



Realidades y percepciones del quehacer de la consulta previa en Colombia: una mirada experta

Autor: Claudia Patricia Hernández Argüello

Tutor: Sebastián García

Especialización de Derechos Humanos y Sistemas de Protección

Facultad: Derecho

**Universidad Militar Nueva Granada
2016**

**Realidades y percepciones del quehacer de la consulta previa en Colombia:
una mirada experta¹.**

Resumen:

¹ Claudia Patricia Hernández Argüello. Profesional del Trabajo Social de la Universidad Industrial de Santander, especialista en Gestión del Desarrollo y Cambio Organizacional de la Universidad Externado de Colombia, con experiencia profesional en los sectores público y privado.

Después de 25 años y no pocos desarrollos legislativos y administrativos alrededor de la Consulta Previa existe todavía un mar de complejidades, divergencias y contradicciones a la hora de implementar / reglamentar este derecho, lo que hace que transitarlo sea tortuoso. A fin de puntualizar los aspectos adversos a que el ejercicio del derecho proceda, se indagó a profesionales expertos sobre aquellos que producen mayor encono. Sus respuestas, aquí presentadas y analizadas, constituyen un aporte en procura de superar los escollos y hacer del derecho a la consulta previa, una oportunidad constructiva de salvaguarda y verdadero desarrollo para la sociedad.

Palabras clave: Consulta Previa, obstáculos, percepciones, derechos minorías étnicas, reglamentación.

TITLE: REALITIES AND PERCEPTIONS AROUND THE PRIOR CONSULTATION IN COLOMBIA: AN EXPERT LOOK.

ABSTRACT:

25 years and not a few legislative and administrative developments after, around prior consultation there is still a sea of complexities, divergences and contradictions makes the implementing / regulating this right becomes tortuous. To point out the adverse exercise of the right appropriate aspects, professional experts on those who produce more animosity was investigated, their answers, here presented and analyzed, they constitute a contribution in an attempt to overcome the obstacles and make the right to prior consultation, a constructive opportunity to safeguard and real development for all society.

Introducción

Extensas polémicas y mucha tinta han tenido lugar y corrido desde que la Ley 21 de 1991 incorporó el Convenio 169 de 1989 de la OIT a nuestro

ordenamiento jurídico, con lo cual se asumió la garantía al derecho a la consulta previa a pueblos indígenas y tribales en el territorio nacional (Benavente & Meza, 2007; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011). Y es que una cosa fue dar por válido, y hasta considerar loable que los grupos étnicos tuvieran el derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, bienestar y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y otra cosa muy distinta ponerlo en práctica: 25 años y no pocos desarrollos legislativos y administrativos después, todavía un mar de complejidades, divergencias y contradicciones afloran a la hora de implementar / reglamentar o viceversa este derecho inalienable, pues son diversos los aspectos que aún hoy no tienen una forma definida, lo que en realidad convierten su tránsito, hay que reconocerlo, en algo tortuoso y en buena medida de caprichosa o conveniente manera de interpretar y asumir por las diferentes partes que intervienen en su ejercicio.

Con el fin de puntualizar sobre los aspectos que pese a diversos intentos, siguen hoy siendo neurálgicos y contrarios a que el ejercicio del derecho constituya una garantía para las partes, acudimos a varios profesionales expertos en la implementación y salvaguarda de este tema, indagando por los momentos o circunstancias que producen mayor encono. Sus respuestas, aquí tabuladas, presentadas y analizadas, constituyen un sencillo pero necesario aporte a la identificación de estos cuellos de botella y recogen su valiosa opinión, respecto a la manera como superar los escollos y hacer del derecho a la consulta previa, una oportunidad constructiva de crecimiento y adecuado desarrollo para las partes intervinientes y a la sociedad en su conjunto.

Si bien los Estados gozan de soberanía y autodeterminación en sus territorios, tales principios están condicionados por los tratados internacionales a los cuales voluntariamente se adhieren, tal como sucedió en el caso colombiano al acoger el gobierno colombiano los postulados del Convenio 169 de 1989 de la OIT, lo cual incorporó al ordenamiento legal mediante la promulgación de la Ley

21 de 1991 y con lo que se comprometió a desarrollar acciones tendientes a garantizar los derechos de las minorías étnicas en el país.

Tal compromiso no sólo es relevante desde el punto de vista conceptual y en medio de un enfoque de derechos, sino que posee mayor trascendencia si tomamos en cuenta que de acuerdo con el Censo Nacional del DANE de 2005, de los 42'090.502 colombianos empadronados, 1'378.884 pertenecen a diversas comunidades indígenas (3.28% del total de la población), estas comunidades tienen presencia en 27 departamentos y 228 municipios del país, en 710 resguardos titulados, que ocupan una extensión de aproximadamente 34 millones de hectáreas, es decir el 29,8% del territorio nacional (DANE 2007).

Así mismo, en 2007, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) registró 87 pueblos distintos y 64 lenguas (DANE 2007). La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), en cambio, ha sostenido que se trata de 102 pueblos indígenas diferentes, como lo citó Orduz (2014) en el documento *La consulta previa en Colombia*, cifra que reconoció el Plan Nacional de Desarrollo 2010- 2014 (República de Colombia, 2010,91)

Establecido el compromiso, el principal reto para el Estado colombiano ha estribado en cómo materializar dichos adeudos en la cotidianidad de estos grupos étnicos, en la compleja realidad que viven a diario las diferentes etnias, influenciadas y condicionadas además por un contexto social, regional, político y de orden público aún más intrincado; elementos que hacen que este tema deba abordarse bajo una mirada interdisciplinaria que permita valorar las diferentes variables y matices que envuelven esta realidad social y así ser más asertivos en la implementación de la legislación que tiene como fin proteger los derechos de las minorías étnicas.

Tal y como lo afirma Carvajal (2011), “En el ámbito de las ciencias sociales y humanas, la interdisciplinaria implica una aproximación entre diferentes disciplinas, métodos y en ocasiones profesionales, para dar una explicación de una realidad cada vez más compleja” (p.115). Infortunadamente se estima que frente al caso se ha carecido de esa mirada interdisciplinaria del fenómeno social, lo que implica que el propósito de preservar la integridad física y cultural de estas

minorías no se ha traducido en acciones claras y proporcionales con el dictamen de los acuerdos internacionales firmados, dejando en un terreno movedizo la necesaria presencia de unos responsables directos de su aplicabilidad, así como aplazando la emisión de unas disposiciones reglamentarias acordes con esta mirada interdisciplinaria.

Ahora bien, se entiende que las normas instauradas por el Estado colombiano debieran considerar esta realidad social a fin de asegurar que corresponden a un contexto social puntal en el tiempo y en el espacio, y que cumplen los fines perseguidos. Es allí donde el análisis holístico de esta realidad social se hace fundamental, soportándose en diferentes disciplinas como la sociología jurídica. Tirado (2010), ha definido esta disciplina como la “Ciencia que se encarga de analizar la sociedad y dar respuesta a las problemáticas, fenómenos y tendencias sociales” (p.277).

En este punto es pertinente hacer un poco de historia para relacionar que en cuanto a la legislación para comunidades étnicas en Colombia, la primera en ocuparse del tema fue la Ley 089 del 25 de noviembre de 1890 *“por el cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”* (Ley 089,1980). En dicha ley se desarrollaron cinco (5) capítulos con 42 artículos, en su mayoría relacionados con el uso del territorio, todo en medio de darle un papel preponderante a la autoridad eclesiástica, como quiera que desde su primer artículo se anuncia que “La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad Eclesiástica, determinará la manera cómo esas incipientes sociedades deban ser gobernadas” (Ley 089, 1890, art. 1).

Además del estigma con el que se caracteriza a las sociedades primitivas, en esta primera ley se evidencia la tendencia a hacer que la legislación se estableciera por encima de la realidad misma, recordando que:

La realidad se subordinaba al derecho o era leída desde la norma jurídica y no existía el menor esfuerzo por construir un discurso que se preocupara por entender los efectos del derecho en la sociedad, su eficacia y la capacidad de acceder a la justicia. (Carvajal, 2011, p. 117).

De esta manera la importancia otorgada a conocer la cosmovisión, los usos y costumbres de estas minorías y reconocerlas como parte de un sistema más grande, la Nación en su conjunto, donde tendría lugar la implementación de las leyes, resultaba inexistente, eludiendo que en esta materia es necesario partir de realidades concretas (en este caso la de las minorías étnicas), e incluir en su análisis aspectos sociales, culturales, políticos, geográficos, etc. y establecer nexos en el análisis de las realidades. Esto sin dejar de reseñar que la forma en la que está redactada la citada ley de 1890, deja al descubierto cómo las interpretaciones de una realidad están fundamentadas en “la creencia cotidiana de la santidad de las tradiciones y poderes heredados de tiempos lejanos” (Weber, 1944, p. 180), es decir, en un sistema de valores tradicionales que consolida las relaciones humanas desde los prejuicios de un grupo dominante y su valoración negativa del otro.

Más de 120 años después de esa primera ley que legisló el tema de las minorías étnicas, se promulgó el Decreto 1320 de 1998 (Decreto 1320, 1998), producto de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 21 de 1991 (Ley 21, 1991), sumada la inclusión del artículo 7 de la Constitución Política de Colombia, en virtud del cual “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (Const.,1991,art. 7). El Decreto 1320 de 1998 intentó llenar el vacío de procedimientos concretos y reglamentar la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, decreto que fue centro de polémicas y blanco de ataques, por cuanto no fue sujeto justamente a consulta previa, hecho que resulta paradójico y por lo que “la Corte Constitucional en varias ocasiones ha manifestado que se trata de una norma abiertamente inconstitucional (Negrete, 2012). Posteriormente, el 26 de marzo de 2010, el gobierno del presidente Álvaro Uribe expidió la Directiva 01 que también pretendió regular la consulta previa con un mayor nivel de detalle, al indicar con ella las situaciones que requieren consulta y las que no, estableciendo las etapas de la consulta, su carácter no vinculante sin excepciones y la responsabilidad del proponente de la medida de financiar el

proceso. Pese a los avances, al igual que con el Decreto 1320, no fue consultada y se la consideró restrictiva, por lo que organizaciones de derechos étnicos consideraron ilegítima la directiva; no obstante, el carácter jurídico de la directiva hace que no se pueda impugnar ante ninguna Corte. (Orduz, 2014).

Con idénticos propósitos y similares circunstancias, el siguiente gobierno de Juan Manuel Santos expidió en noviembre de 2013 la Directiva 10, como una guía para la realización de la consulta previa, con un mayor nivel de especificidad, es cierto, pero con igual perfil de ilegitimidad frente a las grupos étnicos. Sin embargo, lo mismo que la anterior, el carácter jurídico de la mismas hace que no se pueda impugnar ante ninguna Corte, por lo que en la práctica es la que en la actualidad aplican los funcionarios del gobierno y acogen las empresas para desarrollar las consultas previas.

