



CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y EL GOBIERNO NACIONAL



JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR

Ministro de Agricultura

En materia de consulta previa no existe una visión jurídica de conjunto de cómo llevarla a la práctica. Ha habido una serie de alusiones de paso en algunas sentencias de la Corte Constitucional muy equívocas o muy fragmentarias, lo cual no es bueno, tratándose de una institución de tanta importancia como las consultas, cuyo esquema jurídico está colgado de la suscripción a un Convenio Internacional y de unas jurisprudencias que cuando se ponen en conjunto no dan una visión clara de cómo debe funcionar todo este proceso de las consultas.

Un ejemplo de ellos son las teorías generales que ilustran mucho en los casos concretos. Una de esas alusiones en alguna jurisprudencia de la Corte afirma que los procesos de consulta deben ser precedidos de una llamada pre-consulta. La pre-consulta es algo que se puede surtir en cinco o diez minutos, con los representantes con personería jurídica idónea de las entidades. La pre-consulta se refiere a una reunión en un lugar específico, donde se establece un cronograma de trabajo.

En la práctica hay un vacío muy delicado, sobre todo en lo que tiene que ver con los afrodescendientes, particularmente, frente a consulta que le concierne al Ministerio de Agricultura en lo relativo a la ley de desarrollo rural y acceso a tierras, la cual se ha dilatado prácticamente un año porque no ha habido personerías ni interlocutores válidos. Hasta hace dos o tres semanas expidió el Ministerio del Interior un decreto señalando con quién había que entenderse para surtir la consulta con las comunidades afrodescendientes, es decir, todo este año (2012), se fue en blanco porque no había con quién hacer la consulta. Lo cierto es que llevamos un año en blanco en este tema de consultas, lo cual ha dilatado mucho el proceso.

Falta también definir en el país qué es una consulta. Una consulta es lo que su nombre lo indica, o es algo más, ¿es un deber de concertación?, ¿es una coadministración?, ¿una consulta es algo que tiene que versar sobre el tema de

la ley consultada?, ¿se consultan normas de carácter general o se consultan actos administrativos de carácter individual?

La administración pública, recuérdese, habla a través de actos administrativos; entonces, ¿cuál es el límite?, tratándose de normas jurídicas que son sujetos a consulta, ¿cualquier acto administrativo?, ¿cualquier orden?, ¿cualquier decreto? ¿cualquier resolución?, ¿cualquier instrucción? o ¿solo es susceptible y deben ser consultadas las normas de carácter general?. Este es un punto fundamental que no está claro y que está en un terreno de bastante confusión y es indispensable depurarlo, porque de lo contrario habría que concluir que todos los actos administrativos a través de los cuales se expresa la administración pública en Colombia, tienen que ser consultados.

Preocupa también la falta de claridad sobre cómo son los interlocutores, aquellos que tienen la personería, que en el caso de los afrodescendientes se ha presentado una parálisis de un año, que ojalá se pueda solventar rápidamente para reanudar el tránsito. Esto quiere decir, que una ley que ha debido ir al Congreso no ha podido ir porque no ha habido interlocutor afrodescendiente, prácticamente desde hace un año el Ministerio de Agricultura ha buscado iniciar las consultas con los afrodescendientes, pero no se sabe quién tiene la personería para representarlos, en resumen, hay parálisis.

Muy importante también lo relativo a los tiempos, una consulta comienza hoy y termina cuándo, ¿o es *sine die*?, la consulta debe tener una fechas determinadas. Porque si estamos hablando de consultar una ley de carácter general, es necesario que todo el país tenga claro lo relativo a las fechas, esto no puede ser un proceso indefinido, debe tener un comienzo y un final.

De otra parte, se debe determinar la metodología con la cual se va a realizar la consulta, si es necesario realizar todas las consultas con una misma metodología o variar la metodología dependiendo del asunto concreto de que se ocupa la misma.

