialmente, resistencia por las comunidades, que parecen solo aceptarla cuando existe una relación larga de confianza y cooperación con la institución.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

Esta práctica de cara a un escenario de tutela, siempre que se respeten los espacios autónomos de toma de decisiones de las comunidades y se maneje en forma transparente y equilibrada la información, no debería revestir ningún riesgo.

[11. Procurar hacer presencia permanente, a través de canales abiertos de comunicación, de tal manera que haya un constante seguimiento y un conocimiento directo de lo que ocurre en terreno.

La legitimidad local se construye a través de procesos continuados y en la mayoría de los casos no se explica en las características del proyecto mismo, pese al interés nacional que sobre él pueda recaer o a los muchos beneficios que pueda traer a una comunidad. Dicha legitimidad implica normalmente presencia a través de personal idóneo en terreno, esto es, en el área donde se generan las intervenciones y los impactos sociales y culturales.

Se advierte que un continuo relacionamiento con la comunidad, además de que permite entender de mejor manera los impactos sociales y culturales que causa el proyecto y la posterior implementación de las medidas de manejo, favorece los procesos de consulta.

Finalmente, tal como se evidenció en los casos analizados, no pareciera conveniente abandonar o dejar en suspenso indefinido, así sea temporalmente, ningún proceso de Consulta Previa, independientemente de que mayores esfuerzos se dediquen por la misma empresa a otros procesos en curso más complejos o demandantes.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

En sede de tutela esta práctica podría generar riesgos cuando los involucramientos no sigan los conductos debidos o sean subrepticios. Por lo tanto, es imperioso ser cuidadoso en no interferir en los procesos culturales propios de las comunidades y respetar su autonomía.

[12. Solicitar a las autoridades encargadas de la protocolización de la consulta que en las actas se consigne con claridad cuáles compromisos asumidos por las empresas están directamente relacionados con la licencia ambiental obtenida, dado que responden a la prevención, corrección, mitigación y compensación de los impactos sociales o culturales que el proyecto causará a la comunidad consultada y cuáles no.

Una de las principales labores de la DCP es servir de conector con las demás entidades públicas, para crear entre estas y las comunidades lo que se ha llamado «otras autopistas de diálogo», a través de las cuales se logren acuerdos para la provisión de bienes públicos.

Sin embargo, buena parte de los compromisos que actualmente se vienen asumiendo en el marco de las consultas previas por las empresas no son precisamente medidas relacionadas con los impactos que se generan directamente los proyectos, sino acciones que bien podrían entenderse como parte de la responsabilidad social empresarial o como el cumplimiento de la deuda histórica que tiene el Estado con las comunidades.

Los requisitos legales relacionados con la Consulta Previa y la licencia ambiental para la cual la anterior es un requisito, en el evento que se afecten grupos étnicos con el proyecto, no exigen adoptar acciones que escapen a la prevención, corrección, mitigación, o compensación de impactos; por lo tanto, en orden a romper su conexión directa con la licencia ambiental y demostrar el ejercicio de cierta responsabilidad social empresarial, se considera útil separar los compromisos que no se relacionan con dichas medidas.

Además, la autoridad ambiental del orden nacional en el curso de las entrevistas manifestó, con justa razón, cierta preocupación en tanto el seguimiento al cumplimiento de algunos compromisos asumidos en las consultas previas, como por ejemplo la construcción de escuelas o centros de asistencia médica, desbordan sus competencias, no tienen relación directa con los impactos de los proyectos y exigirían del apoyo de otras entidades.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

En sede de tutela esta práctica se consideraría bastante defendible, en tanto el ejercicio de la consulta, aún desde su concepción más garantista, no obliga medidas que superen la prevención, corrección, mitigación o compensación de los impactos que se causen a las comunidades, pues es en su ocurrencia que se finca el derecho mismo de la Consulta Previa.

[13. De ser posible, construir con la comunidad en el proceso de Consulta Previa matrices de riesgos sociales y culturales, que prevean impactos respecto de los cuales no se tiene certeza, pero que podrían ocurrir con mayor o menor grado de probabilidad, y las respuestas que en términos de mínimos se adoptarían en esos casos.