En un nuevo desarrollo e intento por legitimar los procedimientos asociados a la consulta previa, el gobierno emitió en noviembre de 2014 el Decreto 2613 (Decreto 2613, 2014), dirigido especialmente a lograr coordinación entre las instituciones para avanzar con los llamados Proyectos de Interés Nacional o Estratégicos (PINES), particularmente en lo que tiene que ver con hidrocarburos, transmisión y generación de energía e infraestructura, siendo objeto de insatisfacción que la verificación de si hay o no comunidades étnicas se realice después de tomada la decisión de ejecutar el proyecto (Orduz, 2014). Este decreto, como el 1320 de 1998, tampoco fue consultado y por lo tanto se le ve sin legitimidad entre las comunidades étnicas. Baquero (citado en Orduz, 2014).

Ahora bien, más allá de las leyes que como se sabe en Colombia son numerosas en este y muchos temas, es imprescindible visibilizar, analizar y valorar las realidades puntuales de estos grupos étnicos y evaluar qué tan eficaces han sido las normas que actualmente rigen en relación con las consulta previa. Es inaplazable analizar qué está sucediendo hoy con la consulta previa en Colombia, pues aunque se reconoce como un derecho fundamental por estar ligada a la subsistencia de los consultados como grupo humano y como sistema cultural, se siente que está tomando direcciones que no corresponden con el objetivo misional de la misma. Alrededor de la consulta previa se han creado

múltiples intereses y debates que van de lo político a lo jurídico, pasando por un enmarañado conjunto de realidades que la tergiversan y que está llevando incluso a la división al interior de los mismos grupos étnicos.

En este contexto es válido empezar destacando que frente al desarrollo de la consulta previa, las relaciones de los actores principales de su desarrollo: el Estado, la empresa interesada en realizar el proyecto y el grupo étnico, carecen del “concepto de voluntarismo que implica una mente, una conciencia e individuos que toman decisiones, ligados a unas normas, valores, ideas, situaciones, (...)” (Ritzer, 2001, pp.532-537). Muy a pesar de las buenas intenciones que pueda tener el Estado colombiano por acoger todas las normas internacionales en materia de minorías étnicas, la realidad de la consulta previa es que se está convirtiendo en la mayoría de casos en una “oportunidad” para ciertos actores difusos en el proceso, de obtener un injustificado provecho económico, diluyendo los verdaderos propósitos de la misma.

Identificar las causas de la situación que se avisa, constituye el nodo fundamental del problema de investigación del presente artículo, para lo cual es pertinente iniciar dando un contexto de los intervinientes de carne y hueso en el desarrollo del ejercicio de la consulta previa.

En primer lugar, es el Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa el que debe garantizar el ejercicio de este derecho, partiendo de la responsabilidad del Estado en la realización de la consulta previa como lo establece el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT porque si bien las empresas y particulares pueden adelantar reuniones con las comunidades, es el gobierno quién debe velar por el adecuado cumplimiento del derecho fundamental a la consulta previa (Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, T-702, 2010). Así, a través de unos profesionales que se entendería conocen del manejo especial que se debe dar a los grupos étnicos, es decir, estos profesionales deberían contar con un perfil especializado que garantice que conocen cómo adelantar el mejor relacionamiento con estas minorías, que conocen la cosmovisión del grupo que se está consultando, que conocen cuáles son sus usos, sus costumbres, etc.; pero la realidad es que muy pocos

profesionales reúnen estas condiciones y ni los perfiles académicos ni la experiencia responde a las necesidades de la tarea propuesta, tal como de manera escueta lo afirmara la antropóloga y Ph. D. en Derecho, Esther Sánchez (2012), cuando menciona que “Se presentan vacíos de conocimiento para satisfacer este derecho fundamental, tanto por parte de los servidores públicos de todos los niveles, como de las autoridades de los pueblos étnica y culturalmente diferenciados, y de los propios empresarios.”(párr.4)

Por otro lado están las empresas interesadas en desarrollar un proyecto y que están obligadas a realizar el proceso de la consulta previa –como ya se indicó– de la mano del Ministerio del interior, específicamente la Dirección de Consulta Previa; empresas que si bien a hoy tienen experiencia en el desarrollo de más de una consulta, en la mayoría de las ocasiones tampoco cuentan con profesionales con el perfil idóneo para poder tener un adecuado relacionamiento con el grupo que se consulta. A esto hay que sumarle la presión que tienen las empresas por el cumplimiento de unos compromisos que se han adquirido con anterioridad con las agencias nacionales del ramo, dígase la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) o Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), y que en la mayoría de las ocasiones está orientada a ir contra el tiempo, lo que obliga a desconocer la comprensión que tienen las comunidades del tiempo y a encajarlos en los plazos y tiempos que imponen las entidades.

Por último, obviamente está el grupo étnico que se consulta, que aunque ya no se les llama salvajes como en la primera Ley de 1890, factores exógenos a su cultura y en los que no debe descartarse la incidencia de los propios agentes del Estado y sus instituciones, así como de las propias empresas, les ofrece un trato que termina generando en la mayoría de las ocasiones unas prácticas que bien podrían llamarse perversas, donde se ve al proceso de consulta previa como una oportunidad de obtener provecho económico injustificado y personal, es decir de hacer negocio propio. A esto se le suma que las expectativas de los grupos que se consultan son cada vez más altas y pretenden con el proceso de consulta solventar de un solo tajo las carencias que padecen y son más fruto de un Estado ausente por décadas. En este sentido Rodríguez (2014) agrega que estas

prácticas pueden terminar por minar a las comunidades, acabando con las tradiciones y con la vida comunitaria. (pp. 159-160)

Al respecto, varios han sido los pronunciamientos de la Corte respecto a la realización de algunos proyectos que han violado la protección de los derechos al debido proceso, a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de varias comunidades étnicas, entre otros (Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, T-769, 2009); y el amparo de los derechos fundamentales a la libre determinación, a la participación a través de la consulta previa (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, T-693, 2011; Corte Constitucional, Sala octava de revisión de la Corte Constitucional, T 698, 2011)

Por si el anterior caldo no fuera suficiente para que la consulta previa pueda desdibujarse, hay que añadir que bajo la bandera de la protección de las minorías étnicas se ha producido el surgimiento y la consolidación de grupos de “asesores o sabedores indígenas” que ya se han enquistado como parte ineludible de los procesos de consulta previa y cuyo objetivo, si bien en sus orígenes es válido, al buscar asegurar que el proceso como tal se desarrolle en total igualdad de condiciones, entre interlocutores que hablan de igual a igual, con comprensión y apropiación por parte del grupo étnico de qué es la consulta previa, cuáles son sus etapas y cómo a través de la misma se identifican y evalúan los impactos que puede conllevar un proyecto para poderlos prevenir, controlar, mitigar o compensar, en la realidad, dichos asesores, han pasado a convertirse, en la mayoría de las ocasiones, en un factor de distorsión de los fines del proceso, al quedarse “concertando” antes y por encima de todo, los medios, las condiciones, los recursos que les aseguren réditos nada despreciables, so pena de que en muchas ocasiones ni siquiera pueda arrancar el proceso.

Si se tratara de lo primero, no habría dudas de la necesidad de la participación de estos grupos de “asesores, sabedores indígenas” que en algunas ocasiones están conformados por ex funcionarios del Ministerio del Interior, en una suerte de “Puerta giratoria” que no deja de causar enconos, así como abogados “indigenistas”, asesores en diversas materias. Sin embargo la realidad es otra,

pues casi que en todas las regiones del territorio colombiano donde se adelantan proyectos de hidrocarburos e infraestructura, existen estos especialistas u organizaciones, que han ganado su confianza por diferentes medios, entre ellos, promesas sobredimensionadas, y así tienen un terreno ganado con los grupos étnicos que van a ser consultados, quienes a su vez, como garantía, exigen contar con estos pues de lo contrario no se desarrollaría ni la consulta ni el proyecto. El crecimiento de la creación de organizaciones de papel que busca la protección de los derechos de las minorías, surge con la promulgación de la Constitución de 1991 y se evidencia tanto en los procesos relacionados con los pueblos indígenas como en los que involucran otras minorías como los negros, raizales y palenqueros, muchas de estas organizaciones constituidas para conseguir contratos, satisfacer la necesidad de ingresos e intereses de sus representantes. (Wabgou, Arocha, Salgado & Carabalí, 2012, p. 19)

En este terreno estamos frente a prácticas que se alejan de un marco de referencia y permiten actuaciones que van en contra de lo consensuado, de lo normado. Dicho de una manera indiscutible: “si las expectativas frente a un futuro son demasiado altas o lejanas y si los medios, las oportunidades, para cumplir dichos propósitos son mínimos o nulos, se recurre a medios alternativos para generar ese cambio, abandonando pautas, patrones, representaciones, que infundían un marco de referencia y que limitaban tener cierto tipo de actuaciones” (Tirado, 2010, p.293).

El resultado a la fecha, es que ni el Estado ni las empresas han puesto freno a estas prácticas que lejos de contribuir a la materialización de un derecho fundamental para los grupos étnicos, están generando la creación de un espacio en el que abiertamente se exigen unos recursos que van en aumento a las empresas interesadas en realizar los proyectos; dando lugar con ello, a la creación de unos intereses estrictamente monetarios y particulares, incluyendo en algunos casos el de algunos representantes indígenas. Esta situación, riñe con el principio de buena fé que se espera de la Consulta previa y sus actores, la cual “(...) “implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional,

con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados.” Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, T-175, 2009.

En medio de este panorama, cobra vigencia el escepticismo organizado frente a la normatividad que pregona Merton, lo cual significa “la necesidad de hacer un escrutinio riguroso y a prueba, tanto de los métodos, la teoría, la praxis” (Merton, 1973, pp. 267-278), lo que este caso significa identificar, verificar, investigar, contrastar y de este ejercicio reportar las reflexiones que permita incluir los aprendizajes en una nueva legislación que reglamente en forma clara y transparente la puesta en marcha del Derecho a la Consulta Previa que asiste a los grupos étnicos, máxime si existe en curso un proyecto de Ley Estatutaria que busca regular la consulta previa, con lo cual se aspira a hacer un hecho real que las leyes respondan a la cosmovisión y las realidades de las comunidades étnicas, tal como fue concebido el espíritu de la consulta previa como garante constitucional de los derechos fundamentales de las minorías.

Este es un estudio descriptivo que permite una aproximación a las realidades de la consulta previa, tanto desde los desarrollos normativos como de la percepción (Atar, 2010, p. 10) de la práctica del proceso que tienen los diferentes actores institucionales, no étnicos.