Nosotros iniciamos el proceso de consulta de la ley de desarrollo rural y acceso a tierras, ya vamos a cumplir casi un año, y en materia de avance de consultas con las comunidades indígenas vamos en el 40% o 50% y con la comunidad afrodescendiente en 0%.

Cuando son leyes de inmensa importancia, inmensa urgencia, caso para repensar lo relativo a procedimientos agrarios, mecanismos de acceso a tierras, cosas fundamentales para el propósito de ir sacando a la ruralidad y la marginalidad a las tierras, hemos perdido un año en ese sentido. Perdido en tiempo, no quiero

decir que no haya habido algunos análisis, de los que se han encargado hacer con las comunidades indígenas; sin embargo, se hubiera podido reflejar la acción pública, la acción del Estado más eficazmente si existieran unos procedimientos preestablecidos.

Adicionalmente, nosotros pensamos que sería bueno mirar hacia adelante en alguna norma, en algún estatuto, en alguna jurisprudencia integradora, o en un decreto que reglamentara todo esto, a fin de dar claridad a muchos procedimientos que hoy están en la nebulosa de cómo se hacen las consultas. Esto se está volviendo a la postre en demérito y en contra de las propias comunidades, la comunidad indígena y afrodescendiente se ve beneficiada en la medida en que tiene una carta de ruta clara de cómo va ella en los diversos temas que se están discutiendo, cuando las cosas se arrastran en el tiempo indefinidamente, no quiere decir que las cosas van mejor para las comunidades indígenas y afrodescendientes. Simplemente se dilata en el tiempo un proceso y se van perdiendo tiempos preciosos.

Finalmente, es imperativo clarificar lo relativo a las reuniones, cuántos tipos de consulta hay que hacer, cuántos eventos de consulta, quién define. Esto sería bueno mencionarlo, porque sino se vuelve una cosa realmente imposible de manejar, no se trata de que se vaya a precluir que un grupo de una comunidad tenga la oportunidad de ser consultada y otro no, pero alguna fórmula tendremos que buscar en el futuro en Colombia para que las consultas sean más pragmáticas y más operativas.

FEDERICO RENJIFO VÉLEZ

Ministro de Minas y Energía

Quisiera iniciar esta charla ratificando algo que dijo el Ministro de Agricultura, que me parece de la mayor importancia. Al suscribir el Convenio de la OIT y contando con el amplio desarrollo jurisprudencial impulsado por la Corte Constitucional, en la práctica, Colombia ha alcanzado un nivel de desarrollo de la figura de la consulta superior al de muchos de los 22 países en los que simultáneamente se suscribió dicho Convenio.

Sin embargo, nosotros debemos lograr que con este Convenio, con nuestra jurisprudencia, con nuestras experiencias, se enmarque la consulta previa en el espíritu de lo que tiene que ser, que es la defensa de las minorías étnicas, la posibilidad de que mantengan su ambiente social, su desarrollo, que no se les atraviese arbitrariamente, que no sean destruidas, divididas, que permitan entonces a estas minorías participar en el desarrollo. Pero también esos convenios involucran otros conceptos.

En relación con lo anterior, yo quiero introducir dos temas que están en el Convenio de la OIT.

El primer tema, relativo a que **las consultas no pueden constituir un veto**. Ese veto a veces es un veto tácito. Y tampoco las consultas pueden estar en contra del desarrollo de un país.

Hay dos discusiones que se han profanado en virtud de lo anterior, la primera frente a las obras públicas. Muchas veces no es fácil, como ya lo mencionó aquí el doctor Juan Camilo, hacer que la consulta se lleve a cabo. En primer lugar porque no existe esa norma que dilucide lo que debemos hacer, entonces hemos ido encontrando mecanismos diferentes, algunos muy exitosos, en el sector de minas y energía que ahora me corresponde dirigir.