Si bien es cierto que un proceso juicioso de identificación de impactos puede generar una tranquilidad importante en cuanto a la concertación de las medidas de prevención, corrección, mitigación o compensación que deben adoptarse frente a los impactos generados por los proyectos, existen riesgos potenciales de ocurrencia de ciertos impactos que pueden o no materializarse dependiendo de ciertas externalidades. Por lo mismo, en presencia de un diálogo fluido con la comunidad y de ambientes favorables de concertación, puede revisarse la posibilidad de acordar en el proceso de consulta, en términos de mínimos, las respuestas que se implementarían en caso de que estos impactos contingentes ocurran, de tal manera que la comunidad preste su consentimiento previo frente a ellas.

De la misma manera, es posible revisar la posibilidad de considerar en las discusiones de la Consulta Previa y en los acuerdos, la inclusión de perspectivas étnicas a los planes de contingencia propuestos para las emergencias que ocurran en el marco de la ejecución de los proyectos, obras o actividades, de modo que las acciones que se adelanten concuerden con la particularidad cultural de cada comunidad y que previa su implementación se cuente con su consentimiento.

Todo lo anterior no solo facilita un seguimiento juicioso a los nuevos impactos 'imprevistos' que se causen a nivel cultural a las comunidades, sino también la posibilidad de calcular costos aproximados para atenderlos en caso de ocurrencia. Además, podría ayudar a aliviar la presión social al enfrentar esas situaciones inesperadas que surjan en la ejecución de los proyectos, que puedan afectar negativa y significativamente la imagen de la empresa y generar mala prensa.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

En sede de tutela esta práctica debería ser bien recibida, puesto que reporta sin lugar a dudas un proceso de buena fe en el que se busca la participación efectiva de las comunidades

y el consentimiento libre e informado. Además, evitaría procesos de exigencias futuras y eventuales tutelas por la implementación de medidas no concertadas.

[14. Revisar la procedencia de optar por ofrecer asesoría a las comunidades cuya existencia a juicio de la empresa está puesta en duda únicamente por la falta de cumplimiento de requisitos formales de constitución de resguardo o de titulación de territorio, para la presentación de acciones de tutela que exijan su reconocimiento, cuando pese a los avisos que se le han dado al MinInterior las comunidades aún no han sido certificadas.

Teniendo en cuenta que todos los procesos deben contar con el acompañamiento formal de las autoridades de Consulta Previa, específicamente de la DCP y de los organismos de control, y que las certificaciones pueden no ser completas, se ha planteado que las empresas deben buscar la certificación de lo evidenciado en campo mediante el suministro a la DCP de toda la información recogida respecto de una comunidad aún no certificada.

Sin embargo, en las entrevistas y estudios de casos realizados con ocasión de esta investigación, se tuvo noticia de casos en los cuales pese a la insistencia de las comunidades y de reiteradas solicitudes de certificación por las empresas, la DCP se negó a certificar la presencia. En algunos de los casos analizados o relatados las comunidades optaron por presentar acciones de tutela y fueron reconocidas por orden judicial. Con todo, este tipo de situaciones enrarecen los procesos de consulta y generan prevenciones en las comunidades que se traducen en mayores costos y dificultades para las empresas.

Por ello, en caso de recibir insistentemente solicitudes de consulta o comunicaciones formales o informales acerca de la existencia de comunidades en el área de influencia de los proyectos, y de haberse insistido para la certificación a la DCP sin resultados positivos, es aconsejable considerar la posibilidad de ofrecer asesoría a las comunidades para la presentación de acciones de tutela que exijan su reconocimiento, de tal manera que estas entiendan la disposición de consulta que tiene la empresa así como su imposibilidad de iniciarla sin el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

Así, el planteamiento consignado en la presente práctica propuesta permitiría evitar futuros procesos de tutela por la falta de reconocimiento y estaría en línea con el texto que se incluye en la certificación que actualmente profiere el MinInterior.