Así, se parte de la información recabada por fuentes primarias relacionadas con la aplicación de la consulta previa, las dificultades y retos de la implementación de las fases que la integran y de los impactos que su práctica significa tanto para los grupos étnicos como para las instituciones del Estado y los actores particulares que deben acogerse a su cumplimiento.

Las percepciones a su vez, y como se anticipara desde la introducción, son fruto de recurrir a las opiniones de profesionales expertos en la materia, las cuales fueron abordadas de manera objetiva y sistemática a través de un instrumento de recolección diseñado para el caso, tipo encuesta.

La muestra para la aplicación del instrumento se planteó para una treintena de personas que por su conocimiento directo del tema y experiencia en el ejercicio, se estimó que podrían ofrecer una respuesta y opiniones más que

valiosas, indicándoles el propósito que sus respuestas tendrían y asegurando la condición de anonimato de las mismas. A modo de referencia, pero también porque se considera importante dar noticia de que los encuestados tenían conciencia clara de por qué eran invitados y cómo sus respuestas tenían un propósito en buen grado objetivo y novedoso en procura de trascender, se incluye el texto de la solicitud remitida:

(...) he considerado valioso abordar lo concierne a la Consulta Previa en nuestro país, tema que la mayoría de las veces se exalta desde lo conceptual garantista, pero que a mi juicio minimiza tantas otras aristas que lo hacen objeto de no pocas deliberaciones y controversias. Ante ello, nada mejor que acudir a quienes de primera mano han tenido que materializar el ejercicio de este Derecho, quienes desde diferentes ángulos y vínculos, han podido percibir qué significa esto en la práctica.

Si usted recibe este correo con el enlace respectivo y que conduce al formato de encuesta, es porque estoy segura que sus consideraciones son vigentes y de un significativo aporte, no sólo al documento que como mencioné llevo a cabo y por lo que les agradezco infinito, sino muy probablemente a la reflexión que al respecto está lejos de agotarse(...)

La encuesta virtual contenía 13 preguntas de selección múltiple, 12 de ellas con la posibilidad de ofrecer una única respuesta y una décimotercera –la relacionada con el tipo de proyectos para los cuales se adelantó la consulta previa en las que actuaron– con la opción de hacer selección múltiple, relacionadas todas con la participación de los encuestados en procesos de consulta previa, con qué grupos étnicos se desarrolló, la pertinencia, financiación y tiempos, su experiencia en la implementación de las fases de la consulta, la eficacia de la participación de actores del Estado y la definición e implementación de compromisos. Adicionalmente, se incorporó una pregunta abierta con recomendaciones para que los procesos de consulta previa sean más efectivos para las partes.

Como podrá observarse, se empleó la ayuda informática que brinda Google Forms², cuyos formularios dieron lugar a la interacción libre, oportuna y práctica de quienes aceptaron la invitación, personas a las que les apareció en pantalla el formulario de la encuesta titulado: “*A propósito de su participación en procesos de*

² La encuesta fue diseñada y enviada a través del link:

https://docs.google.com/forms/d/1y5aSosky7oCSOczEXPFoQtFKCyx-1jqtcNB8p3o5hLo/viewform?c=0&w=1&usp=mail_form_link

Consulta Previa... Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia

Se formularon preguntas que indagaron inicialmente por el perfil de los encuestados, para de esa manera ratificar la calidad de quienes ofrecerían las respuestas. La gran mayoría de las preguntas fueron concebidas para que se respondieran haciendo una selección cerrada de posibles contestaciones, por ende susceptibles de tabular y darles un tratamiento estadístico básico. Mediante dicha herramienta se apuntó a que con las expresiones se lograra configurar una tendencia de opinión acerca de los aspectos que como ya también se anticipara, se consideran que son los más polémicos, los que de diversas maneras corresponden con los cuellos de botella de los procesos consultivos o aquellos cuya bondad o eficacia está en entredicho.

La pregunta final con opción de responderse en forma de texto abierto, estuvo dirigida a permitir que los expertos compartieran de manera sucinta su manera de pensar respecto a los que pudiera constituir una mejoría al proceso tal como en la actualidad se desarrolla. Aunque no todos consignaron una respuesta, se encuentran comentarios de gran valor que ratifican la calidad de los encuestados y ofrecen alternativas de interés para el tema.

Percepción de la participación en procesos de consulta previa. Análisis de resultados.

Tras la invitación, 21 expertos tuvieron a bien ofrecer sus consideraciones sobre el tema planteado, cuyas respuestas particulares, agrupadas y expuestas de manera gráfica, junto con algunas reflexiones asociadas y que suscitan su encuentro, son la materia del presente aparte del documento.

Las primeras cuatro preguntas, conforman en cierto modo un bloque y otorgan un contexto del grado de experiencia y participación de los indagados. Estas preguntas fueron:

1. En cuántos procesos de Consulta Previa ha participado en los últimos 3 años

2. En qué calidad y circunstancias ha actuado en dichos procesos de Consulta Previa
3. La materia de consulta de los procesos en los que ha participado ha sido:
4. ¿Mayoritariamente con qué grupos étnicos?

Los resultados correspondientes a este primer bloque, se aprecian a continuación:

Figura No.1 Nivel de participación en procesos consultivos de los expertos encuestados.



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa... Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia, 2016.*

Es ineludible destacar, según lo exhibe la Figura No. 1, que cerca de la mitad de las personas que reportan sus puntos de vista, el 47%, son lo que pudiera llamarse profesionales *Senior* en el tema, dado que han estado actuando entre cuatro y siete procesos en los últimos tres años (14%) y en más de siete (33%), es decir, profesionales de gran experiencia y con un conocimiento importante de los detalles y las dinámicas del tema en cuestión. Esto sin menospreciar que la mitad restante (53%), ha estado ya participando del ejercicio y le ha correspondido hacer parte de entre uno y tres procesos consultivos, cosa que también les concede notable vinculación y proximidad con un tema que sin duda han estado recorriendo. No obstante la experiencia de unos y otros, no es

posible determinar si la experiencia ha sido un ejercicio empírico propio de la interacción directa con las comunidades étnicas o si por el contrario existió una capacitación o desarrollo de estudios previos.

Resulta interesante también registrar el papel en el que los encuestados han hecho parte de los procesos consultivos, cosa que sin duda les da también una perspectiva propia y particular, de conformidad con los intereses inherentes al rol que defienden y al margen de que tengan la capacidad de reconocer aspectos del deber ser y desde la óptica de los otros roles. De todas formas llama la atención que según lo consignado en la Figura No. 2, la gran mayoría (13 personas, que conforman el 62% del universo encuestado) han sido gestores de proyectos de la empresa privada, seguido por un significativo registro de 4 personas (19%), que en diferentes procesos han actuado en ocasiones como representantes de la comunidades, luego como gestores privados o como agentes estatales, práctica o situación esta comprensible y aceptada dentro de los especialistas en el tema, dada la movilidad que los profesionales pueden tener en el campo. El 19% restante se divide, la mitad como siempre interlocutor del estado y la otra mitad como siempre interlocutor de grupos étnicos.

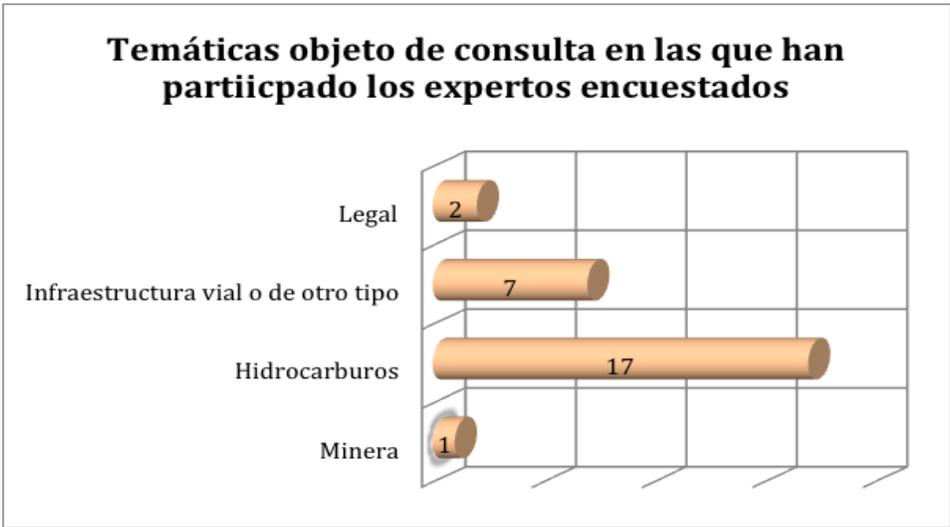
Figura No.2 Rol de participación en procesos consultivos de los expertos encuestados.



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa... Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia.*

Lo que para este documento es importante subrayar, es la variedad de ángulos desde los que se responde, independiente de la preponderancia de los gestores privados, pues es cosa que da un panorama plural y a la vez representativo de lo que sucede o como están compuestos los participantes en los diferentes proyectos materia de consulta previa.

Figura No.3. Temáticas objeto de la consulta en las que han participado los expertos encuestados.



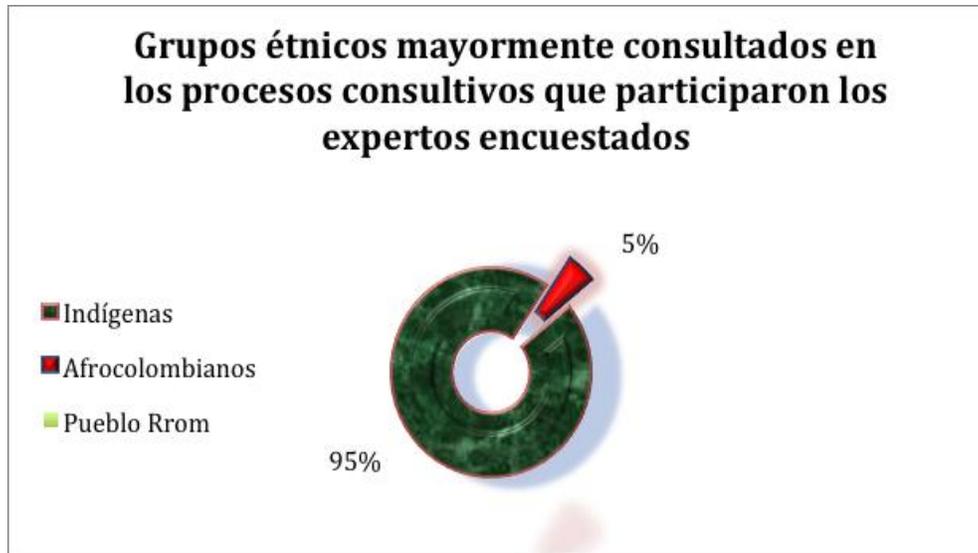
Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa...* Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia.