Hay algunas consultas previas hechas a las comunidades que tienen mucha rapidez, buenos efectos y la posibilidad de avanzar. Pero en otras ocasiones es tal la demora en el tiempo, la indefinición de los términos, la incapacidad para ponernos de acuerdo incluso en la fecha de inicio de las consultas, o para saber a quiénes debemos consultar, y qué temas debemos consultarles, que simplemente el paso del tiempo hace que ese tipo de obras atenten contra los intereses del Estado.

Esas dilaciones para llegar finalmente a un acuerdo o a un preacuerdo, de buena fe, informado, es un veto implícito, que en mi criterio, debemos reglamentar.

En lo relativo al tema de las certificaciones, muchas veces encontramos que en el lugar determinado donde se va a realizar una obra, las entidades encargadas afirman que no hay comunidades en ese sector, pero en la medida que se van realizando las obras, las comunidades van apareciendo. Y eso, además de otras razones hace que presupuestar una consulta sea difícil. En efecto, la consulta de una ley puede costar entre 3000 a 6000 millones de pesos, la consulta a una obra puede necesitar entre 600 y 1500 millones de pesos. Eso supone que muchas veces estemos ante una escasez de presupuesto, que nos ponga en el dilema de si el Estado tiene capacidad para hacer las consultas.

La razón por la cual una consulta es tan costosa, es porque no hay un esquema definido. Puede que haya que tener veinte o cuarenta reuniones de preconsulta para acordar un cronograma, lo cual hasta ahora define las fechas en las que se deben reunir las comunidades con el gobierno para seguir avanzando. Esto genera un impacto que no solo se da en la comunidad, sino un impacto en el desarrollo de las obras del país.

El segundo tema que paso a desarrollar es el referente a las leyes. Lo voy a definir solamente en relación con lo consagrado en el código de minas. El Código de Minas no fue consultado, seguramente porque los funcionarios determinaron que no debía ser consultado, simplemente porque asumían que era una ley general, era para todo el país. La Corte Constitucional determinó que ese Código sí debería ser consultado y declaró inexecutable los artículos que no fueron consultados.

Al respecto conviene decir, que la Corte determinó que a partir de mayo el Código de Minas no tiene efectos y entra en vigencia el anterior. No hemos podido adelantar la consulta por muchas razones pero en cualquier caso, a mí me preocupa porque los efectos de lo que queremos consultar se extienden a todo el país, y una de las consecuencias que surgirán a partir de mayo es que los contratos que tenemos con los concesionarios se detengan.

Yo creo que es necesario, con la buena fe de todos, realizar el diseño de unos esquemas que nos permitan lograr que las consultas previas tengan efectos positivos. Será en beneficio de las comunidades, por ejemplo que sepamos determinar exactamente lo que debemos consultar. Y no termine siendo un sistema por medio del cual otros intereses, algunos de ellos muy legítimos, otros reclamos, tal vez ancestrales, se tramiten a través de la vía de un veto tácito.

JUAN GABRIEL URIBE

Ministro de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible

Debido a la cantidad de consultas que deben hacerse en el licenciamiento ambiental, no podemos someternos solamente al proceso de consulta con las comunidades indígenas y afrodescendientes. Hay una riqueza gigantesca para el Ministerio de Ambiente para proteger, desarrollar, conservar y observar sus recursos naturales, que es también mandatorio de los artículos 79, 80 y 81 de la Constitución para lograr el desarrollo sostenible.

Por dichas razones, me parece que nuestro ejercicio con las comunidades tiene que ir mucho más allá de las simples consultas, porque hay una brecha gigantesca para proteger concertadamente nuestros recursos naturales.

El desarrollo sostenible es un nuevo modelo económico conceptual, inmerso e *in situ* en la Constitución, no es una sugerencia. Es epicentral a la Carta del 91 generar desarrollo sostenible, que es diferente al desarrollo económico como lo entendíamos antes de la década del 90 en Colombia. El desarrollo sostenible es diferente a la simple conservación de los recursos naturales, es concéntrico para lograr el desarrollo del país conjunta y concertadamente.

