

**Análisis de los avances en materia de Consulta Previa en Colombia, durante el periodo de
2019-2021**

Gladys Marcela Torres Sáez

Sandra Carolina Torres Sáez

Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Especialización en Gestión Pública

2022

**Análisis de los avances en materia de Consulta Previa en Colombia, durante el periodo de
2019-2021**

Gladys Marcela Torres Sáez Código

Sandra Carolina Torres Sáez Código

Trabajo de grado para optar por el título de Especialistas en Gestión Pública

Director: Deiby Johan Escobar Sánchez

Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Especialización en Gestión Pública

2022

Dedicatoria

Este trabajo está dedicado de manera especial a nuestra familia, en quienes hemos tenido el apoyo para desarrollar y concluir de manera satisfactoria la presente monografía, y nos animaron constantemente para el avance de manera rigurosa de la Especialización en Gestión Pública de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD.

Agradecimientos

En primer lugar agradecemos a Dios darnos la oportunidad de realizar esta monografía, con la cual logramos ampliar los conocimientos frente a los avances en materia de Consulta Previa en Colombia; también agradecemos al Director Johan Escobar quien orientó y apoyó activamente este proceso investigativo, en el cual pudimos aplicar los conocimientos adquiridos durante el desarrollo de la Especialización en Gestión Pública, y a la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD, por propiciar los espacios necesarios para que los estudiantes terminen exitosamente su proceso académico.

Resumen

En esta monografía se presenta un análisis de los avances en materia de Consulta Previa en Colombia, durante el periodo de 2019-2021, estableciendo su aporte en la garantía del derecho fundamental de las comunidades étnicas y en la promoción del desarrollo económico de los territorios, partiendo de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia SU 123/2018. En ese sentido, fue necesario establecer los antecedentes de la Consulta Previa, antes de la Sentencia SU 123/2018, la respuesta institucional por parte del Gobierno de Colombia frente a esta sentencia, los retos presentados a partir de 2020 para los actores de la misma y su articulación, con el fin de establecer los avances del Proceso de Consulta Previa, en el equilibrio de la promoción del derecho de las comunidades étnicas y el desarrollo económico de los territorios.

Palabras clave: Consulta Previa, Convenio 169 OIT, Sentencia SU 123 de 2018, Comunidades Étnicas, Proyecto, Obra o Actividad-POA

Abstract

This monograph presents an analysis of the progress made in the field of Prior Consultation in Colombia, during the period of 2019-2021, establishing its contribution in the guarantee of the fundamental right of ethnic communities and in the promotion of the economic development of the territories, based on the orders issued by the Constitutional Court of Colombia in Judgment SU 123/2018. In that way, it was necessary to establish the background of the Prior Consultation, before Judgment SU 123/2018, the institutional response by the Government of Colombia to this ruling, the challenges presented from 2020 for the actors of the Prior Consultation, and its articulation, in order to establish the progress of the Prior Consultation Process, in the balance of the promotion of the right of ethnic communities and the economic development of the territories.

Keywords: Prior Consultation, ILO Convention 169, Judgment SU 123 of 2018, Ethnic Communities, Project, Work or Activity-PWA

Tabla de Contenido

Listas de tablas	9
Listas de gráficas	10
Introducción	11
Planteamiento del Problema	13
Justificación	15
Objetivos.....	17
Objetivo General	17
Objetivos Específicos	17
Marco Conceptual y Teórico	18
Marco Conceptual	18
La Consulta Previa como Derecho Fundamental en Colombia	21
Sujetos de la Consulta Previa en Colombia	23
Marco Teórico	24
Punto de partida: Convenios 107 de 1957 y 169 de 1989 de la OIT.....	24
Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y su estructura.....	25
Marco Normativo en Colombia de la Consulta Previa hasta 2018	27
Sentencia SU-123 de 2018 Tutela impuesta por la Comunidad Awá La Cabaña.....	30
Hipótesis	34
Diseño Metodológico	35
Tipo de Enfoque y Diseño de la Investigación.....	35
Métodos	36
Fuentes de Información.....	36
Recolección y análisis de la Información.....	36
Desarrollo de la Investigación	37
Contexto de la Consulta Previa a Nivel Internacional y Nacional	38
La Consulta Previa en el ámbito Internacional	38
Artículo: Susceptibilidad de Afectación Directa en la Consulta Previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su Trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de Derecho?	38
Artículo: La Regulación de Participación. El caso de la Consulta Previa en Colombia, Perú y Chile	38
La Consulta Previa en Colombia en el periodo 1989 a 2018.....	40
Características de la Consulta Previa en Colombia	42
Directivas Presidenciales que regularon el Proceso de Consulta Previa en Colombia	44

Proceso de certificación de la presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad (POA).....	47
La Consulta Previa en Colombia a partir de 2019: Respuesta del Gobierno a las órdenes impartidas en la SU 123 de 2018.....	51
Creación de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.....	51
Directiva 08 de 2020 Presidencia de la Republica.....	55
Decreto 1585 de 2020: Ajustes en el trámite del Licenciamiento Ambiental alineado al Proceso de Consulta Previa.....	57
Proceso de Consulta Previa a partir de 2020.....	59
Procedimiento de Determinación de Procedencia y Oportunidad de la Consulta Previa de la DANCP.....	59
Proceso de Gestión de Consulta Previa de la DANCP.....	62
Procedimiento de Consulta Previa de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.....	64
La articulación de los actores de la Consulta Previa en Colombia en los nuevos escenarios generados a partir de la SU 123 de 2018.....	67
Años 2020 y 2021.....	67
La gestión realizada por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa-DANCP durante 2020-2021, como como coordinadora del Proceso de Consulta Previa.....	71
Conclusiones.....	75
Referencias Bibliográficas.....	79

Lista de Tablas

Tabla 1 Certificaciones de presencia de comunidades étnicas expedidas en el periodo 2014-2019.....	49
Tabla 2 Total de actos administrativos de Determinación de Procedencia de Consulta Previa expedidas en el periodo 2020-2022.....	62

Lista de Gráficas

Figura 1 Actores de la Consulta Previa.....	43
Figura 2 Acciones que les aplica la Consulta Previa de acuerdo a la Directiva 01 de 2010.....	45
Figura 3 Procedimiento de Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas.....	48
Figura 4 Caso 1 para la certificación de presencia de comunidades étnicas	49
Figura 5 Caso 2 para la certificación de presencia de comunidades étnicas	50
Figura 6 Estructura Organizacional de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.....	55
Figura 7 Flujograma del Procedimiento de Determinación de Procedencia de Consulta Previa	60
Figura 8 Análisis coincidencia de contextos de Proyecto y Comunidad	61
Figura 9 Resultado análisis coincidencia de contextos de Proyecto y Comunidad	61
Figura 10 Proceso de Gestión de la Consulta Previa	63
Figura 11 Acumulado de Consultas Previas por región con corte a 18 de agosto de 2021.....	64
Figura 12 Actos Administrativos de Determinación de Procedencia de Consulta Previa 2020	72
Figura 13 Actos Administrativos de Determinación de Procedencia de Consulta Previa 2021	73

Introducción

La protección de los derechos de las comunidades étnicas ha sido un tema que ha cobrado importancia en distintos escenarios internacionales, y como respuesta al mismo, se han emitido Convenios, Acuerdos y demás, que han impartido directrices sobre la materia, y que se han constituido en orientaciones para los diferentes países.

En este contexto, encontramos el Convenio 169, sobre pueblos Indígenas y Tribales de países independientes, aprobado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, mediante el cual se señala la importancia de que los países deben desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, acciones coordinadas para proteger y garantizar los derechos de estos pueblos.

De otra parte, en Colombia, la Constitución Política de 1991 reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, en la Ley 21 de 1991 se adopta el Convenio 169 de la OIT, y en 1997 la Corte Constitucional, ratifica lo mencionado en el artículo 330 de la Constitución, al señalar que las comunidades étnicas tienen el derecho fundamental de participar de las decisiones que pueden afectar sus territorios, así, en este marco, la Consulta Previa se considera un derecho fundamental de esas comunidades.

Conforme a lo anterior, se tiene que la Consulta Previa se constituye en un escenario de participación por parte de las comunidades étnicas, por lo que es necesario desarrollar este tema a nivel institucional. De esta forma, en 2011 se crea la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, encargada de administrar el Procedimiento de certificación sobre la presencia o no de grupos étnicos, en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad-POA, y en 2018 la Corte Constitucional emite la Sentencia SU-123, - relacionada con una acción de tutela interpuesta por la comunidad indígena Awá La Cabaña por motivo de una operación

petrolera en los campos Quinde, Cohembí y Quillacinga en el departamento de Putumayo-, en la que se imparten distintas órdenes relacionadas con la el Proceso de Consulta Previa, que condujeron a diversos cambios institucionales y de procedimiento, en la manera de determinar cómo y cuándo es necesario realizar una Consulta Previa.

Conforme a lo anterior, el desarrollo de este documento tiene por objetivo principal, analizar los avances en materia de Consulta Previa en Colombia, durante el periodo 2019-2021, estableciendo su aporte en la garantía del derecho fundamental de las comunidades étnicas y en la promoción del desarrollo económico de los territorios.

Por lo cual se hizo una revisión de diferentes fuentes de información documental, conceptual y de jurisprudencia sobre la Consulta Previa, en especial la Sentencia SU-123/18 de la Corte Constitucional, que permita hacer una aproximación documental a la Consulta Previa, identificar la evolución de esta materia, en especial a partir de lo señalado por la Corte en 2018, y analizar la relación de los actores que participan en la misma.

Planteamiento del Problema

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en junio de 1989 aprobó el Convenio 169, sobre pueblos Indígenas y Tribales de países independientes, constituyéndose en un instrumento a nivel internacional que orienta la protección de estos pueblos, y determinando en su artículo 2, que los gobiernos de cada país deberán ser responsables de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad.

En Colombia, la Constitución Política de 1991 señala que el Estado Colombiano reconoce y protege la diversidad étnica y cultural; y mediante la Ley 21 de 1991 adoptó el Convenio 169 de la OIT.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-039 de 1997, precisó que el derecho fundamental de participar por parte de las comunidades indígenas, consagrado en el artículo 330 de la Constitución Política de 1991, es respaldado por las normas en mención, y es allí que, por primera vez, la Corte abordó la Consulta Previa como derecho fundamental de las comunidades étnicas.

Frente a lo anterior, durante el periodo de 1991 a 2011, el Gobierno Nacional respondió institucionalmente, llegando a la creación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, creada en el artículo 16 del Decreto 2893 de 2011, la cual administraba el Procedimiento de certificación sobre la presencia o no de grupos étnicos, en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad-POA.

De otra parte, la Sentencia SU-123/18 (Corte Constitucional, 2018) resolvió un conflicto entre la comunidad indígena Awá La Cabaña, localizada en el municipio de Puerto Asís, Putumayo, y el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA,

y el Consorcio Colombia Energy, con operación petrolera en los campos Quinde, Cohembí y Quillacinga, manejados por ECOPETROL, concediendo a esta comunidad el derecho fundamental a la consulta previa por la afectación directa, dado que en la certificación de la Dirección de Consulta Previa para la operación petrolera de los campos mencionados, no quedo registrada la presencia de esta comunidad.