Complementario a los tres primeros elementos del bloque, resulta también de relevancia, de lo que se desprende de la Figura No. 3, que la mayor parte de los temas que fueron objeto de consulta y en los que participaron los encuestados fueron los de hidrocarburos (63%), seguidos por los de infraestructura (26%), legal (7%) y minera (4%), denotando que para el período de tres años anteriores por el que se averiguó, fue esta la rama que más dinamismo tuvo y por lo tanto la que mayor demanda produjo de este tipo de procesos en los encuestados. En este punto vale también reseñar que las respuestas en este caso se aceptaron de carácter múltiple, es decir que un mismo experto podría haber participado en diferentes materias y registrarlos de esa forma, cosa que enriquece la capacidad probada de estas personas para emitir opiniones como las que aquí se están inquiriendo.

Para el último componente del bloque, los resultados evidencian también algo previsible dada la ubicación usual de los proyectos que son sometidos a la consulta previa y la de las poblaciones a las que se consulta en los diferentes temas. Con esto queda claro que son los indígenas la población que más se convoca (95%) y con un escaso nivel de participación (5%) se acude a los afrodescendientes. El pueblo Rom no ha hecho parte de los grupos con los que interactuaron los encuestados, tal como lo condensa la Figura No. 4.

Figura No.4 Grupos étnicos mayormente consultados en los procesos en los que participaron los expertos encuestados.

Grupos étnicos mayormente consultados en los procesos consultivos que participaron los expertos encuestados



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa... Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia.*

Hecha esta necesaria caracterización de quienes ofrecieron su concurso a este documento, es posible entrar en materia en lo que se considera son varios de los principales aspectos que aquejan hoy a la implementación y ejercicio del derecho de consulta previa en nuestro país.

En primer lugar se hizo referencia a un elemento que si bien podría pensarse que no hace parte como tal del proceso consultivo en su desarrollo, lo es como condición previa y *sine quanon* para que la consulta proceda y es el reconocimiento o certificación que la entidad competente, esto es la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, debe expedir a nombre de una comunidad perteneciente a un grupo étnico y sobre la que se cree potencialmente desde ellos mismos o desde la parte interesada en que se lleve a cabo el proyecto, recaerían los impactos que el proyecto conlleve.

Este procedimiento, que en general podría considerarse un trámite sencillo, se ha visto envuelto en un manto de dudas de diferente índole, que lo han hecho difuso: coordenadas geográficas, referentes culturales, conveniencias e interpretaciones sociales y políticas, redelimitación de los proyectos, entre muchos otros, que llevaron a preguntar:

5. A su juicio y según el período de tiempo de su participación, la certificación de la existencia de grupos étnicos (afrocolombianos, indígenas o gitanos), en zonas geográfica o culturalmente relacionadas con el Derecho a la Consulta Previa es:

Las respuestas que ofrece la Figura No. 5 son dicentes en cuanto al tema. Casi dos terceras partes de los encuestados (62%), consideran que este trámite ha sido no sólo lento, difícil y poco claro, sino que no ha brindado confianza a las partes, que ha sido insatisfactorio. Una tercera parte (33%) prefiere ser prudente y reconoce que dadas las condiciones de los participantes, este ha sido acorde en el tiempo y les ha brindado claridad. Tan sólo el 5% habla bien del trámite actual, señalando que ha sido ágil y propicio.

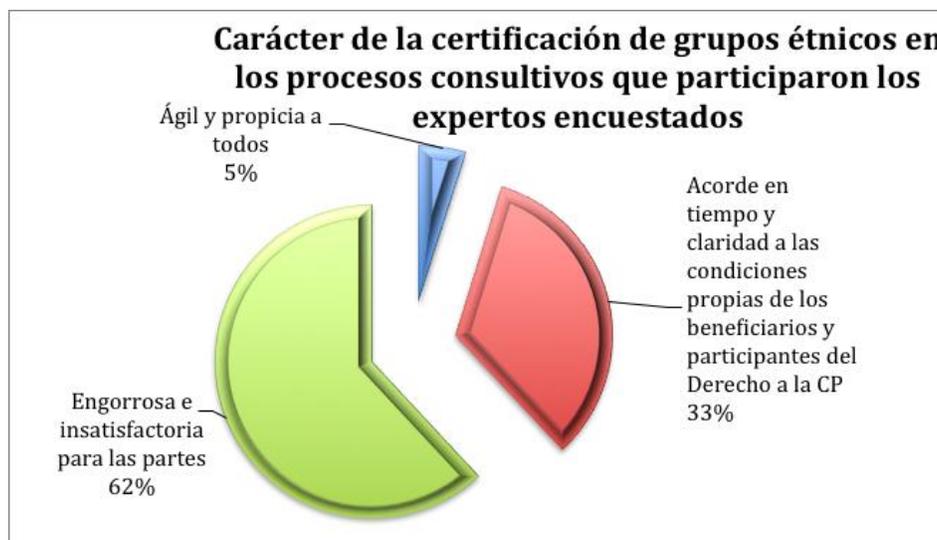
Dicho de una manera puntual, una amplia mayoría reporta que desde sus inicios no se encuentra garantía ni confianza en la identificación y certificación de las comunidades étnicas asociadas geográfica y culturalmente con los potenciales proyectos, lo que en esa misma medida significa que el proceso inicia de manera frágil, poco consistente o lo que es peor, herido de muerte, pues posteriormente puede ser materia de revisión y anulación, tal como lo han demostrado sentencias en las que la Corte Constitucional, a pesar de que caracterizaciones de esta naturaleza han sido sometidas al trámite riguroso por parte de las empresas y los funcionarios de diversos Ministerios, entre ellos el Ministerio del Interior, de las que se desprende la ausencia de grupos étnicos, dicha corporación ha indicado que sí hay grupos étnicos y que sí sufren afectación.

Por citar apenas tres ejemplos, se remite a los fallos correspondiente a los casos Torres Torres y otras autoridades indígenas vs. el Ministerio del Interior; Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Brisa S.A., (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, T-547, 2010). Pescadores de las playas de COMFENALCO vs. Distrito Turístico de Cartagena, Consorcio Vía al Mar, Agencia Nacional de Infraestructura, Dirección General Marítima e Instituto Nacional de Vías, (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, T-348, 2012) y cabildo indígena resguardo Turpial, La Victoria vs. los ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Empresa Meta Petroleum Limited.,

(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, T-693, 2011).

Tales circunstancias han dejado en entredicho si los insumos que utiliza el Ministerio interior para certificar la presencia de grupos étnicos son suficientes, si disponen de la adecuada georeferenciación, si conocen y tienen o no plena identificación de la incidencia cultural de las mismas y hasta ponen en duda la eficacia de la realización de visitas de verificación en campo.

Figura No.5 Carácter de la certificación de grupos étnicos en los procesos consultivos



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa... Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia.*

Otro de los aspectos que se ha convertido en factor inicial pero rotundo de desencuentro y viene constituyendo en la práctica un proceso *autónomo* de concertación propio, como si se tratara de una *consulta dentro de la consulta* y *anterior a la consulta misma*, es el de establecer los términos y condiciones logísticas en los que los grupos étnicos consultados se sienten interactuando en equidad con los demás actores del proceso.

Si bien resulta más que razonable a la luz de los principios mismos del derecho a la consulta previa, que los grupos étnicos consultados tengan acceso

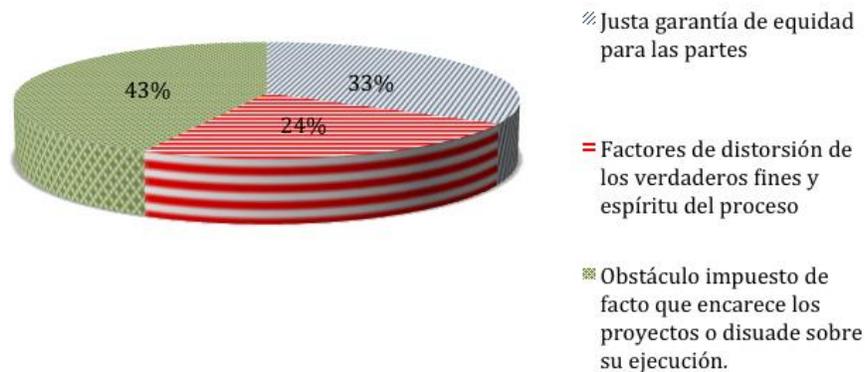
real y efectivo al conocimiento en sus mejores niveles para que la comprensión del proyecto y su evaluación de impactos sea así mismo racional y conforme al desarrollo de las ciencias, o que las jornadas y las condiciones materiales en medio de las cuales se desarrolla el proceso se lleven a cabo en medio de adecuados parámetros de confortabilidad y sin que por ello tengan que desatender sus roles naturales de subsistencia y liderazgo, según cada caso, esta circunstancia tiende a confundirse y es susceptible de tergiversaciones, como quiera que en no pocas ocasiones se han llegado a trastocar con pragmatismo inapropiado los fines de preservación de la etnia y la cultura, que son los objetivos últimos del proceso con los de esta fase de deliberación y reflexión que entraña la consulta, llegando a poner en el tapete solicitudes y exigencias de difícil logro que entrañan infraestructura de gran calado u otras pretensiones económicas simplemente desbordadas y por fuera de la fase en la que se encuentra el proceso.

Adicional a lo anterior, en la previsión de lo que este diálogo pueda durar, que se asocia al mantenimiento de las condiciones logísticas por parte de los proponentes del proyecto, se suelen indicar unas largas proyecciones de tiempo que escapan a cualquier posibilidad real de poner en marcha en algún futuro su ejecución. En este contexto se indagó:

6. En su concepto y basado en su experiencia, la financiación de los requerimientos logísticos (transporte, alimentación, reconocimiento de tiempo), así como los de asesoramiento externo o interno en diferentes índoles que suelen demandar las comunidades para el desarrollo de un proceso de Consulta Previa son:

Figura No.6 Percepción sobre el financiamiento de las consultas previas

Percepción sobre el financiamiento de requerimientos logísticos y pago de asesores externos entre los expertos encuestados



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa...* Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia

Resulta significativo que entre quienes opinan que los requerimientos logísticos y de asesoramiento interno o externo son factores de distorsión de los verdaderos fines y espíritu del proceso (24%) y aquellos que afirman que son un obstáculo impuesto de hecho y que encarece los proyectos o incluso disuade a los interesados de pensar en su ejecución (43%), se alcancen dos terceras partes del total de los expertos encuestados. Tan solo una tercera parte cree que este aspecto es una justa garantía de equidad para las partes, con lo que queda de presente que es poco el equilibrio que ofrece y en cambio sí se toma como si ese fuera un preámbulo del pulso económico que termina siendo el proceso. Por ello no en pocas ocasiones se ha escuchado decir que si en estos primeros intentos de acuerdo hay pocos recursos, pues entonces las posibilidades de llegar a un acuerdo para el proceso es remoto, cosa que por supuesto no comporta una situación acorde con el ejercicio del derecho, pareciendo más preocupación de negociantes y oportunistas de profesión en este tipo de procesos.