[15. Procurar la sostenibilidad de los proyectos productivos que se inicien con ocasión de compensaciones acordadas en el marco de las consultas previas.

En este sentido, construir rutas de control de los recursos, involucrar al Estado para que suministre apoyo técnico a los productores y a los organismos de control para que acompañen y hagan seguimiento a los proyectos, parece ser útil.

Por ejemplo, como lo evidenció la Universidad de los Andes⁹, los casos exitosos en el desarrollo de proyectos productivos se han dado gracias a que las iniciativas productivas han sido de tipo mixto, es decir, que tienen en cuenta tanto la seguridad alimentaria local al igual que la producción para el mercado. Estas iniciativas productivas deben ser entonces encaminadas no solo a la comercialización de productos como parte de un interés aislado de grupos técnicos, sino que deben responder a los intereses y expectativas de las comunidades.

En concordancia con lo anterior, algunas entidades del Estado han desarrollado criterios puntuales conducentes a la sostenibilidad de los proyectos productivos entregados a título de asistencia a poblaciones vulnerables.

Riesgo de aplicación ante eventuales solicitudes de tutela

De cara a un proceso de tutela esta práctica debería ser reconocida como un aspecto positivo que aporta a la construcción de relaciones estables de confianza.

.....
9 Universidad de los Andes (2012) "Acompañamiento a la Consulta Previa para el Proyecto: Desarrollo de Crudos Pesados en la Cuenca de los Llanos Orientales – Área Oriental. Facultad de Ciencias Sociales, Centro de Estudios Socioculturales – CESO.

CONCLUSIONES

A modo de conclusiones de la presente investigación, y teniendo en cuenta que cada capítulo cuenta con unas consideraciones finales, se propondrán algunos temas que por el alcance y objetivo de esta iniciativa no fueron abordados, o que surgieron durante su desarrollo, y que podrían ser objeto de estudio en futuras investigación enriqueciendo el acervo bibliográfico del derecho a la Consulta Previa en Colombia.

1. Construcción de una política pública de relacionamiento con los pueblos indígenas y los grupos étnicamente diferenciados

Actualmente, el acceso a la toma de decisiones por parte de los pueblos indígenas tiende a darse únicamente en el marco de la Consulta Previa. Al no contar con más escenarios de participación política, las deudas históricas del Estado con estas comunidades se cargan a los procesos, y particularmente en las empresas, quienes pese a no tener la obligación de atenderlos, terminan por acceder a las solicitudes de las comunidades ante la urgencia de avanzar en los procesos. Así entonces, si se quiere que el trámite de la consulta tenga un desarrollo más fluido y que las compensaciones respondan a los impactos generados por los proyectos, es necesario asumir el problema de la carencia de espacios/formación para la participación política de los grupos étnicamente diferenciados desde una política pública que los articule de mejor manera. Vienen entonces de ahí diferentes propuestas que vale la pena estudiar a profundidad, como por ejemplo, generar discusiones con la comunidades desde la construcción misma de planes de desarrollo regionales-locales (que en principio, se supone, son momentos anteriores a cualquier consulta o desarrollo de proyectos), de manera que en el momento en que se inicien las consultas, los problemas más importantes, ya hayan sido abordados en esos espacios.

2. Adecuación institucional

Como se ha señalado en los diferentes apartados de esta investigación, el arreglo institucional vigente es uno de los principales obstáculos para el correcto desarrollo de las consultas previas. En este trabajo se identifican algunas de las principales debilidades y cuellos de botella en esta materia y se esbozan unas ideas preliminares sobre posibles soluciones, entre ellas la transformación de la DCP en una agencia con libertad presupuestal y recursos propios que pueda efectivamente responder a la creciente demanda de procesos de Consulta Previa y a las complejas dinámicas que allí se presentan. Esta institucionalidad deberá velar por el respeto de los derechos de las partes, así como garantizar la transparencia en los procesos y su gestión efectiva y expedita.