El Estado colombiano, para decir que es sostenible a corto, mediano y largo plazo, sólo puede lograrlo a través de la generación de dos hechos fundamentales: la paz y la superación de la pobreza. Ningún país puede decir que tiene desarrollo sostenible en medio de una guerra fratricida como la que ha tenido Colombia durante 40 o 50 años.

Para quienes creemos que realmente el desarrollo es fundamental, nada más contradictorio y contraevidente que un país que pregona la paz y que ha buscado con esmero alcanzar el desarrollo sostenible, que se esté en una guerra que lentamente se acerca a su primer siglo.

Para alcanzar el desarrollo sostenible se requiere acabar con los índices de desigualdad tan dificultosos y calamitosos, porque no hay posibilidades de desarrollo sostenible con esos índices de desigualdad tan grande entre los propios colombianos. Nadie puede hablar de desarrollo sostenible con esos índices de GINI tan negativos que exhibe este país. Por eso el presidente Santos está trabajando en un desarrollo reformista, aún a pesar de las incomprendiones.

No hay duda de que las etapas de la consulta no están claras, porque no hay etapas. Un proceso que no es un proceso elaborado, es muy difícil llevarlo a término. No es fácil saber cuándo comienza un proceso, cuándo pasamos a otro, cuándo termina una etapa, cuándo comienza un eslabón y en qué momento se define.

Sumado a lo anterior, me parece que falta una adecuación institucional del aparato gubernamental, yo creo que el ejercicio de haber desconcentrado, la consulta del Ministerio del Interior no es bueno. Yo creo que el Ministerio del Interior tiene que asumir de nuevo el liderazgo de la consulta en sí misma, desde la organización de la consulta, de cuánto dinero va a tener la consulta, de ir al Ministerio de Hacienda para tramitar la consulta. Tiene que haber un ejercicio de coordinación entre los diferentes Ministerios que conforman el gobierno, porque este tema se creció considerablemente.

Por otra parte, tiene que haber presupuesto para la consulta técnica y financiera clara, es decir, la consulta debe tener un ejercicio técnico fundamental, incluso financiado. Adicionalmente deben participar terceros que no hagan parte ni de las comunidades ni del gobierno, como Universidades, Academias, ONG, para que participen en la consulta.

También, tiene que haber temas previos a la consulta misma, una preparación de las propuestas. Muchas veces en el Ministerio, de igual forma acontece con las comunidades, ambas partes sentimos que llegamos a la consulta en seco, no hay unas instancias previas que permitan concertar iniciativas para llevar a reuniones formales.

JAVIER HERNÁNDEZ LÓPEZ

Viceministro de Infraestructura

Como lo han mencionado los ministros que me han precedido, a riesgo de ser un poco repetitivo, considero que se requiere una mejor reglamentación, un desarrollo de cómo debe ser la consulta previa, cuándo se debe hacer y todos los detalles asociados a ese tema.

Dentro de los temas críticos que el Ministerio de Infraestructura ha identificado, se destacan:

- El tiempo de la consulta: Hoy tenemos un tiempo indefinido para las consultas, hemos identificado procesos que van desde cuatro meses hasta cuatro años.
- No existe una metodología o un procedimiento preestablecido para el proceso de consulta previa.
- No hay reglas claras frente a cuáles deben ser los resultados de la consulta: Esto genera en algunos casos expectativas que superan el desarrollo, en el caso particular del sector transporte de los proyectos de infraestructura.
- No contamos con procedimientos para resolver los conflictos internos que se generan al interior de las propias comunidades.
- Tenemos diferentes interpretaciones frente a las normas que rigen el concepto de la consulta previa.
- No hay un dimensionamiento claro de cuáles deben ser los recursos económicos aplicados al procedimiento de consulta.
- No vemos que haya una definición de cuáles deben ser las áreas de influencia para establecer los procesos de consulta.
- Está el tema de las nuevas comunidades: por ejemplo, hay proyectos en los cuales hemos obtenido, antes de iniciar el proyecto o la construcción, certificación del Ministerio del Interior sobre la no existencia de comunidades. Sin embargo, cuando con posterioridad a la expedición de la licencia o de los permisos ambientales, cuando va a iniciar la obra, “aparece una comunidad”. Este es un tema que requiere de una revisión.