Para agravar más las circunstancias que rodean este hecho, no existe ninguna instancia, ningún espacio deliberativo objetivo, no hay un tercero imparcial que pudiera iluminar en forma racional esta dupla de pretensiones y posibilidades

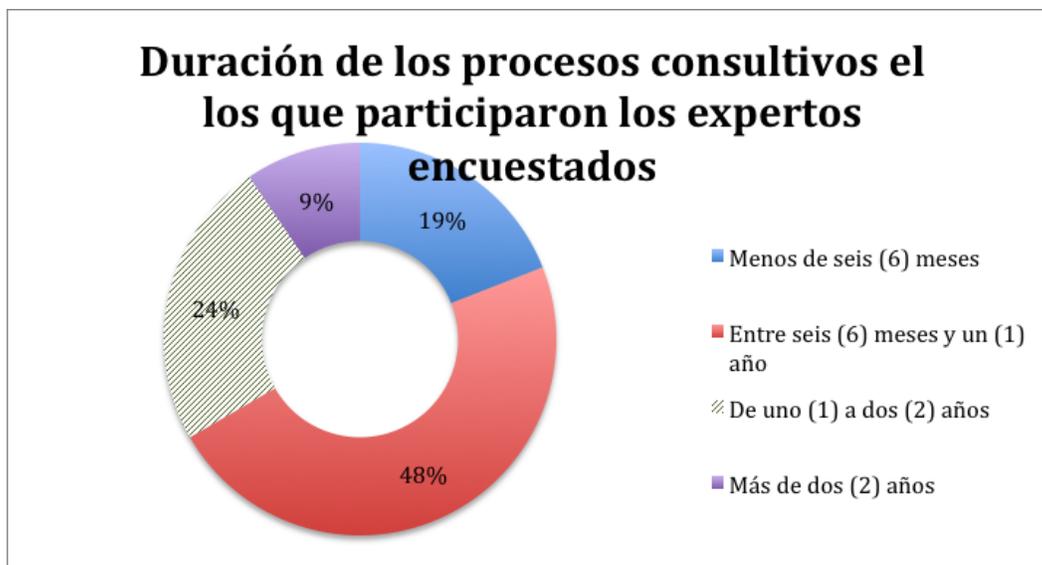
y que ponga unos parámetros realistas a los costos de la consulta en temas logísticos que imponen los grupos étnicos y sus equipos asesores, quedando a expensas de las habilidades negociadoras de las partes, basadas en intenciones diametralmente alejadas en cifras de dinero y de tiempo. En este sentido, Laura Rico menciona algunas prácticas *non sanctas* que se evidencian en las consultas previas, tanto de parte de las comunidades como de los interesados en la realización de proyectos que las afectan. (Rico, 2009)

Justamente sobre los temas de tiempo recae la séptima pregunta que se formuló a los expertos encuestados, esto partiendo de que es otro de los factores que mayor impacto genera a los procesos de consulta previa, toda vez que representa una de las quejas que más han visibilizado inversionistas privados y funcionarios gubernamentales con la anuencia de los medios de comunicación, quienes en conjunto se han encargado de pregonar que antes que el justo ejercicio del derecho que asiste a los grupos étnicos para preservar su cultura y su propia existencia física ante proyectos de gran impacto que se efectúen en sus territorios, la consulta previa es un obstáculo que frena, entorpece o retarda de forma injustificada y costosa la implementación de diversas obras indispensables al desarrollo del país.

Así pues, dado que durante mucho tiempo, la duración de estos procesos, que no está delimitada claramente en su transcurrir, ha sido uno de sus principales tópicos controversiales, las respuestas ofrecidas por los expertos, consignadas en la Figura No. 7, son ilustrativas de la realidad a la fecha.

7. Los procesos de Consulta Previa en los que ha tenido la oportunidad de participar han tomado en tiempo promedio:

Figura No.7 Duración de los procesos consultivos en los que participaron los expertos encuestados



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa...* Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia.

Como se desprende de la Figura No. 7, contrario a lo que podría esperarse, los expertos registran un cambio notable en la percepción del tiempo que duran estos procesos, que ya no son extensos o indefinidos, sino realmente cortos. No otra interpretación puede darse a que el 48% señale que los procesos de consulta en los que han participado han tardado entre 6 meses y 1 año, lo que sumado al 19% que reporta que han estado en procesos que han durado menos de 6 meses, representa un amplio 67%. Los procesos que se registran con más de 2 años no superan el 10% y los de entre 1 y 2 años configuran un 24%, cifra que es alta, pero que aún así no se compara con las casi tres cuartas partes adicionales que dan noticia de procesos que toman un tiempo no superior a un año.

El Ministerio del Interior “se ha esforzado por reducir los tiempos de los procesos de Consulta, los cuales han variado de 24 meses a principios del año 2010 a 7 meses en la actualidad, evidenciando una mejora del 71%” (Ministerio del Interior, 2014).

Ahora bien, no puede perderse de vista que esta estadística posee un distractor o mejor, un escondido en su fenomenología reciente: el tiempo se mide desde que se instala formalmente la consulta y hasta que se llega a la protocolización de los acuerdos, dejando por fuera una engorrosa parte inicial, que

es la definición de la logística previa al arranque y otra final de ejecuciones y seguimientos, por considerársela complementaria. Si se la sumaran estos dos elementos, volveríamos a términos de tiempo significativos y coherentes con lo que denunciara en su conjunto el editorialista del Diario El Espectador, citado líneas arriba.

De otro lado y a la hora de evaluar la práctica del proceso de la consulta previa tal como se despliega hoy, un papel protagónico lo tiene la Directiva Presidencial 010, pues marca el derrotero con el que la autoridad en la materia, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, aborda el relacionamiento con los grupos étnicos y el discurrir del proceso, con lo que por fuera de la citada directiva y sus respectivos pasos, no existe procedimiento que pueda considerarse válido, no si no se lleva a cabo con apego a las fases que involucra. Pese a ello o tal vez por esa misma razón, tal como lo muestra la Figura No. 8, su valoración suscita una marcada polarización entre los expertos, al darse lo que bien podría llamarse un "empate técnico" entre quienes denigran de su validez por sus orígenes y concepciones, versus quienes consideran que ofrece una oportunidad procesal valiosa y se ajusta a los mejores términos y condiciones para que el proceso tenga un desarrollo oportuno y satisfactorio.

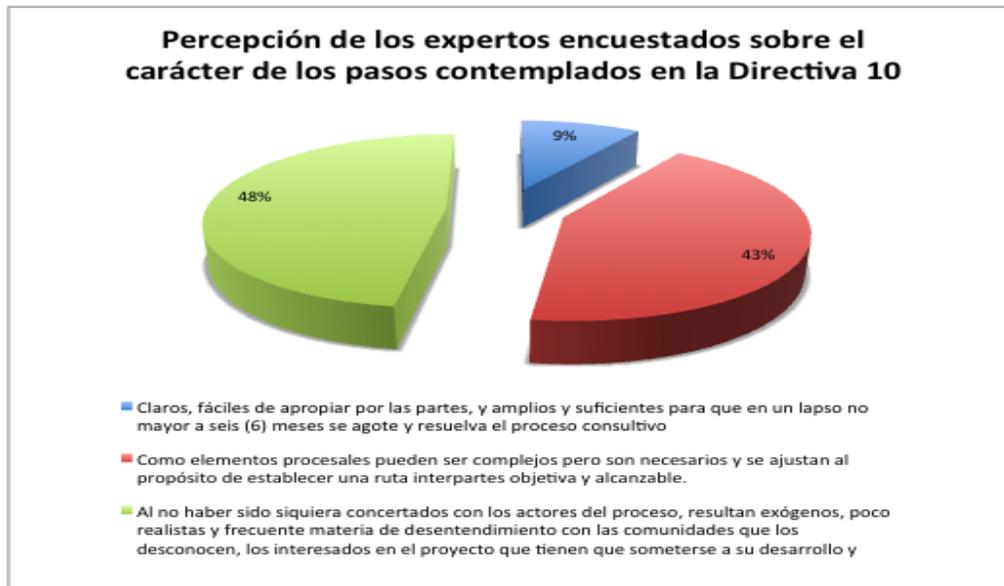
Las cifras son elocuentes por sí mismas: el 53%, resultado de sumar el 10% que piensa que dichos pasos son claros, fáciles, amplios y suficientes, con el 43% de aquellos que creen que a pesar de ser complejos son necesarios y se ajustan a la necesidad de las partes para que el proceso llegue a buen término, prácticamente se equiparan y contraponen al 48% en contra y que asegura que por no haber sido siquiera concertados con los actores del proceso, son exógenos e inapropiados como referentes justos y viables para la consulta.

Sin anticipar conclusiones, lo que sí evidencia esta polarización es que la normatividad actual no recoge el sentir de ninguna mayoría y que si bien la Ley no puede pretender, como ya se mencionara, satisfacer a todos los sectores de la sociedad sino regular en Derecho, atendiendo la salvaguarda de los principios rectores consignados en la Carta Magna, no se puede desconocer tampoco que en el caso en cuestión, los instrumentos legales vigentes no comportan con

solidez los mejores mecanismos para traducir estos propósitos a la realidad concreta.

8. Conforme a sus vivencias, los pasos contemplados por la Directiva Presidencial 010 (Preconsulta, Instalación de la consulta, Identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, preacuerdos, acuerdos y protocolización), son:

Figura No.8 Percepción de los expertos encuestados sobre el carácter de los pasos contemplados en la Directiva 10.



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa... Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia.*

Ya inmersos en el desarrollo que entraña la mencionada Directiva 10, un elemento que también genera diversas reacciones e interpretaciones es la calidad y eficacia de la participación de las llamadas entidades garantes del proceso, es decir, de la manera como los profesionales que representan al Ministerio Público, a las administraciones locales y a las autoridades ambientales se relacionan con los integrantes de los grupos étnicos consultados y su aporte al proceso mismo, toda vez que se percibe que en ocasiones asumen posturas supra garantistas u otras se les acusa de convertirse en aliados a priori de los particulares, para que los proyectos procedan sin verdadero control.