La Sentencia, se convirtió en un referente y marco para la Consulta Previa en Colombia, al unificar los criterios jurisprudenciales respecto a la procedibilidad del derecho a la Consulta Previa y sus aristas. En ella se ordenó que se incluyera en las certificaciones, un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar el POA, y se realizaran los ajustes institucionales, para que la autoridad encargada de expedir los certificados de presencia de comunidades étnicas, contara con independencia y autonomía administrativa y financiera para ejercer su función. (Corte Constitucional, Sentencia SU-123/18, 2018).

Así las cosas, conforme a lo anterior se formula la siguiente pregunta de investigación:

¿Los avances presentados en materia de Consulta Previa en el periodo de 2019-2021, han contribuido a mejorar este proceso, en cuanto a la garantía del derecho fundamental a la participación por parte de las comunidades étnicas, y a la promoción del desarrollo económico de los territorios?

Justificación

La Sentencia SU-123/18 de la Corte Constitucional, se convirtió en un marco normativo para la Consulta Previa en Colombia, en razón a que consolidó los criterios jurisprudenciales respecto a: la Procedibilidad del derecho a la consulta previa, los criterios para la certificación de la presencia de comunidades étnicas, la justicia ambiental y el concepto de Responsabilidad Demostrada, y además, determina como criterio para que proceda la Consulta Previa, la afectación directa generada por el POA, de la siguiente manera:

7.2. La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. (Corte Constitucional, Sentencia SU-123/18, 2018)

Así mismo, en el numeral 25. Soluciones judiciales, se imparten órdenes, que, entre otras, establecen lo siguiente:

Se exhortará al Gobierno Nacional, Ministerio del Interior, y al Congreso de la República para que realicen los ajustes de regulación correspondientes que permitan incorporar en los Certificados de presencia de las comunidades étnicas un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar el proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas con independencia de la limitación del área de influencia. (Corte Constitucional, Sentencia SU-123/18, 2018)

Dicho estudio debe seguir las reglas fijadas en relación con el concepto de afectación directa señaladas en la presente Sentencia. Las modificaciones deberán incluir los ajustes institucionales necesarios para que la autoridad encargada de expedir los certificados de

presencia de comunidades étnicas, basada en el concepto de afectación directa, cuenten con la debida independencia y autonomía administrativas y financieras para ejercer su función. (Ibíd.).

En consecuencia, a partir del 15 de noviembre de 2018, fecha de entrada en vigencia de la Sentencia SU-123/18 (Corte Constitucional, 2018), se establecieron unas órdenes para el Gobierno Nacional que dieron paso a necesidades de cambios de fondo, en la forma de determinar la procedencia de consulta previa y en el fortalecimiento institucional.

Por lo anterior, se considera pertinente establecer y analizar, los avances presentados en materia de Consulta Previa en el periodo de 2019-2021, en cuanto a la garantía del derecho fundamental a la participación por parte de las comunidades étnicas, y a la promoción del desarrollo económico de los territorios, por lo que se propone:

Revisar documental y conceptualmente los referentes de la Consulta Previa, señalando sus antecedentes internacionales y nacionales, características asociadas, evolución y actores que intervienen.

Identificar y analizar la respuesta institucional por parte del Gobierno a las necesidades presentadas en materia de Consulta Previa, acerca de la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad -POA a las comunidades étnicas.

Realizar una aproximación a la articulación de los roles de los actores de la Consulta Previa a partir de los cambios generados por la Sentencia SU-123/18, y de los retos generados por la Declaratoria de Emergencia por el Covid 19, en el año 2020.

Lo anterior contribuirá a identificar los avances del Proceso de Consulta Previa en el equilibrio entre la garantía del derecho fundamental de las comunidades étnicas y el desarrollo económico de los territorios.

Objetivos

Objetivo General

Analizar los avances en materia de Consulta Previa en Colombia, durante el periodo de 2019-2021, estableciendo su aporte en la garantía del derecho fundamental de las comunidades étnicas y en la promoción del desarrollo económico de los territorios.

Objetivos Específicos

Revisar documental y conceptualmente los referentes de la Consulta Previa, señalando sus antecedentes internacionales y nacionales, marco normativo, características asociadas, evolución y actores que intervienen.

Identificar y analizar la respuesta institucional por parte del Gobierno a las necesidades presentadas en materia de Consulta Previa, acerca de la posible afectación directa que pueda causar un Proyecto, Obra o Actividad-POA a las comunidades étnicas a partir de la Sentencia SU 123 de 2018.

Realizar una aproximación a la articulación de los actores de la Consulta Previa a partir de los cambios generados por la Sentencia SU 123 de 2018, y a los retos presentados por la Declaratoria de Emergencia sanitaria por el Covid-19, para la garantía al derecho fundamental de las comunidades étnicas, frente a la promoción del desarrollo económico de los territorios

Marco Conceptual y Teórico

En este capítulo se presenta el marco conceptual y el marco teórico en el que se revisan referentes conceptuales, normatividad, y aspectos que enmarcan la Consulta Previa en Colombia, y que sirven como referentes a nivel general para el análisis propuesto.

Marco Conceptual

A continuación, se presentan algunos conceptos necesarios para la contextualización y comprensión del análisis propuesto.

Afectación Directa: Impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que un Proyecto, Obra o Actividad, o una medida legislativa o administrativa, es susceptible de afectar directamente a una comunidad étnica. (Ministerio del Interior, 2020)

Área de Intervención: Área en la cual se ejecutarán físicamente las actividades. (Ministerio del Interior, 2020)

Área de Influencia: Área que deberá estar determinada de acuerdo con lo establecido en la normatividad ambiental vigente, y que es aquella en la que se manifiestan los impactos ambientales significativos derivados del desarrollo del proyecto, obra o actividad, en cualquiera de sus fases, sobre los componentes de los medios abiótico, biótico y socioeconómico. (Ibíd.)

Cabildo Indígena: Entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar

las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad (Ibíd.)

Comunidades Negras y Afrocolombianas: Conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos, de conformidad en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995. (Ibíd.)

Comunidad o Parcialidad Indígena: Grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, que tengan o no tengan títulos de propiedad sobre un territorio, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes, de conformidad con los artículos 286, 287 y 330, el Decreto 1088 de 1993 y el Decreto 2164 de 1995. (Ibíd.)

Consejos Comunitarios: Persona jurídica que ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad. Está conformado por una Asamblea General y una Junta (Ibíd.)

Consulta Previa: Derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, de participar en los proyectos, obras, actividades o medidas (legislativas y administrativas) que se vayan a realizar dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación (Ley 21 de 1991).

Ejecutor del POA: Particular o entidad pública a cargo de la ejecución de un proyecto, obra o actividad - POA. (Ibíd.)

Estudios: Estudios encaminados a determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para un proyecto, obra o actividad. (Ibíd.)

Pueblo Palenquero: Pueblo afrodescendiente que conserva una lengua de origen africano y formas culturales de producción en ganadería y agricultura basadas en prácticas ancestrales de organización social, los “cuagros”. Cuenta con una forma organizativa denominada Consejo Comunitario de Palenque “Má kankamana”, y que reside en el municipio de Mahates, en el departamento de Bolívar. (Ibíd.)

Pueblo Raizal: Conformado por los descendientes de los amerindios, africanos y europeos que poblaron el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina como pueblo indígena tribal ancestral con lengua, cultura, historia, ancestros, territorios y territorios marinos propios. (Ibíd.)

Pueblo Rrom: Conjunto de familias de ascendencia indoeuropea, cuyo linaje se da por descendencia patrilineal, en donde todos comparten, entre otros aspectos, la idea un origen común, una tradición nómada, un idioma propio el Rromaní, un sistema jurídico, unas autoridades en cabeza de los adultos mayores cabeza de familia, una organización social, el respeto a un complejo sistema de valores y creencias frente al Gadyé (no gitano), un especial sentido de la estética que conlleva a un fuerte apego a la libertad individual y colectiva, los cuales definen fronteras étnicas que los distinguen de otros grupos étnicos. Se organizan en Kumpanyas (Kumpeniyi, plural), siendo el conjunto de grupos familiares configurados patrilinealmente (patrigrupos), que a partir de alianzas de diverso orden optan por compartir

espacios para vivir cerca o para itinerar de manera conjunta, de conformidad con el Decreto 2957 de 2010. (Ibíd.)

Reservas Indígenas: Globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el antiguo Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (INCORA) a aquellas comunidades que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Las reservas indígenas constituyen tierras comunales de grupos étnicos, para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la ley 21 de 1991 (Decreto 2164 de 1995).

Resguardos Indígenas: Propiedad colectiva de las comunidades indígenas y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. A su vez son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio (Decreto 2164 de 1995).

Solicitante: Ejecutor del Proyecto, Obra o Actividad, entidad pública promotora del POA, o quien vaya a adoptar la medida administrativa y/o legislativa.

Visita de Verificación: Estudio en campo realizado para recopilar información que permita determinar la procedencia de la Consulta la Previa. (Ministerio del Interior, 2020)

La Consulta Previa como Derecho Fundamental en Colombia

La Consulta Previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera

proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. (Universidad del Rosario, s.f).

Según lo dispuesto en los artículos 2, 7, 40 y 330 de la Constitución Política de Colombia, junto con el artículo 2 del Convenio 169 de la OIT, la Consulta Previa tiene carácter de “derecho fundamental” basado en la defensa de tales comunidades y grupos étnicos, como también en la lucha por la eliminación de la discriminación histórica que han padecido; de tal forma que se establece un modelo de gobernanza en el que la participación es determinante para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades como por ejemplo, la integridad cultural, la libre determinación, el territorio y el uso de los recursos naturales, entre otros; razón por la cual, la consulta previa tiene un carácter irrenunciable e implica obligaciones en cabeza del Estado y particulares.

Mediante la Ley 21 de 1991 Colombia adopta el Convenio 169 de la OIT, lo cual abrió el camino para el establecimiento de la Consulta Previa como derecho fundamental.

De acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-039 de 1997, se precisó que el derecho fundamental a participar de las comunidades indígenas, consagrado en el artículo 330 de la Constitución, es respaldado con el Convenio 169 de la OIT y la Ley 21 de 1991 que hace parte del sistema jurídico colombiano, y que, de conformidad a lo señalado en la Constitución en los artículos 93 y 94 y en el numeral 2 del artículo 40, y otras disposiciones de la misma (artículos 1, 2, 330, entre otras), hacen parte del bloque de constitucionalidad, permitiendo asegurar y hacer efectiva la participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones que les afecten, como un derecho fundamental.

Asimismo, la Sentencia SU-039 la Corte concluye que “la institución de la consulta a comunidades indígenas que pueden resultar afectadas (...) comporta la adopción de relaciones de

comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquellas y las autoridades”. Es así que, mediante esta sentencia, la Corte Constitucional de Colombia por primera vez abordó la consulta previa en el marco de los derechos fundamentales, y a partir de la misma la Corte ha sostenido, en múltiples ocasiones, que la consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades étnicas.