Ahora bien, me voy a referir a varios casos, sin dar nombres específicos, para ilustrar el debate:

- El Ministerio de Infraestructura tiene proyecto en el cual hoy estamos en trámite de licenciamiento ambiental, es un proyecto vial de 17 kilómetros en el cual tenemos 3 consultas previas en proceso.
- El Ministerio de Infraestructura tiene otro proyecto de 48 kilómetros con 12 consultas.

Como se puede interpretar, en tramos relativamente cortos, prácticamente cada 4 o 5 kilómetros, estamos realizando procesos de consulta previa con las complejidades que esto implica, y obviamente son consultas independientes.

Hay procesos que hemos iniciado desde el año 2011 y solamente hasta ahora estamos avanzando en la etapa de preacuerdos, razón por la cual nos preocupan los tiempos en los que se debería desarrollar ese tipo de procesos.

Hay un proyecto específico, en el cual luego de 19 meses de expedida la certificación de presencia de comunidades, no hemos podido siquiera empezar el proceso consultivo, porque la comunidad exige la presencia del Presidente de la República y de todo su gabinete, solo para iniciar la discusión del proceso consultivo.

Tenemos otro proyecto, en el cual, para poder sentarnos a discutir, la exigencia de la comunidad radica en que el Ministerio debe constituir un fideicomiso con cuantía indeterminada para la contratación de asesores que puedan acompañar a la comunidad a lo largo de todo el proyecto.

Finalmente, paso a realizar unas propuestas concretas de los temas que deberían ser revisados:

El primer tema, tiene que ver con la identificación de comunidades previo al inicio de proyectos. Que sea un trabajo serio que hagan las entidades competentes, en este caso el Ministerio del Interior, que sea lo suficientemente detallado para que sepamos que cuando vamos a iniciar el proyecto, tengamos claro cuáles son las comunidades que están en el área de influencia del mismo.

El segundo tema, deberíamos estipular claramente cómo se define el área de influencia de un proyecto particular de los que tienen que ver con infraestructura.

El tercer tema, proponemos que se defina una metodología o procedimiento que contemple, como mencionaba el Ministro de Medio Ambiente, cuáles deben ser las etapas para cada procedimiento particular, que nos permita agotar éstas y así podamos garantizar los derechos, pero con claridad en los tiempos, para garantizar la consulta previa.

A título de colofón, queremos que se estudie la posibilidad de definir un procedimiento expedito que solucione las controversias al interior de las comunidades. Para que no se conviertan en esquemas paralizantes del desarrollo de infraestructura y de las propias atenciones a las necesidades de la comunidad.

ANÍBAL FERNÁNDEZ DE SOTO CAMACHO

Viceministro del Interior para la Participación e Igualdad de Derechos

El derecho fundamental a la consulta previa es una apuesta seria por la democracia sustantiva intercultural, la única posible en un país diverso como Colombia. La consulta previa es la clave para construir un sistema jurídico eficaz, justo e incluyente con capacidad de revertir la situación de exclusión tradicional de las comunidades étnicas.

Es una apuesta compleja que no puede asumirse de forma aislada. En efecto, el éxito del derecho a la consulta previa depende de su transversalidad y de la capacidad que como país tengamos para armonizarlo con el concepto de desarrollo en concordancia con otros derechos.