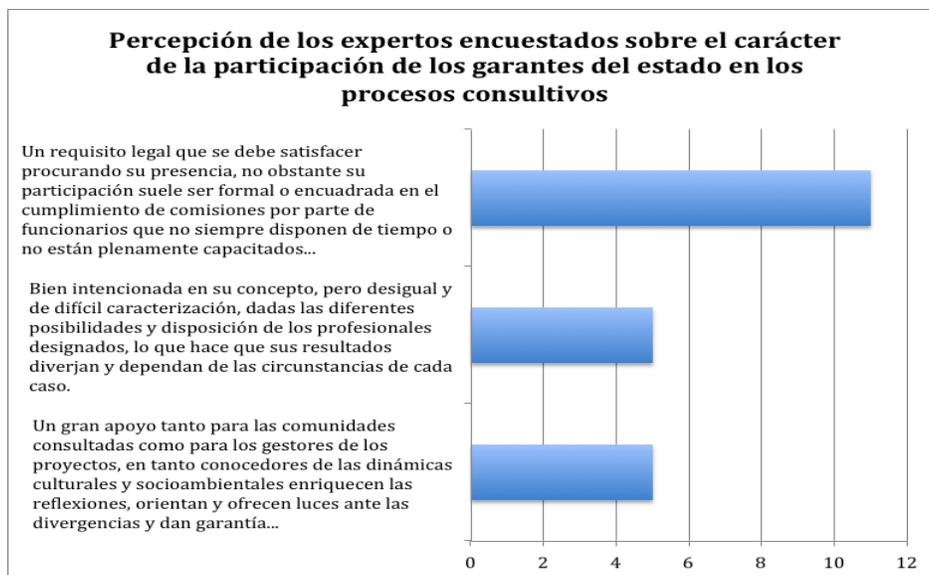
A este respecto, en el punto noveno se preguntó:

9. De acuerdo con su observación en campo, aparte de los funcionarios del MI-DGP, la vinculación y participación de los representantes las entidades estatales garantes y/o acompañantes en los procesos de Consulta Previa (Ministerio Público –Personerías y procuradurías–, administraciones locales, Corporaciones Autónomas Regionales, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales), es:

Los resultados a la inquietud formulada y que consigna la Figura No. 9, da noticia de que la mitad de los expertos encuestados considera que la presencia de los llamados garantes termina siendo formal y como parte del llenado de unos requisitos legales, en esencia. Una cuarta parte adicional, piensa que hay buena voluntad en los profesionales participantes, aunque su éxito o fracaso en el proceso depende más de las individualidades que de las entidades que representan. Una última cuarta parte es generosa con los funcionarios en cuestión, reconociéndoles un valioso papel, que según su experiencia ha servido para dinamizar los procesos, ahondar en las reflexiones y de manera ecuaníme han gestado el buen desempeño de las consultas en las que han participado.

Dado el abanico de posibilidades y en razón a que pesa más el hecho que se considere dicha participación como de mero formalismo, estas respuestas ponen de presente la necesidad de que quienes intervienen en la consulta sean profesionales cada vez más idóneos y formados en la materia, antes que personas que se remiten por parte de las entidades a simplemente cumplir con el requisito.

Figura No.9 Percepción de los expertos sobre el carácter de la participación de entidades del Estado como garantes en los procesos de consulta previa.

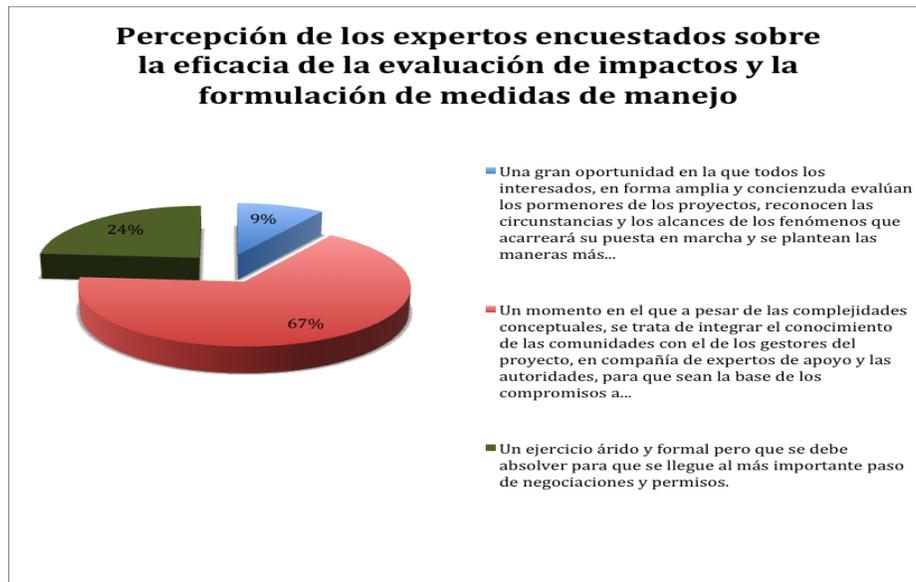


Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa...* Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia.

Sobre la identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, uno de los momentos o pasos que bien podrían caracterizarse como ejes indiscutibles del proceso de consulta previa, pues sobre él se soporta tanto que las comunidades tengan plena conciencia de la magnitud, duración y dirección de los efectos inmediatos y futuros que tendrán para su cultura y su sobrevivencia la realización del proyecto que se les somete a consideración, de la misma manera que las autoridades y los promotores del mismo proyecto podrán, junto con los afectados, establecer el tipo de decisiones y actuaciones que deben tener lugar para prevenir, controlar, mitigar o compensar tales impactos. Dada su notable importancia, se preguntó:

10. A partir de su participación en ellas, cómo considera el desarrollo y los resultados de las actividades de identificación de impactos y formulación de medidas de manejo relacionadas con los proyectos que se someten a Consulta Previa:

Figura No.10 Eficacia de la evaluación de impactos y formulación de medidas de manejo en los procesos de Consulta Previa.



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa... Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia.*

Los resultados obtenidos como respuesta a este cuestionamiento, exhibidos en la Figura No. 10, es esperanzador, si se tiene en cuenta que la amplia mayoría (67%), le otorga la trascendencia conceptual que en realidad tiene, al indicar que a pesar de las complejidades, se procura la integración del conocimiento de las partes para llegar a una identificación razonable y adecuada a las realidades que cada proyecto comporta. Si al anterior porcentaje le sumamos el 9% de respuestas aún más positivas sobre este momento del proceso, tendremos que tres cuartas partes opinan con acierto que la identificación de impactos y su consecuente formulación de medidas de manejo, constituye el eje que soporta el éxito del proceso.

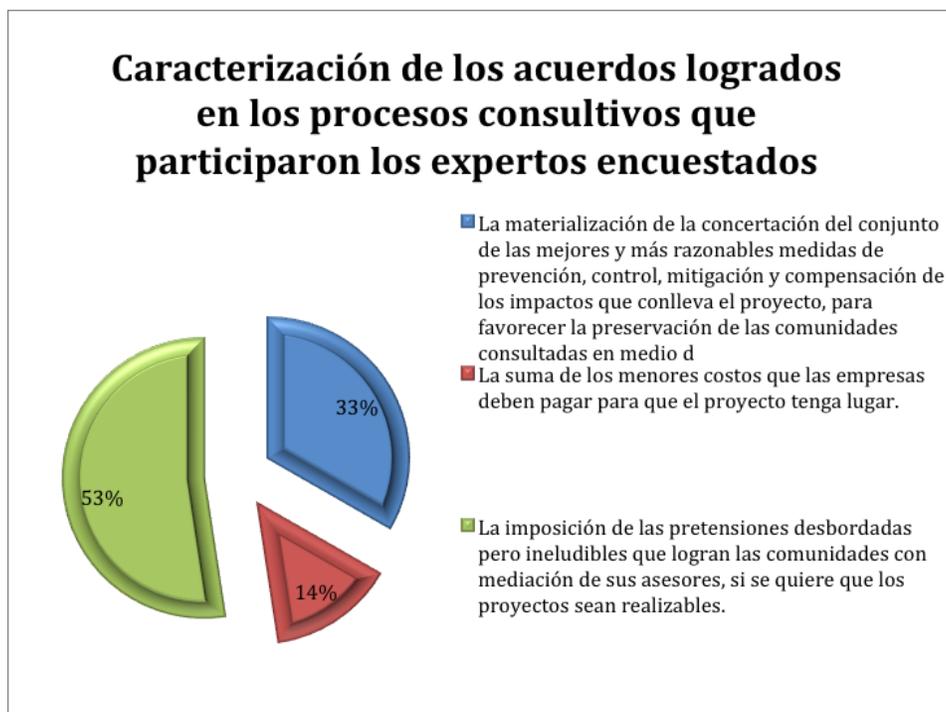
Ahora bien, no se trata de censurar a la última cuarta parte que con pragmatismo indicó que se trataba de un asunto árido y que lo ve apenas como un requisito formal a absolver para pasar a la fase escueta de la negociación de permisos, lo cual es también válido en términos de resultados, por el contrario, se trata de ampliar la experiencia de quienes conforman las tres cuartas partes que

ven en esta fase una oportunidad para alcanzar un verdadero equilibrio en este tipo de procesos.

Lamentablemente, el ejercicio hecho y que se reporta como satisfactorio en el cuestionamiento anterior no se ve reflejado de la mejor manera a lo hora de cerrar los acuerdos. Así se desprende de las respuestas ofrecidas al siguiente interrogante:

11. En función de los casos en los que ha participado, cree usted que los acuerdos a los que se llega durante el proceso de Consulta Previa, son:

Figura No.11 Caracterización de los acuerdos logrados en los procesos de Consulta Previa.



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa... Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia.*

En efecto, las respuestas que reflejan la Figura No. 11, tal como se anunciara en el preámbulo a la pregunta con igual numeral, son abrumadoras y denotan que pese a que el 75% de los encuestados dijo que el ejercicio de identificación de impactos y la formulación de medidas de manejo era valioso y fundamental para acceder a unos acuerdos ajustados a la realidad del proyecto, a

la hora de cerrar los acuerdos y mirarlos como un hecho, más de la mitad (53%) fue contundente al decir que los acuerdos terminaban siendo la imposición de las pretensiones desbordadas de los grupos étnicos consultados, cosa que se emparenta con el 14% adicional que dijo que dichos acuerdos eran la suma de los menores costos posibles que debían pagar los promotores del proyecto si se quiere ejecutar. En suma, las dos terceras partes asocian los acuerdos como algo impuesto o establecido a regañadientes y en cierto modo desligado del conjunto del proceso. Solo un estricto 33%, apenas una tercera parte, plausible pero escasa, expresó que los acuerdos logrados en su experiencia fueron el resultado de la concertación de las medidas más razonables y justas, hechas en medio del proceso de reflexión que entraña la consulta. Invertir esta cifra, sería una aspiración para que estos procesos de consulta previa tuvieran un mejor cumplimiento de sus originales y verdaderos propósitos.