Entonces, este derecho implica que las comunidades indígenas y tribales deban ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que éstas puedan manifestar su opinión en temas de su interés. Pasa, de tal forma, a constituir un trámite obligatorio que debe ejecutarse de acuerdo a las costumbres, intereses y necesidades de cada grupo, respecto de la toma de decisiones que afecten a las comunidades, tales como medidas administrativas, expedición de licencias ambientales para la explotación de recursos naturales y medidas legislativas como la expedición de normas que involucren o afecten sus derechos e intereses.

En consecuencia, la Consulta Previa se concibe como un mecanismo que garantiza los derechos colectivos de las comunidades, asegurando la participación de las mismas en un proceso de diálogo libre, en el cual se lleguen a acuerdos referentes a las decisiones del Estado.

Sujetos de la Consulta Previa en Colombia

De acuerdo al artículo 7º de la Constitución Política de Colombia, Colombia es un Estado pluriétnico y multicultural, conceptos que se sustentan en la diversidad de grupos y comunidades indígenas, gitanas, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

El ejercicio de la consulta previa se sustenta en la diversidad étnica de Colombia, puesto que los diversos grupos étnicos como las comunidades indígenas, gitanas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y culturales, que son pertenecientes a un territorio.

pueden tener características que varían en cuanto al lenguaje, tradiciones y costumbres, entre otras, resultando en que Colombia cuenta con una gran diversidad cultural en cuanto a la multiplicidad de identidades y expresiones culturales de los pueblos, grupos y comunidades pertenecientes a la misma.

La consulta previa en Colombia, es un derecho fundamental perteneciente a los grupos étnicos Indígenas, Rrom, Negritudes (afros), Raizales y Palenqueros.

Marco Teórico

Punto de partida: Convenios 107 de 1957 y 169 de 1989 de la OIT

Partimos del Convenio 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual se considera como un primer paso para establecer las responsabilidades y obligaciones de los Estados frente a las comunidades y pueblos indígenas y tribales, fue el primer convenio internacional en desarrollarse para este asunto y fue adoptado por la OIT a petición de la ONU. En este convenio se desarrollaron temas relacionados con los derechos de estos pueblos, en diferentes aspectos, incluyendo territorios y recursos, no obstante, el enfoque de este convenio fue integracionista, este término, significa que es partidario de la integración de las comunidades, en especial la racial y política, lo cual supone la desaparición de las comunidades étnicas al integrarse con las demás comunidades; esta situación conllevó al cuestionamiento de este Convenio, generando la necesidad de analizarlo y actualizarlo. (OIT, s.f.)

Dado lo anterior, el 7 de junio de 1989, la OIT aprobó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes, con el fin de revisar y actualizar el Convenio 107 de 1957, dadas las críticas realizadas a este. El Convenio 169/1989 se fundamenta en el derecho a la igualdad de derechos entre los pueblos y el resto de la población y en el respeto por su cultura e instituciones, y tiene dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a

mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Específicamente, en el artículo 2, se orienta la acción coordinada entre gobiernos y comunidades étnicas, con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad, por lo tanto, se dio paso a un modelo de gobernanza en el que la participación es protagonista para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades.

Es así que el Convenio 169 de la OIT, establece en sus artículos 6, 7 y 15, que los Estados tienen la obligación de desarrollar la Consulta Previa con las comunidades indígenas y tribales antes de adoptar una medida administrativa o legislativa, y antes de la ejecución de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de estas comunidades, estableciendo por primera vez el reconocimiento efectivo de los derechos colectivos de estas comunidades.

Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y su estructura.

Este convenio fue aprobado el 7 de junio de 1989 en la Conferencia Internacional del Trabajo, como resultado de la revisión del Convenio 107 de 1957, sobre poblaciones indígenas y tribales de la OIT. Es así que, al finalizar la revisión, se encontró la necesidad de incluir el principio fundamental de que la forma de vida de los pueblos indígenas y tribales es permanente y perdurable. Otro cambio fundamental que se introdujo fue el reconocimiento de que estos pueblos y sus organizaciones tradicionales deben estar estrechamente involucrados en la planificación y ejecución de los proyectos de desarrollo que los afecten. (Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009).

Naturaleza del Convenio: El Convenio 169/1989 de la OIT, es un Tratado Internacional, el cual es vinculante legalmente a partir de la ratificación por parte de un país. Las normas del

tratado son compromiso de Estado, por lo tanto, es necesario crear normas internas y en el caso que se requiera crear instituciones, disponiendo recursos que facilitan su implementación y formulando políticas y programas para cumplir los compromisos contraídos en el Convenio.

Filosofía del Convenio: El Convenio, considera que los pueblos indígenas pueden hablar por sí mismos y tienen el derecho de ser parte de los procesos de decisión sobre asuntos que los afectan y ser tomados en cuenta en sus opiniones.

Reconoce que las culturas son dinámicas en el tiempo y espacio, pero que los cambios culturales son intrínsecos y voluntarios de los propios pueblos indígenas. De esta manera, defiende la integridad cultural de los pueblos indígenas y tribales contra presiones externas que tienden a la asimilación cultural forzosa. Así mismo, hace una diferencia entre minoría étnica y pueblos indígenas.

Es importante precisar que el Convenio no promueve condiciones más favorables para los pueblos indígenas y tribales que la de otros trabajadores, sino asistencia y condiciones en equidad que reconocen aspectos culturales diferentes, superan la exclusión y discriminación y posibilitan la supervivencia de estas sociedades, construidas en miles de años. De igual manera, con la defensa de la identidad cultural y el derecho a la propia cultura, el Convenio reconoce el valor de las culturas de los pueblos indígenas en todo el mundo para el patrimonio cultural de la humanidad entera. (Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009).

Estructura del Convenio: De acuerdo a la Guía para la aplicación judicial: Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT, este Convenio está dividido en tres secciones:

1. La Política General que los gobiernos deben tener en cuenta cuando tratan con pueblos indígenas (Art.1-12). (Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos,2009)., lo cual debe abordar lo siguiente:

- La definición de pueblos indígenas (Art. 1) (Ibíd.).
- La responsabilidad de los gobiernos hacia una acción coordinada y sistemática de protección y goce de los derechos humanos y de los derechos específicos que reconoce el Convenio (Art. 2, 3, 12) (Ibíd.).
- La adopción de medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos indígenas (Art.4, 7). (Ibíd.).
- El derecho a la participación de los pueblos indígenas y el deber de los gobiernos a la consulta de buena fe a los mismos en los asuntos que los afecten. (Art. 6,7) (Ibíd.).
- La aplicación de la ley y la conservación del derecho consuetudinario (9, 10, 11, 12) (Ibíd.).

2. La de temas sustanciales que tratan en detalle por ejemplo asuntos de tierra y recursos naturales, educación, salud y derechos laborales. (Art. 13-32). (Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos,2009).

3. La de cuestiones generales y administrativas que se refieren a temas de las secciones anteriores, su alcance, vigencia y validez (Art. 33 -44). (Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos,2009).

Marco Normativo en Colombia de la Consulta Previa hasta 2018

De acuerdo al Procedimiento de certificación sobre la presencia o no presencia de grupos étnicos en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad. (Código: AN-CP-P1 Versión:06 de 2015), parte del marco normativo de la Consulta Previa en cuanto a Normativa Internacional, Constitución Política de Colombia, Leyes y Decretos es el siguiente:

Convenios Internacionales

- Convenio 169 de la OIT. Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Constitución Política de Colombia

Artículo 7º, “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”.

Artículo 330, “Las decisiones en materia de explotación de recursos naturales en comunidades indígenas, se hará previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

Leyes

- Ley 21 de 1991. Por medio de la cual se aprueba el convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, de 1989.
- Ley 70 de 1993. Por el cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, y su objeto es reconocer a las comunidades negras, que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, así como establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural, y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico.
- Ley 160 de 1994. Por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones.
- Ley 165 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Diversidad Biológica", promulgado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992

- Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Decretos

- Decreto 1745 de 1995. Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras de comunidades negras y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 2164 de 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.
- Decreto 2893 de 2011. Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo Interior. Mediante este Decreto, en el artículo 16, se creó la Dirección de Consulta Previa.
- Decreto 2613 de 2013. Por el cual se adopta el protocolo de coordinación interinstitucional para la consulta previa.
- Decreto 2041 de 2014. Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.

Directivas Presidenciales

- Directiva 01 de 2010. Garantía al Derecho Fundamental a la Consulta Previa a los Grupos étnicos nacionales.
- Directiva 10 de 2013. Guía para la realización de Consulta Previa con comunidades étnicas.

Jurisprudencia

Durante el periodo de 1992 a 2018, la Corte Constitucional ha emitido un considerable número de Sentencias, aplicables a la Consulta Previa, entre las que se destacan las siguientes:

- Sentencia T-428 DE 1992 Acción de tutela del Resguardo Indígena de Cristianía, ubicado en el Municipio de Jardín, Antioquia a la Compañía Solarte y el Ministerio de Obras Públicas, por la construcción de la troncal del café.
- Sentencia SU-039 de 1997 Caso U`wa.
- Sentencia SU-383 de 2003 Organización de los pueblos indígenas de la Amazonía colombiana OPIAC, ante la orden y autorización de fumigación con glifosato de Cultivos ilícitos en su territorio.
- Sentencia T-880 de 2006 Caso Motilón Barí.
- Sentencia T-172 de 2013 Tutela interpuesta por el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Barú en el caso del proyecto de infraestructura Sociedad Portuaria.
- Sentencia T-462A de 2014 protección constitucional del derecho a la participación- contenido y alcance/participación en la toma de decisiones ambientales en el marco de megaproyectos.
- Sentencia SU-123 de 2018 Tutela impuesta por la Comunidad Awá La Cabaña. Siendo esta última un marco para cambios de fondo y forma, para el desarrollo de la Consulta Previa en Colombia.

Sentencia SU-123 de 2018 Tutela impuesta por la Comunidad Awá La Cabaña.

A continuación, se realiza un resumen general de la Sentencia:

Tutela y fallos precedentes: El Gobernador del Cabildo Indígena “Awá La Cabaña”, promovió una acción de tutela para que se protegiera el derecho fundamental a la consulta previa,

puesto que se inició y amplió un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos en las áreas de interés Quinde, Cohembí y Quillasinga, sin la concertación con su comunidad, a pesar de que el proyecto tenía una afectación directa en el modo de vivir de dicha parcialidad, puesto que se ubica en inmediaciones del mismo. Frente a lo anterior, se presentaron las siguientes situaciones:

La Sala Única del Tribunal Superior de Mocoa negó el amparo al estimar que la comunidad está fuera del perímetro del proyecto, y no demostró afectación que ameritara la consulta previa. Además, indicó que el proyecto es anterior al reconocimiento legal del pueblo Awá La Cabaña. Exhortó a las entidades accionadas para que ejercieran control y vigilancia, para verificar el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental que permitiese a los accionantes su derecho al medio ambiente sano.

Impugnado el fallo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la decisión. Expuso que las autoridades competentes, certificaron que la comunidad está fuera del área de influencia del proyecto, por lo que no se afecta su modo de vida, y no se probó la injerencia o cercanía del proyecto con la comunidad. Concluyó que los actos administrativos expedidos en el proceso no pueden ser revocados vía acción de tutela.