3. Implementación de la Directiva Presidencial No. 10 de 2013

En concordancia con el punto anterior, se menciona en este trabajo de investigación los avances que en materia de coordinación interinstitucional introduce la Directiva

Presidencial No. 10 de 2013, y se identifica su aporte en la resolución de algunos de los cuellos de botella identificados. En este sentido, es pertinente realizar un seguimiento juicio a los resultados de su implementación en procesos concretos de Consulta Previa en el mediano y largo plazo, con el fin de establecer si las medidas adoptadas responden a los objetivos planteados por el gobierno nacional con su expedición, y a las necesidades y expectativas de los demás actores que participan en las consultas.

4. Proyecto de Ley Estatutaria sobre Consulta Previa

Se ha mencionado en esta investigación la necesidad de avanzar en la discusión sobre un Proyecto de Ley Estatutaria que regule el Derecho a la Consulta Previa. Esta investigación es un insumo valioso en esa dirección, en tanto que puede servir como punto de partida para la elaboración de un análisis a profundidad sobre los elementos principales que debería contener y regular una iniciativa legislativa de esta naturaleza. En el marco de ese análisis resultará interesante analizar la Ley de Consulta Previa en Perú y su reglamento, el proceso de discusión y concertación que tuvo lugar con los pueblos indígenas durante la fase de formulación, y las posteriores críticas que han surgido por parte de estos mismos actores con relación a la reglamentación. Sin lugar a dudas, del caso peruano pueden extraerse lecciones valiosas para Colombia.

5. Sobre el manejo económico de la consulta

La adecuación y fortalecimiento del aparato institucional para la Consulta Previa, demanda una importante inyección de recursos a las entidades y dependencias que participan en los procesos. Ya se ha mencionado anteriormente la importancia de evaluar la "creación de una agencia con relativa libertad presupuestaria y una dotación de recursos propios que le permita garantizar la transparencia necesaria para generar relaciones de confianza a largo plazo, tanto con las comunidades, como con los interesados en adelantar sus proyectos"¹⁰.

Avanzar en el desarrollo de esta idea requiere pensar, como punto central, en esquemas de financiación sostenibles, de tal forma que el Estado pueda garantizar la continuidad y celeridad en los procesos de Consulta Previa. Un punto de partida en este análisis son las cifras que arroja esta investigación con respecto a los gastos adicionales en los que el Estado incurrió en razón a las dilaciones extraordinarias en los procesos¹¹, y que continuarán creciendo en la medida en que también lo haga la demanda de procesos de Consulta Previa sin que se tomen correctivos necesarios para superar los cuellos de botella identificados.

De igual manera, con respecto al manejo económico de la Consulta Previa, es importante diseñar mecanismos o implementar prácticas que permitan mantener la contratación de asesores para las comunidades en condiciones de mercado, pues si

10 Remitirse al segundo capítulo del informe final.

11 Remitirse al segundo capítulo del informe final

bien estos cumplen un papel muy importante en la disminución de las asimetrías de información entre las partes y la realización de la consulta en igualdad de términos, subsiste en el sector privado la preocupación respecto a los cuantiosos honorarios exigidos por parte de terceros en el proceso. Los estudios de casos aquí presentados, y especialmente el análisis económico de los mismos, dan cuenta del peso que tiene este rubro sobre dichos proyectos¹².

6. Terceros acompañantes imparciales

Durante la etapa de entrevistas con actores clave, se mencionó reiteradamente la posibilidad de vincular en calidad de "terceros acompañantes imparciales" a centros de conocimiento con capacidad e idoneidad para apoyar el entendimiento de las partes involucradas en el proceso de Consulta Previa y disminuir la asimetría en la información sobre los POA y sus impactos. Como se indica en la sección de prácticas recomendables, esta figura ha mostrado en la práctica resultados mixtos, especialmente porque la confianza entre las comunidades y las instituciones se construye a partir de una relación de colaboración a largo plazo. Sin embargo, con miras a construir un verdadero diálogo intercultural y generar procesos reales de construcción de confianza y aprendizaje mutuo, que superen el espacio de la Consulta Previa, es pertinente ahondar en los resultados de introducir esta figura.