Finalmente dentro del conjunto de preguntas, las dos restantes pueden verse también como un pequeño bloque temático, dado que apuntaron a establecer cómo se produjo el cumplimiento de los compromisos adquiridos en los procesos de consulta en los que participaron los encuestados y la percepción sobre los resultados o efectos posteriores a la ejecución de los compromisos. Así pues se requirió primero:

12. Según su conocimiento, los compromisos de ejecución y de pagos realizados por las empresas, particularmente los de compensación durante la Consulta Previa, se han llevado a cabo:

Las opciones eran básicas y sólo dos. Una: siempre, todos y de manera oportuna, y la otra: no siempre o no todos o con retrasos.

Las respuestas dadas para este primer caso, ilustradas a través de la Figura No. 12, indican que el cumplimiento se produjo “50-50”, como quiera que prácticamente una mitad (48%) reportó éxito en la satisfacción del compromiso, mientras que la otra (52%) registró que no fue así.

Figura No.12 Conocimiento de los expertos sobre la ejecución de los acuerdos en procesos de Consulta Previa.



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa... Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia.*

Aunque las cifras podrían leerse sin prevención como cualquiera otra, debe resaltarse y llamar a que se comprenda que este hecho, por simple o justificado o acorde con las realidades concretas que les correspondió asumir y por las cuales no siempre se cumplió o no se lo hizo en su totalidad o con retrasos, es escandaloso en si mismo. ¿De qué sirve que el proceso se lleve con rigurosidad, con conciencia, con objetividad, etcétera, si a la hora de las realizaciones que se desprenden del mismo, la mitad de las veces estas se vieron trastocadas?

Pero la cosa no termina ahí, pues a continuación, en forma complementaria, se indagó:

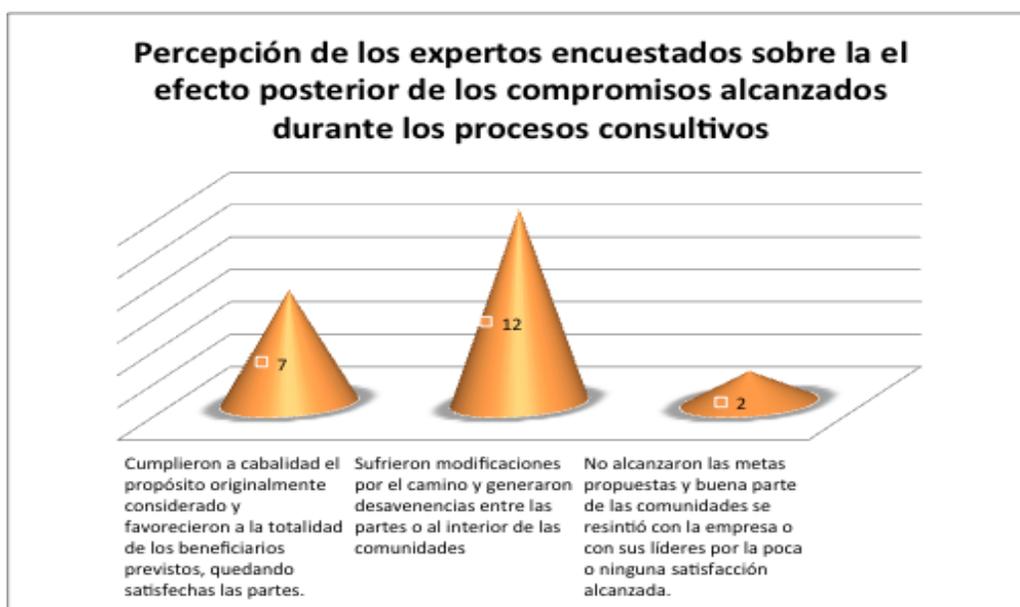
13. Respecto de los proyectos y compromisos económicos o de otra naturaleza establecidos en la Consulta para con las comunidades y que fueron satisfechos, su experiencia le permite afirmar que:

Para este caso, se delinearon tres respuestas posibles: una, que cumplieron a cabalidad y en beneficio de la mayoría de las comunidades consultadas, dos, que sufrieron modificaciones y generaron desavenencias entre

las partes o al interior de la comunidad y tres, que no se alcanzaron las metas y las comunidades beneficiarias se resintieron.

En este segundo conjunto de respuestas sobre cómo se produjo dicho cumplimiento de compromisos y la percepción sobre los efectos posteriores a la ejecución de los mismos, lo cual se exhibe en la Figura No. 13, los resultados tampoco son tranquilizadores: sólo una cuarta parte, el 25% se alineó con el cumplimiento a cabalidad, mientras que un 43% reportó que hubo modificaciones por el camino que generaron desavenencias entre las partes o al interior de las propias comunidades beneficiarias y un preocupante 32% reconoció que no se alcanzaron las metas y por tanto se resintieron los beneficiarios, tanto con sus líderes como con la empresa, dada a la poca o ninguna satisfacción alcanzada.

Figura No.13 Percepción de los expertos encuestados sobre los efectos de los compromisos definidos en los procesos de Consulta Previa.



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta: *A propósito de su participación en procesos de Consulta Previa... Análisis de percepción y realidades sobre el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia*

Dicho de otra manera, con la que quizás se vea de nuevo la gravedad de la dimensión que tiene que lo concertado en los procesos de consulta previa no haya tenido un efecto real, en consecuencia con la seriedad que debía tener el ejercicio

del derecho, tres cuartas partes de los expertos encuestados (el 75%) saben que pese a haber llegado a unos acuerdos en relación con unas ejecutorias, estas no tuvieron un final feliz, por el contrario fueron objeto de mayores desazón y desconfianza.

En suma, este último aparte de resultados constituye un certero golpe al proceso en la manera como se ha venido desarrollando la consulta previa, pues representa nada más y nada menos que a las dificultades presentadas en su desarrollo, se le venga a sumar un inaceptable incumplimiento e insatisfacción de las ejecutorias derivadas de la misma, haciendo con eso que el ejercicio del Derecho pueda considerarse inocuo, otro de los tantos saludos a la bandera que posee nuestro ordenamiento. Resulta demoledor decirlo de esta manera, pero en función de las respuestas ofrecidas, no podría interpretarse de otra manera.

Por último, como también se anunciara desde un comienzo, se les solicitó a los expertos que de manera abierta registraran su opinión sobre qué tipo de intervención, modificación al proceso u otra medida podrían hacer al ejercicio del Derecho a la consulta previa para convertirlo en algo efectivo a la luz del ordenamiento jurídico. Se les dijo:

En su concepto, por favor señale la manera como considera que podría hacerse más efectivo el proceso de Consulta Previa para las partes, teniendo en cuenta que se trata de un Derecho Fundamental que la Constitución Política consagra en favor de los grupos étnicos de nuestra Nación.

Las respuestas ratifican una vez más la capacidad de los expertos encuestados y reflejan posturas enriquecedoras. Se transcriben inicialmente en su conjunto y se destacan luego algunos tópicos que por recurrentes o creativos, no se quisiera dejar pasar sin subrayarlos.

- 1. El proceso sería más efectivo si lo realizara directamente el Estado, previamente a ofertar asignaciones de áreas y con el aporte de todas las entidades que tengan incidencia en la calidad de vida de las comunidades. La consulta previa es un derecho que sirve para garantizar otros de igual importancia como autonomía, diversidad étnica, diversidad cultural, vida digna, autodeterminación, etc.*
- 2. Los procesos de Consulta Previa deben ser desarrollados por el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta que son socios estratégicos y en últimas los más interesados que se lleven a cabo los proyectos de desarrollo económico. Las compañías no pueden ser responsables*

de estos procesos que en ocasiones desestiman las inversiones por su manejo y complejidad.

3. *El Estado debería ejercer un rol de mayor injerencia y protección, no dejar a la suerte de las empresas lo que derive de la consulta sino buscar equilibrar realmente a las partes, lo que entre otras cosas implica regular el ejercicio de asesores e intervinientes externos pero que terminan rebasando sus propios límites.*
4. *Todas las partes deben revisar el espíritu y el cómo se está abordando el proceso. La empresa debería ver más allá del requisito, la oportunidad de generar legitimidad para su proyecto; la institucionalidad debe verificar el conocimiento, experiencia y claridad de roles de los funcionarios que lideran y/o acompañan los procesos; las comunidades deberían velar por que se mantenga y se respete durante todo el proceso, el verdadero espíritu de la CP, como lo es la protección cultural, del territorio y de sus formas tradicionales de vida, limitando los intereses particulares, inmediatistas y económicos de algunos líderes o asesores.*
5. *El proceso de Consulta previa debe **contar con una legislación clara** que permita dar seguridad a las comunidades en su derecho colectivo, pero también a las empresas. Dicha legislación debe enfocar el proceso de la consulta en sí, a partir de un desarrollo legal, técnico, metodológico claro y transparente para las partes. El gobierno debe tener total claridad y seguridad en la certificación de los grupos étnicos afectados para evitar la certificación erróneas de comunidades o de supuestas comunidades étnicas que con la sola manifestación de autoreconocimiento y sin un estudio etnográfico y etnológico son reconocidas. Este es el primer paso para garantizar el derecho a la participación a la CP de una comunidad étnica, pero también el dar seguridad a las empresas, redundando finalmente en el desarrollo de proyectos para beneficio del país.*
6. **Generar procesos de gobernanza** sobre los recursos, y crear espacios de participación diferentes a las reuniones de consulta, y desarrollar metodologías con enfoque diferencial.
7. *[Al Derecho a la Consulta Previa le] debe anteceder el derecho a la Participación, uno de los cuatro derechos [esenciales], de modo que se planifique macro. La consulta requiere que todas las partes estén debidamente formadas para enaltecer este derecho.*
8. *La consulta previa es un deber del Estado, es quien debe realizar los procesos de consulta previa para que de esta manera la empresa ejecutora no tenga inconvenientes al momento de desarrollar las actividades y los acuerdos que deba cumplir la empresa sean claros.*
9. *En relación con el proceso de Consulta Previa se debería **reglamentar el proceso** y darle unas funciones más claras a todas las entidades del "Estado".*
10. **Establecer límites a las compensaciones**, que en realidad se tasen o estén cuantificadas ciertas afectaciones. Que el Ministerio del Interior sea el encargado de verificar directamente con el

Ministerio Público la ejecución de los proyectos que se acuerden, no al desembolso de dineros directos, únicamente en ejecución de proyectos productivos