Posteriormente, la Corte Constitucional determinó que la acción de tutela procede, para analizar la eventual vulneración del derecho fundamental al ambiente sano, - en atención a que la comunidad aseveró que las fuentes de afectación directa de los impactos negativos ambientales, surgen de la explotación de hidrocarburos en el ecosistema que habita-, y para estudiar la violación al derecho fundamental a la consulta previa.

Resultado del Análisis de la Corte Constitucional: La Corte precisa sus criterios jurisprudenciales sobre los siguientes temas: (i) la naturaleza y fundamento normativo del

derecho fundamental a la consulta previa; (ii) los principios que orientan la forma de realización de las consultas; (iii) la procedencia de la consulta previa y el concepto de afectación directa, y en especial las (iv) afectaciones referidas a la intervención en los territorios indígenas o por (v) impactos directos en la salud, el ambiente y la estructura social, espiritual y económica de los grupos étnicos; esto llevará a la Corte a (vi) mostrar la relación entre consulta previa y justicia ambiental. (Corte Constitucional, Sentencia SU-123/18, 2018)

Para determinar qué debe consultarse a las comunidades étnicas, la jurisprudencia señala que deben consultarse las medidas legislativas o administrativas que puedan impactar directamente a los pueblos étnicos. Así, el presupuesto clave para la consulta previa, es que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a un pueblo étnico (afectación directa).

Se tiene que existe afectación directa a las minorías étnicas cuando:

- (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales;
- (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y
- (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio;
- (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido. (Corte Constitucional, Sentencia SU-123/18, 2018)

En síntesis, las afectaciones directas verificadas sobre la comunidad indígena Awá La Cabaña, causadas por las medidas administrativas ambientales que autorizaron la ejecución del proyecto sin la consulta previa de la comunidad, vulneraron sus intereses constitucionales y calidad de vida ambiental, puesto que se menoscabó: i) el ecosistema del que derivan su subsistencia; ii) modo de vida e identidad cultural; iii) sus valores y tradiciones sociales, culturales y espirituales; iv) sus cosmovisiones y la relación inescindible característica con los recursos naturales; v) la preservación de sus modos de producción y la economía tradicional; vi) el acceso y locomoción a zonas aledañas que utiliza la comunidad; vii) el traspaso de historias, tradiciones y otras manifestaciones culturales de generación en generación; y viii) el empleo y la producción de sus medicinas tradicionales y la conservación de sus plantas y animales esenciales. Por tanto, existía y existe la obligación de realizar la consulta previa con la comunidad. (Corte Constitucional, Sentencia SU-123/18, 2018).

Rueda de Prensa: En rueda de prensa, la Corte Constitucional, expuso la Sentencia y los resultados del análisis de la tutela presentada por el Gobernador Indígena:

- Se parte de 3 hechos significativos: La tutela incluye la protección del amparo de los derechos a la Consulta Previa y a un Ambiente Sano; la Corte en dos autos había evidenciado el peligro de extinción de la comunidad; la Corte revisó la línea jurisprudencial de los 21 años, en la que se ha ido definiendo y consolidando criterios de afectación directa que determinan la Consulta Previa.
- La explotación de hidrocarburo afectó a la comunidad, por lo que se ordena hacer el Proceso de Consulta Previa. De no concretar la Consulta, las autoridades (ANLA y Corpoamazonia) tomarán decisiones razonables para cada parte, y la Corte hará seguimiento, en caso de que no se avance se podrá ordenar la suspensión de la explotación.

- La Sentencia es muy importante por: las particularidades del caso; unifica la jurisprudencia frente a la Consulta Previa; se realizó en Sala Plena de la Corte, definiendo los criterios de afectación directa, tiempo de la realización de la consulta, justicia ambiental, y responsabilidades del Estado y empresas, frente a la garantía del derecho a la Consulta Previa.
- Se constató que parte de la inseguridad jurídica de la Consulta Previa es la debilidad institucional y de regulación por parte del Ministerio del Interior, al no contar con los recursos y la independencia técnica para la elaboración de los certificados de presencia o no de comunidades étnicas.
- La Corte ampara el Derecho a la consulta Previa de la comunidad Awá, ordena al Ministerio del Interior realizar la convocatoria y desarrollo de la Consulta. Al no realizarse la consulta o de no cumplirse el acuerdo, las autoridades deberán tomar decisiones razonables para cada parte; deberá traducirse a la lengua nativa la Sentencia y presentarla en un acto público con la presencia de la comunidad.
- El espíritu de la Sentencia es la de coordinar el Derecho a la Consulta Previa, y el no veto a la explotación del hidrocarburo.

Hipótesis

A partir de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-123 de 2018, en Colombia se han establecido cambios de fondo, en el Proceso de Consulta Previa para Proyectos, Obras y Actividades-POA, y en el fortalecimiento institucional con el fin de brindar equilibrio entre la garantía del derecho fundamental de las comunidades étnicas y el desarrollo económico de los territorios.

Diseño Metodológico

Tipo de Enfoque y Diseño de la Investigación

El enfoque de la presente investigación, en su mayoría es Deductivo, dado que se parte del análisis de la normativa desarrollada y avances realizados por el Gobierno Nacional en materia de Consulta Previa y la contribución al desarrollo económico de los territorios, a partir de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-123 de 2018.

Por otro lado, la investigación propuesta, en general tiene un enfoque Cuantitativo, dado que en este se emplea la recolección de datos con el fin de comprobar una hipótesis, basándose en el análisis de cruce de variables que le permitan determinar comportamientos y probar teorías.

Ahora bien, para el desarrollo de la pregunta de investigación, se realizará revisión documental y conceptual de los referentes de la Consulta Previa, señalando sus características asociadas, evolución y actores que interviene, y analizar la respuesta institucional por parte del Gobierno a las necesidades presentadas en materia de Consulta Previa, acerca de la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad -POA a las comunidades étnicas, lo cual permitirá realizar una aproximación de los roles de los actores de la Consulta Previa y su articulación, estableciendo cómo se ha garantizado el derecho fundamental de las comunidades étnicas, frente a la promoción del desarrollo económico de los territorios.

En cuanto al modelo de investigación, se implementará un análisis funcionalista, debido a que el desarrollo de la investigación se centra en los avances y respuesta institucional del Gobierno Nacional, a partir de 2019, en materia de Consulta Previa.

Métodos

Fuentes de Información

Para la presente investigación serán utilizadas fuentes secundarias, para lo cual se revisarán las siguientes:

- Páginas web del Ministerio del Interior y de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.
- Bases de Datos del Ministerio del Interior con información relacionada con Consulta Previa para Proyectos, Obras, o Actividades.
- Documentación asociada a la Consulta Previa en Colombia emitida desde 2019, tales como informes, indicadores, procedimientos.
- Artículos de revista especializadas.
- Normativa emitida en Colombia emitida desde 2019 relacionada con Consulta Previa.

Recolección y análisis de la Información

Dado que la principal herramienta a utilizar es la revisión documental, se realizará la identificación de la normativa y documentación asociada a la Consulta Previa en Colombia, consultando páginas oficiales; sitios web del Ministerio del Interior y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Así mismo, se consultará en metabuscadores, para identificar artículos relacionados con la Consulta Previa en Colombia, en especial a partir de la vigencia 2019, utilizando palabras claves. Finalmente, se solicitará acceso Bases de Datos del Ministerio del Interior con información relacionada con Consulta Previa para Proyectos, Obras, o Actividades.

Una vez se cuente con la información, se realizará la clasificación de la misma, en tres aspectos claves:

- Normativa asociada a la Consulta Previa

- Avances y ajustes institucionales en Colombia a partir de 2019, en materia de Consulta Previa.
- Procesos de Consulta Previa a partir de 2019 identificando actores y su interacción.

Desarrollo de la Investigación

La investigación se realizará implementando el Análisis sincrónico, dado que se pretende establecer mediante un cruce de criterios y variables, los avances en materia de Consulta Previa en Colombia a partir de la Sentencia SU 123 de 2018, desde la vigencia 2019, para así realizar, una aproximación de los roles de los actores de la Consulta Previa y su articulación, estableciendo cómo se ha garantizado el derecho fundamental de las comunidades étnicas, frente a la promoción del desarrollo económico de los territorios.

Contexto de la Consulta Previa a Nivel Internacional y Nacional

La Consulta Previa en el ámbito Internacional

Como se ha mencionado, el punto de partida de la Consulta Previa es el Convenio 169/1989 de la OIT, es así que se presentan los resultados de algunos análisis realizados frente al desarrollo de la misma en Chile y Perú.

Artículo: Susceptibilidad de Afectación Directa en la Consulta Previa del Convenio 169.

Análisis de Normas Previstas y de su Trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de Derecho?

En este artículo los autores, realizan un análisis frente a la afectación directa y la susceptibilidad de afectación directa, esta última no solo depende de la medida que se dicta, sino también del pueblo indígena afectado y muy particularmente de los referentes cognitivos del mismo, lo cual al parecer ha sido obviado en Chile, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, por lo que proponen utilizar como herramienta los peritajes antropológicos que permiten realizar el análisis de los referentes cognitivos de las comunidades étnicas y así contar con elementos de fondo que permitan determinar que hay o no tal afectación o susceptibilidad de las mismas, para un caso en concreto, dado que es necesario contar con fundamentos que contemplen varios aspectos que permitan que desde una perspectiva cultural diversa, se resuelva si una medida afecta o no a los pueblos indígenas.

Artículo: La Regulación de Participación. El caso de la Consulta Previa en Colombia, Perú y Chile

El artículo expone, a modo general como se ha desarrollado el proceso para regular la consulta previa en Perú, Chile y Colombia, con el fin de identificar cual ha sido la articulación entre las acciones adelantadas por las ramas del poder público, especialmente de las cortes, y orientadas a la garantía del derecho a la Consulta Previa.

Para el caso de Perú la consulta previa con comunidades étnicas se incorporó en la Constitución gracias al Tribunal Constitucional, aunque se evidenciaron algunas debilidades. No obstante Perú, es quien tiene mayor nivel de regulación en materia de consulta previa al establecer una Ley de Consulta Previa y su respectivo reglamento que señalan los aspectos tales como a quién se debe consultar, en qué ocasiones, cuáles son las etapas de la consulta y las obligaciones de las entidades estatales. Así mismo, ha generado jurisprudencia al respecto. No obstante, en el artículo se afirma que falta un gran camino por recorrer para observar el funcionamiento de esas prácticas reguladoras en el marco del discurso de los derechos en casos concretos de tensión entre intereses económicos propios de proyectos de desarrollo, y la protección de los derechos de las comunidades étnicas sobre sus territorios y su cultura.

En lo que respecta a Chile, se expone que es un caso más reciente, dado que allí el Convenio 169/1989 de la OIT entró en vigencia apenas el 15 de septiembre de 2009. De igual manera, menciona que el Tribunal Constitucional chileno no ha desarrollado una fuerte jurisprudencia sobre la protección y regulación de la consulta previa. Es así que relaciona dos sentencias sobre la ratificación del Convenio 169/1989; la primera Sentencia Rol 309-2000, se emitió por un requerimiento de inconstitucionalidad interpuesto en contra de dicho Convenio 169 por un grupo de diputados, y la Sentencia Rol 1050-08, en abril de 2008, en desarrollo del control de constitucionalidad previsto en la Constitución chilena.