De ahí que la consulta previa no puede desligarse de la participación. En nuestro ordenamiento constitucional, el ensamble de esos dos derechos fundamentales, a la participación y a la consulta previa, es la clave para comprender el alcance que el derecho a la consulta proyecta en nuestro sistema constitucional sobre las formas y perspectivas de desarrollo.

La primera pieza de ese engranaje está representada por la obligación que recae sobre el Estado Colombiano de proteger la diversidad cultural y la riqueza natural del país, tesoros salvaguardados en cuerpo vivo por los pueblos indígenas, negros, afrodescendientes, palenqueros, raizales y población ROM que han habitado nuestro territorio ancestralmente. La pervivencia de esos pueblos depende de su indemnidad cultural, y la forma de protegerla pasa por la garantía del derecho a decidir sus propias opciones de desarrollo.

La otra pieza está constituida por las decisiones referentes al modelo de desarrollo que se adoptan mediante el sistema democrático representativo de las mayorías, que en nuestro caso se conjugan en el Plan Nacional de Desarrollo y se aplican progresivamente cada cuatrienio.

El dispositivo que sirve de engranaje para que esas dos piezas se ensamblen y funcionen armónicamente como un modelo de democracia sustantiva verdaderamente incluyente y participativa, es la consulta previa. Sólo mediante el ejercicio de ese derecho puede entablarse un diálogo intercultural con

aptitud de construir un modelo de desarrollo sostenible acorde con las órdenes constitucionales que imponen el cuidado de la diversidad cultural y la preservación de la riqueza natural de la nación pero sin ir en detrimento del interés y las perspectivas de las mayorías.

El resultado que debería alcanzarse es un equilibrio perfecto entre (i) el derecho de las mayorías a elegir un plan de desarrollo que responda al modelo económico y político que mejor protege sus intereses, (ii) el derecho colectivo de los colombianos que vivimos y de las generaciones por venir a tener un país diverso culturalmente, rico y sostenible ambientalmente, y (iii) el derecho a la pervivencia de las comunidades étnicas y tribales que además constituyen una minoría política vulnerable.

Este es el gran desafío que tenemos como Nación. Para esto requerimos de toda una adecuación institucional en la que el Estado pueda responder de forma satisfactoria a la dinámica de ese derecho fundamental y al constante aumento de la demanda de diálogos interculturales sobre medidas administrativas, normativas, obras y proyectos que impacten las comunidades étnicas y tribales.

Pero sobre todo, necesitamos como Estado resolver asertivamente preguntas que hoy concentran la atención de expertos, gobierno, gremios y empresarios y que representan ciertas “zonas grises” respecto a la praxis y la implementación en terreno de la consulta. Preguntas referente a la negativa de los pueblos a acudir a las consultas, o a la objeción cultural, a la procedencia del derecho en casos específicos, a sus titulares, a la representatividad de las comunidades, a las medidas de manejo, compensación y participación en beneficios, a los costos de las consultas, entre otros, son interrogantes que hoy por hoy están sin resolver y que de no hacerlo de manera rápida y efectiva, terminaríamos atentando contra el mismo derecho a la consulta, atribuyéndole responsabilidades y propósitos que están fuera de su alcance y que debilitarían su legitimidad.

En conclusión, si logramos una eficacia pacífica y permanente del derecho a la consulta previa, dentro de un Estado institucionalmente capaz, habremos dado un giro inédito en el Derecho Constitucional. Un giro hacia una democracia sustantiva capaz de adecuarse progresiva e incesantemente al devenir de la economía global y a las dinámicas de sus impactos locales, blindando derechos fundamentales y colectivos irrenunciables.

Si logramos la estabilización eficaz del derecho a la consulta previa habremos encontrado un mecanismo de construcción permanente y multinivel de modelos de desarrollo, mediante la transversalidad de un derecho fundamental capaz de

garantizar la sostenibilidad cultural y ambiental de las decisiones mayoritarias sin que éstas renuncien *a priori* a ningún modelo económico. Allí está el reto, pero también la gran apuesta del Gobierno Nacional.