11. A pesar de que existe en nuestro país bastante legislación sobre la Consulta Previa, considero que es importante **que se reglamente el proceso**. Esto permitiría ser más claros en el manejo del proceso tanto para las empresas como para el estado.
12. (...) El Estado debería, con la participación de sus instituciones, desarrollar los procesos y la empresa que esté interesada en ejecutar un proyecto, obra o actividad lo pueda [recibir y] desarrollar de forma inmediata, cumpliendo con el requisito de la Consulta Previa.
13. La concertación debe tener mayores controles para evitar que las comunidades realicen solicitudes irrealizables o insostenibles que tampoco aportan a su bienestar. La participación de las entidades públicas debe ser más oportuna y cualificada, que hoy es más un requisito de presencia sin garantía de una participación activa. Por último, las fases y lineamientos establecidos para las consultas previas deben ser construidas con las comunidades de manera que sean legítimas y faciliten su desarrollo.
14. **Reestructurar el proceso** a partir de las lecciones aprendidas, para que la prioridad sea el diálogo intercultural y el entendimiento entre las partes a fin de crear un relacionamiento a largo plazo que permita el beneficio mutuo.
15. Desde el componente de ordenamiento territorial, es necesario que las entidades competentes cuenten con metodologías y procedimientos que obedeciendo a los aspectos socioculturales de las diferentes comunidades, permita identificar y caracterizar plenamente las comunidades y sus territorios y en consecuencia su reconocimiento social y jurídico frente al Estado.
16. [Adelantar un] ejercicio de capacitación respecto de la Consulta Previa como ejercicio de Derechos, tanto a las entidades susceptibles del desarrollo de los diferentes proyectos públicos y privados, como a las comunidades mismas. Lo anterior porque el ejercicio de los derechos por parte de las comunidades étnicas debiera enmarcarse en las políticas de anticorrupción y en el reconocimiento de los derechos de quienes no perteneciendo a su comunidad étnica, interactúan directa o indirectamente con su entorno cultural, económico, social, político y ambiental.
17. Considero que **el trámite y el proceso de Consulta actualmente es un buen intento, pero debe ser ajustado**, de manera que no induzca a la entrega de cifras de dinero exuberantes que solo llaman la atención de asesores que pretenden disfrutar de dichos beneficios, y logran engañar a las comunidades. El beneficio que reciban como compensación, debe estar condicionado a la distribución equitativa de todos los miembros de la comunidad y que no pueden ser empleados en compra de bienes o accesorios para uso personal,

solo para uso comunitario y [teniendo como] condición la conservación de las características culturales que conforman o conformaron algún día la identidad y los valores humanos y culturales de las comunidades. Es en este objetivo en el que la autoridad debería concentrar su participación y esfuerzo.

18. La consulta previa debe realizarse con las comunidades directamente y no con organizaciones que la hacen desde una oficina y la mayoría de comunidades no está enterada del proceso, se debe tener en cuenta que para los talleres de impactos e identificación de impactos las comunidades no están capacitadas para hacerlo y el poco tiempo que el ministerio da no se alcanza a identificar, no deben ser las comunidades las que identifiquen medidas de manejo ya que el proyecto no les pertenece.

Pese a la prolífica variedad de las 18 expresiones que usan los expertos para hacer sus aportes, se puede colegir que dos son los puntos gruesos y de mayor trascendencia que tocan en ellas. El primero, subrayado dentro del texto que se transcribe en cinco (5) ocasiones (respuestas 1,2,3,8 y 12), apunta a que el proceso esté a cargo, liderado, desarrollado y culminado por el Estado, quien sea el que entregue a los interesados en desarrollar los diferentes tipos posibles de proyectos, el área ya a punto de su arranque. El segundo, destacado con negrilla en seis (6) oportunidades (respuestas 5,6,9,11,14 y 17), constituye un clamor por que se legisle de manera clara y nítida para las partes el ejercicio del Derecho a la consulta previa, lo que implique a su vez la regulación y el control de aspectos neurálgicos como la incidencia de asesores externos (respuesta 4), certificaciones de presencia (respuesta 15) y definición de compensaciones (respuesta 10), hechos en tres (3) referencias que se subrayan y destacan en negrilla al tiempo. Alrededor de estos aspectos últimos, giran también algunos aportes adicionales que resultan igual de llamativos: que se rescate y tenga presente siempre el espíritu del constituyente y de los acuerdos internacionales en la materia (respuesta 4), que quienes intervengan en el proceso tengan formación especializada para hacerlo (respuestas 7,13, y 16) y que se lleve a cabo el proceso con las comunidades directamente (respuesta 17).

No cabe duda que la polémica acompaña en mayor o menor intensidad estos puntos de vista, sin que sea materia de este documento encargarse de la

controversia, mientras que sí lo es exhibir las consideraciones de unas personas que como se ha visto a lo largo de sus respuestas, disponen de un conocimiento y una experiencia probadas, que de ninguna manera pueden desdeñarse. Para algunos, las normas están definidas y las dificultades es que no se cumplen (Orduz, 2013), para otros, hay un largo camino en la reglamentación de los procesos consultivos.

Conclusiones

Sin pretender reducir el tema, que de suyo posee tantos filos, la reflexión aquí adelantada conduce a puntualizar un par de criterios, a manera de conclusión y en los siguientes términos:

En un entorno tan complejo como el de Colombia, donde gran parte de los proyectos de desarrollo se localizan en zonas periféricas, política y geográficamente distantes, con una realidad cruzada por condiciones nada fáciles de orden político, social, cultural y de orden público, un tema tan sensible e importante como el de la consulta previa debe ser parte de la agenda urgente del Estado a fin de orientar y reorientar el ejercicio del derecho. Nada justifica que hayan transcurrido un par de décadas y más sin consolidar este aspecto nodal de la vida nacional. Pero hay que ir más allá y tener presente que la materialización del derecho fundamental a la Consulta Previa, como Derecho Humano en Colombia, además de superar el tema estrictamente jurídico debe involucrar el compromiso y la responsabilidad de todas las partes involucradas para superar con decisión la poca o nula confianza existente entre unos y otros.

Queda claro que no hay otra opción para el establecimiento, que ofrecer una legislación clara, precisa y universal en su amplio sentido frente al ejercicio del Derecho. Ahora bien, si el camino es la ley estatutaria que se entiende está en curso, la misma debe partir de la realidad de hoy, de reconocer y superar los vacíos, las líneas grises que tiene el ejercicio y que en este documento se han subrayado, a fin de tener en cuenta todas las aristas y que la misma sea una verdadera y completa carta de navegación que ponga límites y defina

responsabilidades. Sólo de esta manera se podría superar la inseguridad jurídica que existe en la actualidad y evitaría que se siguiera produciendo el “gobierno jurisprudencial”, lo que involucra que todas las situaciones se las pretenda resolver por vía de tutela y a partir de sentencias que aunque nadie niega sean apegadas al espíritu de los tratados internacionales y a la garantía de los derechos de los grupos vulnerables, generan confusión y remiten siempre a que haya una instancia superior que defina lo que bien podría estar ya incorporado al curso normal del actuar de todos los nacionales.

REFERENCIAS

Arango, R. & Sánchez, E. (2004). *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio*. Departamento Nacional de Planeación. Bogotá, Colombia.

Atar, D. (2010). *Aportes Metodológicos para el Estudio de la Percepción Social de la Ciencia y la Tecnología*. Documento de Trabajo N° 251, Universidad de Belgrano. Disponible en: http://www.ub.edu.ar/investigaciones/dt_nuevos/251_atar.pdf

Benavente, J. Y Meza, R. (2007). *Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*. Lima, Perú: RED MUQUI - Red de propuesta y acción - Perú / Fundación EcuMénica para el Desarrollo y la Paz - FEDEPAZ - Perú.

Carvajal, J. (2011). La sociología jurídica y el derecho. *Revista Prolegómenos, volumen (14)*, pp. 109-119.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009, diciembre 29) Informe Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Congreso de Colombia (25 de noviembre de 1980). *Por el cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada.* [Ley 089 de 1980]. DO: 8263 de 8 de diciembre de 1890.

Constitución Política de Colombia [Const.](1991) 2da Ed. Bogotá: Legis.

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional (1 de julio de 2010), T-547/10. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional, Sala octava de revisión de la Corte Constitucional, (20 de septiembre de 2011) T 698/11. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, (18 de marzo de 2009), T-175/09. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, (6 de septiembre de 2010), T-702/10. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional (29 de octubre de 2009) T-769/09. [MP Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional (15 de mayo de 2012) T-348/12. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional (23 de septiembre de 2011) T-693/11. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2007) Colombia: Una Nación Multicultural – Su diversidad Étnica. Bogotá, Colombia.

El Espectador. (25 de febrero de 2016). La satanización de la consulta previa. [Editorial] El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/satanizacion-de-consulta-previa-articulo-618787>.

Merton, R. (1973). *The sociology of science*. University of Chicago. Chicago.

Ministerio del Interior (2014). 690 procesos de Consulta Previa se han acordado en 2014. Recuperado en <http://www.mininterior.gov.co/sala-de->

prensa/noticias/690-procesos-de-consulta-previa-se-han-acordado-en-2014#sthash.Y4F1jTxv.dpuf.

Negrete, R. (2012, marzo 5). La consulta previa: en el filo de la navaja. *Revista Razón Pública*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/regiones-temas-31/2770-la-consulta-previa-en-el-filo-de-la-navaja.html>.

Orduz, N. (2013). Consulta previa: se obedece, pero no se cumple. *Revista Razón Pública*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3576-consulta-previa-se-obedece-pero-no-se-cumple.html>.

Orduz, N. (2014). *La Consulta Previa en Colombia*. Documento de trabajo ICSO–N° 3. Recuperado de <http://www.icsoc.cl/investigacion/documentos-de-trabajo/>

República de Colombia, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: prosperidad para todos. Tomo 1, pág. 91

Rico, L. (2009) La Consulta previa: farsa multicultural. *La Silla Vacía*. Recuperado de <http://lasillavacia.com/historia/3201>.

Ritzer, G. (2001) *Teoría de la sociología clásica*. Trad. María Teresa Casado Rodríguez Mc Graw Hill. Madrid:España.

Rodríguez, G. (2014). *De la Consulta Previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

Sánchez, E. (2012, julio 9). La consulta previa en la práctica. *Revista Razón Pública*. Recuperado de <http://razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3080-la-consulta-previa-en-la-practica.html>.

Tirado, M. (2010) La sociología desde sus fundamentos sociológicos. *Revista Prolegómenos, volumen (13)*, pp 277-278.

Wabgou, M., Arocha, J., Salgado, A. & Carabalí, J. (2012). *Movimiento social, afrocolombiano, negro, raizal y palenquero. El largo camino hacia la construcción de espacios comunes y alianzas estratégicas para la*

incidencia política en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Weber, M. (1944). *Economía y sociedad.* Esbozo de sociología comprensiva. México. Fondo de Cultura Económica.