Finalmente, señala que en el caso de Colombia, la Consulta Previa entra en escena a partir de la Constitución Política de 1991, mediante la Ley 21 de 1991, adoptó el Convenio 169/1989, de igual manera, menciona que la reguladora de la Consulta Previa es la Corte Constitucional, dado que, su caracterización como derecho fundamental y todo lo relativo a ésta, ha sido determinado por la Corte, como respuesta a las necesidades de las comunidades étnicas,

y en razón de la ausencia de regulación normativa concreta por parte de los demás poderes estatales.

La Consulta Previa en Colombia en el periodo 1989 a 2018

Partimos de la Constitución Política de 1991 de Colombia, la cual señala que:

“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.” (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 7)

“Es obligación del Estado proteger las riquezas culturales.” (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 8)

“Las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables.” (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 63)

“Su formación deberá respetar y desarrollar su identidad cultural.” (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 68)

“Se reconoce que los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica tienen derechos especiales sobre esos patrimonios culturales, que deben ser reglamentados por ley.” (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 72)

Mediante la Ley 21 de 1991 Colombia adoptó el Convenio 169 de la OIT, dando un primer paso, para que se reconociera a la Consulta Previa como derecho de las comunidades étnicas.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia SU-039 de 1997, por primera vez aborda la Consulta Previa como derecho fundamental, señalando que, el derecho a participar de las comunidades indígenas, consagrado en el artículo 330 de la Constitución, está respaldado con el Convenio 169 de la OIT y la Ley 21 de 1991; también expone que varias disposiciones de la Constitución relacionadas con la materia, hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo que

permite que esa participación se establezca como un derecho fundamental , para que las comunidades indígenas puedan participar en la adopción de las decisiones que les afecten, y es allí que adquiere de manera formal la connotación de derecho fundamental en el sistema jurídico colombiano.

Así mismo, en esa sentencia la Corte concluye que, la institución de la consulta a comunidades indígenas que pueden resultar afectadas por las adopciones de cierta medida, necesita adoptar relaciones de comunicación y entendimiento, en el marco del respeto y la buena fe entre todas las partes.

Aunado a lo anterior, como parte de la respuesta a la necesidad de garantizar por parte del Estado, el Derecho a la Consulta Previa, de la mano con la jurisprudencia desarrollada, a nivel institucional y normativo se realizaron los siguientes avances desde el enfoque institucional y organizacional:

El Decreto 200 de 2003 “Por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio del Interior y de Justicia, y se dictan otras disposiciones.”, en su artículo 16. “Funciones de la Dirección de Etnia”, establece en el numeral 4. “*Coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta con los grupos étnicos sobre los proyectos que puedan afectarlos de conformidad con la ley*”, lo cual permitió que, desde la institucionalidad, se diera paso a los espacios que garanticen el derecho de la consulta previa.

Mediante el Decreto 2893 de 2011, “Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior.”, en el artículo 16, se creó la Dirección de Consulta Previa-DCP, para la cual fueron establecidas las siguientes funciones, entre otras:

“5. Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos.” (Decreto 2893, 2011 artículo 16) y “4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.” (Decreto 2893, 2011 artículo 16)

Finalmente, en el desarrollo de esta monografía no se identificó para el periodo de 1989-2018, que se haya emitido una Ley de Consulta Previa, ni el desarrollo de una Política Pública de Consulta Previa.

Características de la Consulta Previa en Colombia

Es importante señalar que la Consulta Previa es: un derecho fundamental, una obligación del estado y de quienes intervienen en la misma, un derecho y deber de las comunidades étnicas, y es un proceso, los cuales se rigen bajo los principios de Buena Fe, Legitimidad, Transparencia, Participación, Representatividad, Entendimiento Intercultural y Bilingüismo, y Oportunidad.

Además, la Consulta Previa debe ser:

- Libre: que no tenga interferencias, presiones, y quienes intervienen en ella tengan clara su participación.
- Previa: debe realizarse antes de que se adopte y aplique la medida legal o administrativa nacional y antes de la ejecución del proyecto, obra o actividad-POA.
- Informada: es necesario dar a conocer a las partes interesadas, el propósito y alcance de la ley o medida administrativa, al igual que el del proyecto obra o actividad.

De igual manera, es relevante mencionar el concepto de Afectación Directa que enmarca la Consulta Previa, así:

Puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios, ello independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta. (Corte Constitucional, Sentencia C-187/11, 2011)

Ahora bien, los actores de la Consulta Previa, se presentan en la Figura 1.

Figura 1

Actores de la Consulta Previa

<p><u>PARTES:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Grupos Étnicos • Empresa, persona o entidad interesada en desarrollar el Proyecto, Obra o Actividad
<p><u>COORDINADORES:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Dirección de Consulta Previa (MI) • Autoridades Ambientales: ANLA o CAR (Con licenciamiento)
<p><u>INVITADOS:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Entes de Control del Estado (Procuraduría, Defensoría y Personería Municipal) • Autoridades de los municipios y departamentos (oficinas de asuntos indígenas y negras)

Nota: Adaptado de Presentación Dirección de Consulta Previa-Ministerio del Interior 2013.

Otro aspecto necesario por mencionar es el veto, el cual es una facultad para oponerse de manera categórica a una ley, decisión, decreto, ordenanza u otra disposición normativa, sin que se dé la posibilidad de establecer una negociación en la que se acceda a la pretensión e interés de la otra parte. Teniendo claro que la consulta previa genera los espacios de concertación entre los grupos étnicos y el Estado, esta no conlleva un poder de veto de las medidas legislativas por parte de los pueblos indígenas y tribales, ya que es contrario al fin esencial de la misma.

Directivas Presidenciales que regularon el Proceso de Consulta Previa en Colombia

Con la Directiva Presidencial 01 de 2010, se orientó los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, las acciones requeridas para garantizar el derecho a la Consulta Previa y los mecanismos con los que procede el proceso de Consulta Previa. En términos generales señaló lo siguiente:

El único competente para coordinar los procesos de Consulta Previa, es el Ministerio del Interior y de Justicia; y la responsabilidad para realizar estos procesos es compartida entre el Ministerio y los representantes de los proyectos.

En el marco del ordenamiento jurídico nacional se encuentra la Ley 21 de 1991 y el Decreto 1320 de 1998.

En los casos previstos en los acuerdos internacionales la Consulta Previa es obligatoria, no obstante, los Grupos Étnicos Nacionales, en ejercicio de este derecho fundamental, no pueden vetar el desarrollo de proyectos. (Directiva Presidencial 10, 2013). El proceso de Consulta Previa siempre deberá cumplir las siguientes fases:

- a) Preconsulta,
- b) Apertura del proceso,
- c) Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo,
- d) Pre-Acuerdos,
- e) Reunión de Protocolización,
- f) Sistematización y seguimiento al cumplimiento de acuerdos,
- g) Cierre del proceso de Consulta Previa.

Así mismo, en esta Directiva, se establece que las acciones relacionadas en la imagen 1, deben consultarse con las comunidades étnicas:

Figura 2

Acciones a las que les aplica la Consulta Previa de acuerdo a la Directiva 01 de 2010

<p>Quando se expidan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los Grupos Étnicos Nacionales, y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial.</p>	<p>Programas de prospección o explotación de los recursos naturales en sus territorios.</p>	<p>Decisiones sobre enajenación de tierras o de transferencia de sus derechos sobre las tierras, en el evento que las disposiciones de aplicación nacional puedan dificultar de alguna manera los procesos de titulación colectiva, ampliación o saneamiento de tierras.</p>
<p>Organización y funcionamiento de programas de formación profesional de aplicación general.</p>	<p>Enseñanza a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan.</p>	<p>Quando se expidan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los Grupos Étnicos Nacionales, y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial.</p>
<p>Quando se pretenda desarrollar, incrementar o transformar la malla vial en territorios étnicos.</p>	<p>Formulación, diseño o ejecución de proyectos de investigación adelantados por Entidades Públicas que estén relacionados con los recursos naturales, bióticos, económicos, culturales, religiosos, etc., de los grupos étnicos y puedan generar una afectación por la ejecución o la publicación de los mismos.</p>	<p>Quando se planeen acciones de erradicación de cultivos ilícitos que puedan afectar a los grupos étnicos.</p>
<p>Quando se estime tomar medidas sobre la salud y la enfermedad de los Grupos Étnicos Nacionales. Excepto en situaciones de emergencia que comprometan el derecho a la vida.</p>	<p>Quando se pretenda tomar alguna medida prioritaria respecto al proceso de desarrollo de algún Grupo Étnico Nacional.</p>	<p>Quando en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general se requiera incorporar particularidades según las costumbres o el derecho consuetudinario de los Grupos Étnicos Nacionales, en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general.</p>

Para el año 2013, el Gobierno Nacional emite la Directiva 10 de 2013, mediante la cual presenta la Guía para la Realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas, para *“establecer disposiciones para una mejor coordinación interinstitucional que garantice este derecho, bajo los principios de eficacia, economía y celeridad administrativas, mediante el*

acoplamiento de las autoridades encargadas de llevar a cabo el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas.”, en la cual se establecieron las siguientes etapas:

Etapa 1: Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la Consulta Previa. Esta etapa tiene por objetivo, Determinar si en el área de un proyecto, obra o actividad se certifica o no presencia de una comunidad étnica según los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional sobre comunidades étnicas. (Directiva Presidencial 10, 2013)

Etapa 2: Coordinación y Preparación. En esta etapa es necesario identificar, si el proceso de consulta requiere consentimiento previo libre informado, según si se configura alguna de las tres hipótesis que lo requieren, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

- a) Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de las comunidades.
- b) Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas.
- c) Cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma. (Directiva Presidencial 10, 2013)

Etapa 3: Pre consulta, en esta se realiza un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del POA, y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas. (Ibíd.)

Etapa 4: Consulta Previa, es en esta instancia que se desarrolla un diálogo entre el Estado, el Ejecutor y las comunidades étnicas, para que la DCP asegure el cumplimiento del deber de garantizar su participación real, oportuna y efectiva sobre la toma de decisiones de POA que

puedan afectar directamente a las comunidades, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural. (Ibíd.)

Etapas 5: Seguimiento de Acuerdos, su objetivo es, asegurar que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas. (Ibíd.)

Como se evidencia en las acciones adelantadas en Colombia, se realizaron avances en el proceso para la Garantía del Derecho a la Consulta Previa por parte del Gobierno, hasta llegar a determinar una serie de etapas de la misma. En el contexto de la primera etapa es que se identifica la presencia de comunidades étnicas con las que es necesaria la Consulta Previa.

Proceso de certificación de la presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad (POA)

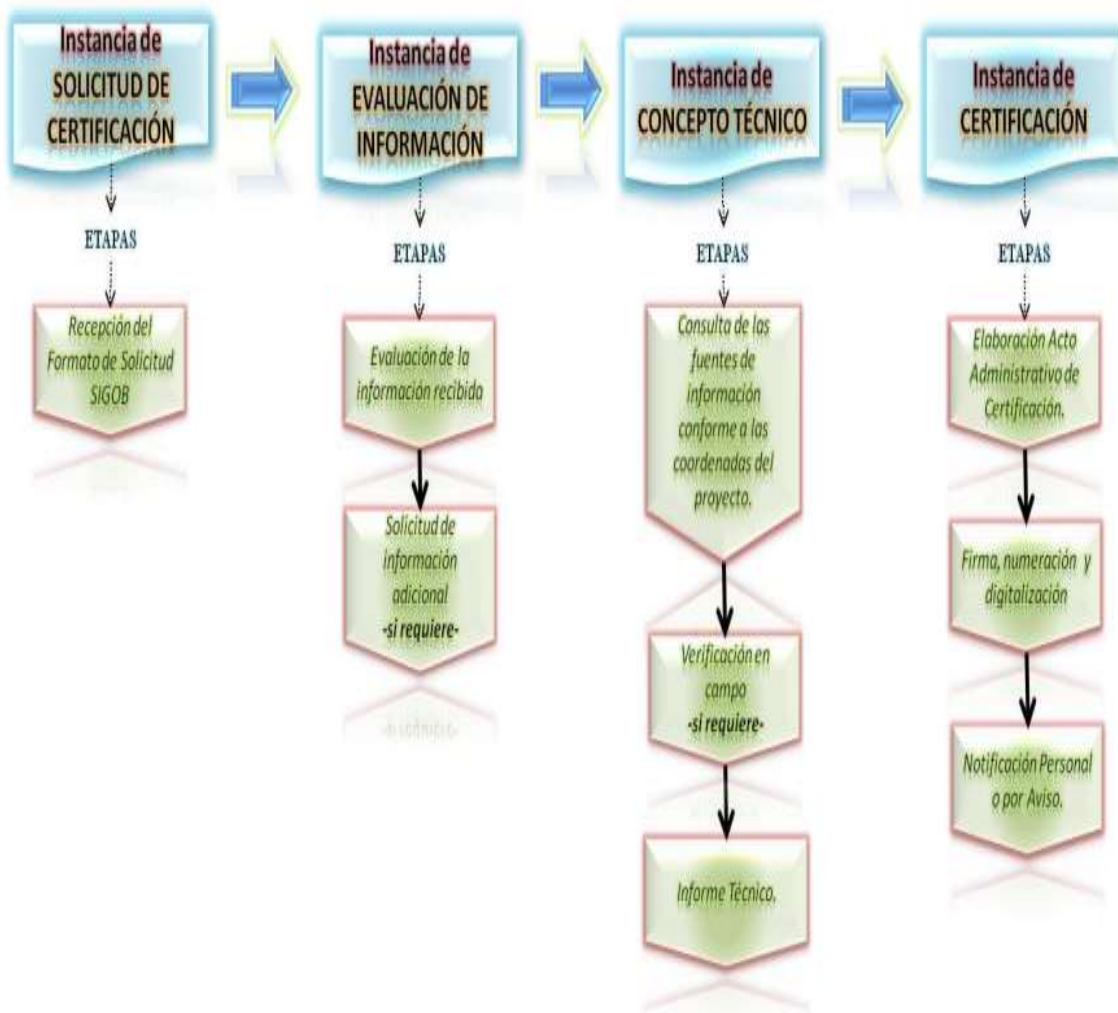
A partir del 18 de agosto de 2010, se inicia con la implementación del Procedimiento de Certificación de presencia de Grupos Étnico en zonas de proyectos, el cual, por la modificación de la estructura organizacional establecida en el Decreto 2893 de agosto de 2011, requirió cambios, dando paso al Procedimiento de certificación sobre la presencia o no presencia de grupos étnicos en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad (POA). De igual manera, tuvo algunos ajustes en los años 2013 y 2015, que básicamente correspondieron a la inclusión de nueva jurisprudencia.

Este proceso inicia con la presentación de la solicitud del ejecutor del POA, la cual, para ese entonces, se presentaba ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y debía contener como mínimo el nombre del POA a certificar; las coordenadas geográficas o planas y un CD con Shape digital. Una vez recibida la solicitud, se examinaba por parte del grupo de Certificaciones para determinar si la información aportada por el solicitante es

suficiente o no para continuar con el trámite de certificación. En la Figura 3, se presentan cada una de las instancias para la certificación de presencia de comunidades étnicas:

Figura 3

Procedimiento de Certificación sobre la Presencia de Comunidades Étnicas



Nota: Adaptado de Presentación Dirección de Consulta Previa-Ministerio del Interior 2013.

En el marco de este procedimiento y de acuerdo con la información de las bases de datos de la Subdirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, entre 2014 y 2019, fueron emitidas las certificaciones de presencia de comunidades étnicas para solicitudes de ejecutores de POAS, que se presentan en la Tabla 1.

Tabla 1

Certificaciones de presencia de comunidades étnicas expedidas en el periodo 2014-2019

Año	Total	Registra Presencia	%	No Registra Presencia	%
2014	2069	318	15.37%	1751	84.63%
2015	1579	359	22.74%	1220	77.26%
2016	1713	315	18.39%	1398	81.61%
2017	1485	275	18.52%	1210	81.48%
2018	1304	250	19.17%	1054	80.83%
2019	1027	201	19.57%	826	80.43%

Nota: Elaboración propia.

De lo anterior se tiene que de acuerdo con las certificaciones emitidas durante los años 2014 a 2019, en la mayoría se determinó que no se registró presencia de comunidades étnicas con las que se requiriera realizar Consulta Previa. Esto de acuerdo a los dos (2) casos en los que se registra la Certificación de Presencia, como se ve en las Figuras 4 y 5:

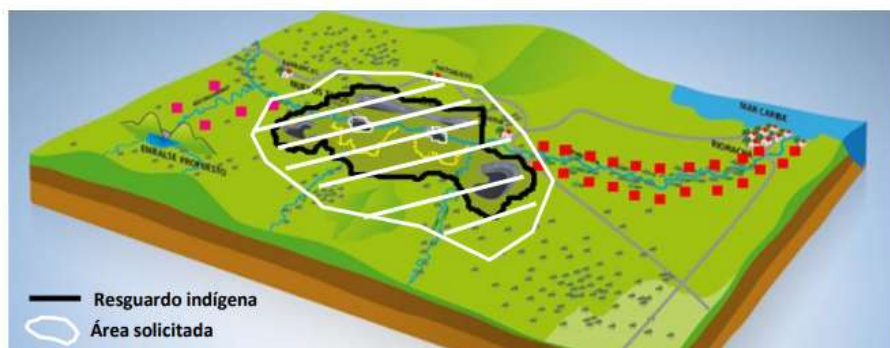
Figura 4

Caso 1 para la certificación de presencia de comunidades étnicas

Certificación de presencia

C
A
S
O

1



Si hay traslape entre el área del POA y las áreas con presencia de grupos étnicos

Nota: Adaptado de Presentación Dirección de Consulta Previa-Ministerio del Interior 2013.

Figura 5

Caso 2 para la certificación de presencia de comunidades étnicas



Nota: Adaptado de Presentación Dirección de Consulta Previa-Ministerio del Interior 2013.

Finalmente, y en relación con la Certificación de Presencia de comunidades étnicas con las que se debe realizar la Consulta Previa, como se ha mencionado, la Corte Constitucional, mediante la SU 123 de 2018 y ante la debilidad de este proceso, impartió órdenes al gobierno para el fortalecimiento institucional con el fin de dar respuesta adecuada al cumplimiento de la garantía del Derecho Fundamental de la Consulta Previa a las comunidades étnicas en el país.

La Consulta Previa en Colombia a partir de 2019: Respuesta del Gobierno a las órdenes impartidas en la SU 123 de 2018

Creación de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa

Durante la vigencia 2019, y con el fin de dar respuesta a lo señalado por la Corte Constitucional en la SU 123 de 2018, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 2353 del 26 de diciembre de 2019 *“Por el cual se modifica estructura del Ministerio del Interior y se determinan las funciones de algunas dependencias.”*, en el cual presenta las siguientes consideraciones:

“Que el Ministerio del Interior atiende los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la Constitución y la Ley, en el marco de sus competencias.”

(Decreto 2353, 2019)

Que la Corte Constitucional mediante Sentencia SU123 de 2018, determinó "EXHORTAR al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que, con base en los lineamientos expuestos en esta sentencia: adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT; así mismo se realicen los ajustes para que la institución encargada de otorgar los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas cuente con autonomía e independencia administrativa y financiera, necesarias para ejercer adecuadamente su función". (Decreto 2353, 2019)

Que, en virtud de lo expuesto, se hace necesario fortalecer la dependencia encargada del Ministerio del Interior de atender el derecho de consulta previa, para lo cual se le otorgará

autonomía administrativa y financiera, en los términos del literal j) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998, y se definirá su estructura y funciones. (Decreto 2353, 2019)

De acuerdo a los considerandos del Decreto 2353 de 2019, fue creada la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta y tres subdirecciones bajo su cargo de acuerdo a lo establecido en los siguientes artículos del mencionado Decreto:

ARTÍCULO 4. Sustituir los artículos 16 y 16A del Decreto 2893 de 2011, modificado por el Decreto 1140 de 2018, y adicionar los artículos 16B, 16C y 16D, los cuales quedarán así:

ARTÍCULO 16. Funciones de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa. La Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa funcionará con autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica, con arreglo a lo dispuesto en el literal j) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998 y cumplirá las siguientes funciones:” (Decreto 2353, 2019)

De las funciones asignadas a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, para el análisis que nos ocupa se destacan las siguientes:

1. Impartir los lineamientos para la determinación de la procedencia de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan afectar directamente a comunidades étnicas. (Decreto 2353, 2019)
2. Liderar, dirigir y coordinar el ejercicio del derecho a la consulta previa, mediante procedimientos adecuados, garantizando la participación de las comunidades a través de sus instituciones representativas, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural. (Decreto 2353, 2019)

“3. Definir la ruta metodológica y término de duración de la consulta previa, en los eventos en que las partes no logren un acuerdo sobre los mismos.” (Decreto 2353, 2019)

En este punto, se destaca que acorde a lo señalado por la Corte Constitucional en la SU 123 de 2018, se creó una Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa, la cual se convierte en la única autoridad administrativa en el país en la materia.

De igual manera, se crearon tres subdirecciones, que dependen de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa-DANCP, dos de tipo misional y una de apoyo para los temas transversales de tipo estratégico y administrativo, así:

“ARTÍCULO 16A. Funciones de la Subdirección Técnica de Consulta Previa. Son funciones de la Subdirección Técnica de Consulta Previa:” (Decreto 2353, 2019), de las funciones establecidas para esta Subdirección, se destaca la siguiente:

1. Determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran. (Decreto 2353, 2019)

ARTÍCULO 16B. Funciones de la Subdirección de Gestión de Consulta Previa. Son funciones de la Subdirección de Gestión de Consulta Previa: (Decreto 2353, 2019), de las que se destaca la siguiente:

1. Adelantar el desarrollo del proceso de consulta previa, mediante procedimientos definidos para el efecto, garantizando la participación de las comunidades étnicas a través de sus instituciones representativas, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural. (Decreto 2353, 2019)

Y en el artículo 16C, se establecen las funciones de la Subdirección Corporativa, así:

ARTÍCULO 16C. Funciones de la Subdirección Corporativa. Son funciones de la Subdirección Corporativa. A esta Subdirección le fueron asignadas funciones transversales de tipo administrativo y estratégico, para apoyar a las Subdirecciones misionales: Técnica y de Gestión de la Consulta Previa.

Dado lo anterior, el Gobierno Nacional estableció que la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, iniciaría su funcionamiento a partir de enero de 2020, por lo que fue necesario realizar una transición entre la organización funcional de la Dirección de Consulta Previa que contaba con grupos internos de trabajo a la estructura funcional de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, con tres Subdirecciones, frente a lo cual fueron creados cargos de carrera administrativa, en los niveles Profesional Especializado, Profesional Universitario, Técnico y Asistencial, de igual manera fueron creados cargos de libre nombramiento y remoción, entre los que se identifican, tres cargos de Subdirectores y un cargo de Director y algunos cargos de Asesor.

De igual manera, resultó necesario crear nuevos grupos internos de trabajo acorde con la nueva estructura funcional y tareas encomendadas, por lo tanto, mediante la Resolución 826 de 2020, fueron establecidos 13 grupos internos de trabajo. Es así, que en la Figura 6, se presenta el Organigrama de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, en el que se puede identificar su estructura funcional.

Figura 6

Estructura Organizacional de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa



Nota: Adaptado de Presentación DANCP-Ministerio del Interior 2021.

Directiva 08 de 2020 Presidencia de la Republica

Dada la creación de la Autoridad Nacional de Consulta Previa-DANCP y su puesta en marcha a partir de 2020, desde el Gobierno Nacional, se identificó la necesidad de realizar ajustes en Proceso de Consulta Previa para POAS, por lo que emitió la Directiva Presidencial 08 del 9 de septiembre de 2020, en la cual se señala que:

La Dirección Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior DANCP, como principal responsable de los procesos de consulta previa, y demás entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional llamadas a intervenir en los diferentes procesos de

consulta previa adelantados para el desarrollo de proyectos, obras o actividades de acuerdo con el criterio de afectación directa a comunidades étnicas, estarán sujetas a las directrices que en la presente Directiva se imparten. (Directiva Presidencial 08,2020).

Es importante señalar que con esta Directiva se cambió la primera etapa que establecía la Directiva Presidencial 10 de 2013, pasando de certificar presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un POA a determinar la procedencia de la consulta previa, así:

Primera etapa: Determinación de procedencia de la consulta previa

“En esta etapa se determinará si el POA requiere la realización de la consulta previa de acuerdo con el criterio de afectación directa y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran.” (Directiva Presidencial 08,2020). En este punto se identifica un cambio importante de fondo, puesto que ya no se trata de certificar si existen comunidades en el área de influencia de un POA, sino de establecer si un POA afecta directamente a una comunidad étnica, para lo cual es necesario realizar los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran.

Ahora bien, para el caso de la etapa del desarrollo de la Consulta Previa, se adicionaron las siguientes actividades:

5.2. Terminado el proceso de consulta, se dará aplicación al test de proporcionalidad y determinación de medidas de manejo en los siguientes eventos (i) por falta de acuerdo en la preconsulta o consulta. (ii) por inasistencia de las autoridades representativas, una vez agotado los procedimientos de convocatoria establecidos; (iii) por la falta de solución del conflicto de representatividad en la comunidad étnica. (Directiva Presidencial 08,2020).

Es importante precisar que la representatividad en la comunidad étnica se rige de acuerdo con el acto administrativo que reconoce la comunidad y en el cual se define sus

representantes, por lo que no es posible realizar un proceso con alguien de la comunidad que no está reconocido formalmente.

“El test de proporcionalidad tiene por finalidad determinar las medidas de manejo adecuadas para prevenir, corregir o mitigar las afectaciones directas.” (Ibíd.)

“Las medidas deberán estar desprovistas de arbitrariedad, fundamentadas en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, y tomarán en consideración las posiciones expresadas por la comunidad étnica y por la entidad promotora o el ejecutor del POA.” (Ibíd.)

Es así que se identifica que fue implementada una herramienta orientada a fortalecer el adecuado desarrollo de la etapa del Proceso Consultivo, con el fin de lograr el establecimiento de las medidas de manejo frente a los impactos de las afectaciones directas identificadas.

Decreto 1585 de 2020: Ajustes en el trámite del Licenciamiento Ambiental alineado al Proceso de Consulta Previa

Una vez es creada la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa y en el marco de las órdenes impartidas en la SU 123 de 2018, en relación con el trámite de Licencias Ambientales el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 1585 del 2 de diciembre de 2020 *"Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con el Diagnóstico Ambiental de Alternativas y el trámite de licenciamiento ambiental y se dictan otras disposiciones."* (Decreto 1585, 2020), en este Decreto, se presenta el siguiente considerando:

Que las Autoridades Ambientales deben resguardar y ampliar los derechos de participación de las comunidades étnicas, a partir de la incorporación de buenas prácticas que permitan suspender el trámite de licenciamiento, en los eventos en los que puedan verse afectadas directamente con la ejecución del mismo, y hasta tanto la Autoridad

Nacional de Consulta Previa -DANCP decida sobre el trámite de la Consulta Previa. (Decreto 1585, 2020),

De igual manera en este Decreto, en el párrafo 8 del artículo 2, se establece lo siguiente:

PARÁGRAFO 8°. El interesado en el trámite de solicitud de licencia ambiental deberá aportar todos los documentos exigidos en el Decreto 1076 de 2015 y demás normas vigentes, incluida la protocolización de la consulta previa cuando ella proceda.” (Decreto 1585, 2020)

Sin embargo, si durante el trámite de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, la Autoridad Ambiental considera técnica y jurídicamente necesario que el interesado actualice el pronunciamiento de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior -DANCP, sobre la procedencia de consulta previa, se suspenderán los términos que tiene la Autoridad Ambiental para decidir.” (Decreto 1585, 2020)

La Autoridad Ambiental no continuará con el proceso de evaluación, hasta tanto el interesado no allegue la decisión que expida la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior -DANCP- relacionada con la no procedencia de la consulta previa o allegue la protocolización de la consulta previa, cuando ella proceda.” (Decreto 1585, 2020)

“En ningún caso la Autoridad Ambiental otorgará licencia ambiental sin la protocolización de la consulta previa cuando ella proceda.” (Decreto 1585, 2020)

Así como se establecieron ajustes para el trámite de Licenciamiento Ambiental de un POA, en el artículo 4, se establecen las mismas reglas para el trámite de modificación de una

Licencia Ambiental, lo que refleja, que mediante nueva normativa se fortalece el Proceso de Consulta Previa, para aquellos POA, que requieren de licenciamiento ambiental.

Conforme a lo establecido anteriormente, se precisa que la encargada de desarrollar los trámites asociados al Licenciamiento Ambiental y las modificaciones de las Licencias Ambientales es la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, la cual depende del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Proceso de Consulta Previa a partir de 2020

Procedimiento de Determinación de Procedencia y Oportunidad de la Consulta Previa de la DANCP

De acuerdo al artículo 16A del Decreto 2353 de 2019, la Subdirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa –DANCP, es la responsable de la primera etapa del Proceso de Consulta Previa, que es la Determinación de la Procedencia de Consulta Previa, para lo cual fue necesario cambiar el procedimiento de certificación de presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un POA, para el de Determinación de Procedencia y Oportunidad de Consulta Previa, el cual de acuerdo a lo consultado en el Mapa de Procesos del Ministerio del Interior, fue oficializado el 03 de septiembre de 2020, el cual tiene por objeto:

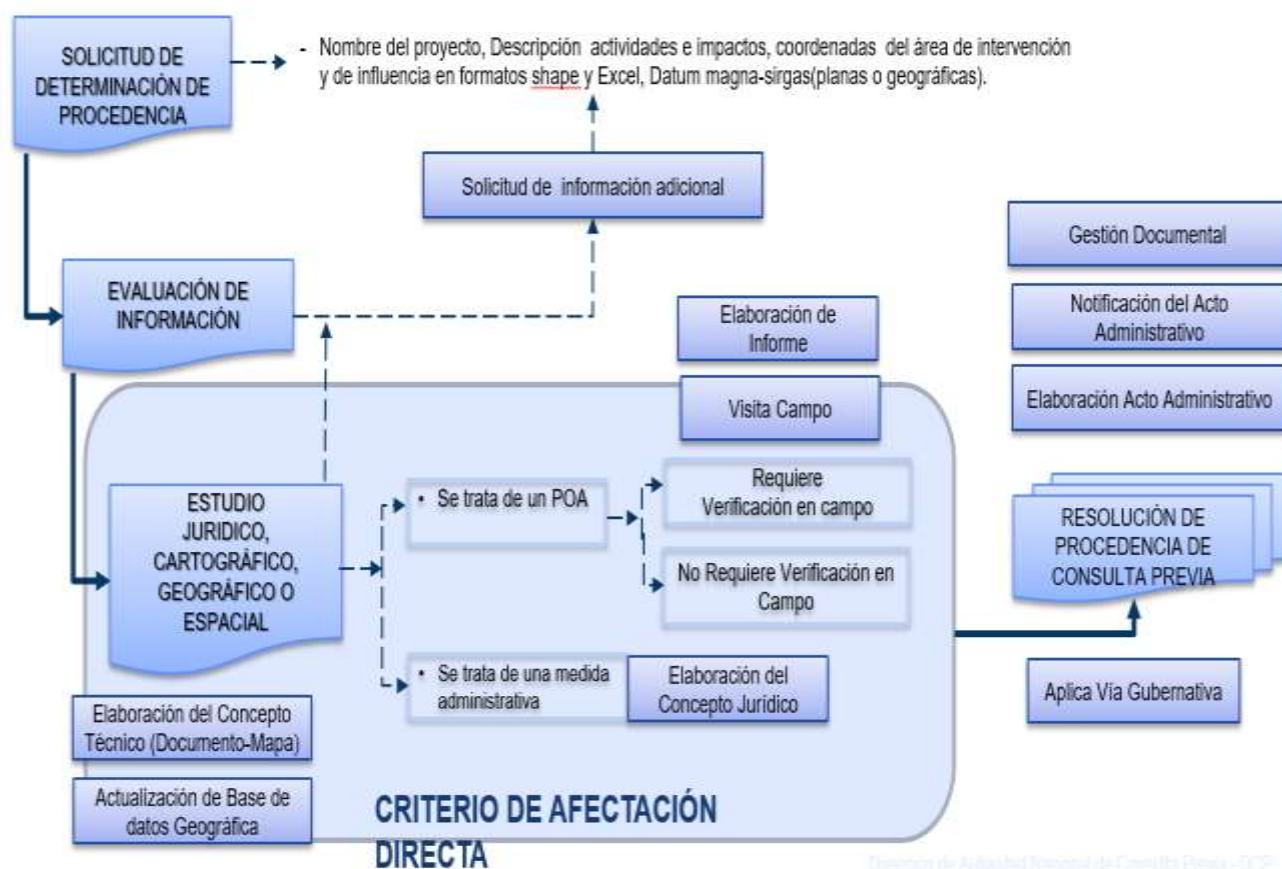
Establecer los lineamientos para la determinación de la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la ejecución de los proyectos, obras, o actividades (POAS) y para las medidas administrativas y legislativas, de acuerdo con el criterio de afectación directa, con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran. Lo anterior, según los criterios establecidos en el Convenio

169 de la OIT, la legislación nacional la normatividad vigente y la jurisprudencia constitucional. (Ministerio del Interior, 2020)

Conforme a lo anterior, se tiene que la Subdirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, es la encargada de realizar la etapa que se convierte en la puerta de entrada a la Consulta Previa, de acuerdo al flujograma presentado en la Figura 7.

Figura 7

Flujograma del Procedimiento de Determinación de Procedencia de Consulta Previa



Nota: Adaptado de Presentación DANCP-Ministerio del Interior 2021.

Ahora bien, en desarrollo de las anteriores actividades, es necesario realizar el análisis del contexto del Proyecto y de la Comunidad, como se establece en la Figura 8.

Figura 8

Análisis coincidencia de contextos de Proyecto y Comunidad



Nota: Adaptado de Presentación DANCP-Ministerio del Interior 2021.

Como resultado del análisis, se pueden obtener los siguientes resultados que se presentan en la Figura 9

Figura 9

Resultados análisis coincidencia de contextos de Proyecto y Comunidad



Nota: Adaptado de Presentación DANCP-Ministerio del Interior 2021.

Cuando no se puede determinar la coincidencia o no de los contextos del Proyecto y de la Comunidad étnica, es necesario realizar visita de verificación. Finalmente, como producto de los análisis, se emite una resolución de Determinación de Procedencia y Oportunidad de Consulta Previa, en la que se establece si requiere o no el Proceso de Consulta Previa,

En el marco de este procedimiento y de acuerdo con información de la Subdirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, se estableció que de acuerdo a la Tabla 2, para el periodo de 2020 a marzo de 2022, se emitieron los siguientes actos administrativos de Determinación de Procedencia y Oportunidad de Consulta Previa:

Tabla 2

Resoluciones de Determinación de Procedencia de Consulta Previa en el periodo 2020-2022

Año	Total	Procede	%	No Procede	%
2020	1397	154	11.0%	1243	89%
2021	1790	290	16.2%	1500	83.8%
2022	350	89	25.4%	261	74.6%
Total	3537	533	15.06%	3004	84.94%

Nota: Elaboración propia.

Es así que, para un total de 3537 solicitudes de Determinación de Procedencia de Consulta Previa, se estableció que en 533 Proyectos (15.06%), se requiere la realización del Proceso de Consulta Previa con las comunidades étnicas de las que se identificó una posible afectación directa.

Proceso de Gestión de Consulta Previa de la DANCP

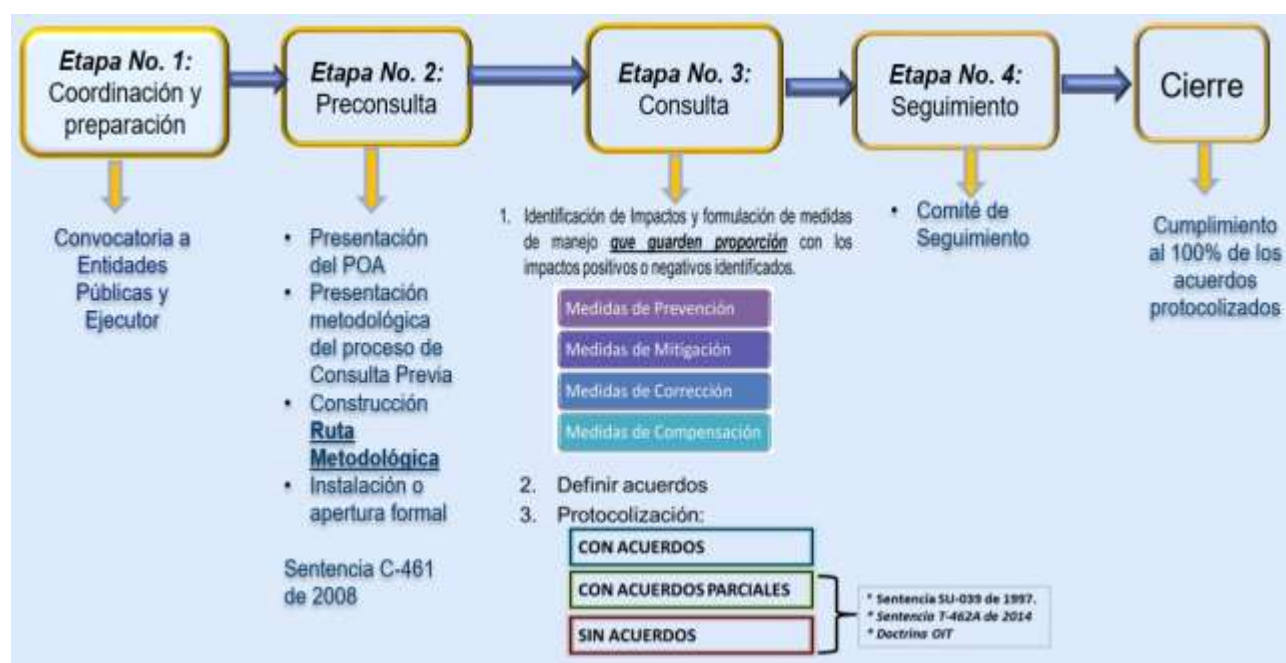
Luego de que se Determina la Procedencia de Consulta Previa con comunidades étnicas, se da paso a las siguientes etapas del Proceso Consultivo, las cuales son: Coordinación y preparación, Preconsulta, Consulta previa, y Seguimiento de Acuerdos. Lo anterior, conforme al alcance establecido para el Procedimiento de Gestión de la Consulta Previa:

El procedimiento abarca las siguientes fases: i) recepción de la solicitud de inicio del proceso de consulta previa por parte del interesado; ii) coordinación y preparación del proceso; iii) realización de la preconsulta; iv) consulta previa; v) seguimiento de acuerdos; v) cierre del proceso; vi) archivo del expediente. (Ministerio del Interior, 2021)

Así, para dar inicio al Proceso es necesario que el interesado en ejecutar el POA, presente la solicitud de inicio del proceso consultivo, el cual se desarrollacomo se evidencia en la Figura 10.

Figura 10

Proceso de Gestión de la Consulta Previa



Nota: Adaptado de Presentación DANCP-Ministerio del Interior 2021.

Es importante precisar que a diferencia de la Determinación de Procedencia de Consulta Previa que se realiza para determinado POA estableciendo las comunidades con las que se debe realizar; la Gestión de Consulta Previa se realiza con cada comunidad étnica identificada, por lo que, para una solicitud de un POA, puede realizarse varias Consultas Previas, lo cual depende del

total de comunidades identificadas. En ese sentido, de acuerdo con la información obtenida de la Subdirección de Gestión de la DANCP, a corte de 18 de agosto de 2021 (información acumulada de vigencias anteriores), se han consultado a 9.221 comunidades, se han adelantado 5979 Consultas Previas, y completado 3822 Procesos Consultivos para 1318 Proyectos. Así mismo, se identificó que, con comunidades activas, se han adelantado 3818 Consultas previas para 623 Proyectos, tal como se aprecia en la Figura 11.

Figura 11

Acumulado de Consultas Previas por región con corte a 18 de agosto de 2021



Nota: Adaptado de Presentación DANCP-Ministerio del Interior 2021.

Procedimiento de Consulta Previa de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

Dadas los lineamientos emitidos por la Corte Constitucional en la SU 123 de 2018, la creación de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa y lo establecido en el Decreto 1585 de 2020, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, desarrolló el Procedimiento de Consulta Previa, el cual tiene como objeto:

Atender las solicitudes de consulta previa según convocatoria de la entidad competente, de conformidad con los criterios normativos que lo regulan y los lineamientos institucionales, para garantizar la participación de la ANLA en el proceso de consulta previa en los casos que se requiera. (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales,2020)

Este procedimiento en su alcance establece lo siguiente:

Inicia con la radicación de la solicitud recibida a través de los diferentes canales de atención, seguido de la valoración de la misma, y termina con la participación de la entidad en la consulta previa o la respuesta escrita. Aplica para la Subdirección de Mecanismos de Participación Ciudadana Ambiental, Subdirección de Evaluación de Licencias, Subdirección de Seguimiento de Licencias, Oficina Asesora Jurídica y Subdirección de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales. (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales,2020).

En ese sentido se establece que la participación de la ANLA, en el desarrollo de la Consulta Previa, solo se realiza cuando se trata de un POA que requiere Licenciamiento Ambiental.

A manera de síntesis, se puede señalar que la respuesta institucional a las órdenes impartidas en la Sentencia SU 123 de 2018, sobre los ajustes institucionales necesarios en relación con la Consulta Previa, se reflejan en el Decreto 2353 de 2019 mediante el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se crea la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, -con autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica-, como única autoridad administrativa del tema. Posteriormente, en la Directiva Presidencial 08 de 2020, se modificó la primera etapa del Proceso de Consulta Previa para POAS, pasando de certificar la existencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia, a establecer si un POA afecta

directamente a una comunidad étnica, además en la etapa de desarrollo, se incluyó un test de proporcionalidad para determinar las medidas de manejo adecuadas que contrarresten las afectaciones directas del POA, de esta manera se tiene que el Procedimiento de Determinación de Procedencia de Consulta Previa se desarrolla bajo una perspectiva más integral, y como producto del mismo, se emite un acto administrativo (Resolución de Determinación de Procedencia y Oportunidad de Consulta Previa).

También, con el Decreto 1585 de 2020, se realiza un ajuste en el trámite del Licenciamiento Ambiental, puesto que se incluye en el mismo, el pronunciamiento formal sobre la procedencia de Consulta Previa para los casos en los que las comunidades étnicas puedan verse afectadas.

De otra parte, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, desarrolló el Procedimiento de Consulta Previa, para garantizar su participación en el proceso de consulta previa cuando sea necesario.

La articulación de los actores de la Consulta Previa en Colombia en los nuevos escenarios generados a partir de la SU 123 de 2018

Como se expuso en el capítulo anterior, producto de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la SU 123 de 2018, se emitió el Decreto 2353 del 26 de diciembre 2019, con el cual se dieron los cambios institucionales, en el Proceso de Consulta Previa. A continuación, para el periodo 2020-2021, se presenta una aproximación de las articulaciones realizadas por los actores del Proceso de Consulta Previa: Ejecutores de Proyectos, Obras y Actividades-POA, Comunidades Étnicas, Ministerio del Interior como responsable de la coordinación de los Procesos Consultivos, e Invitados que son acompañantes y garantes del Proceso.

Años 2020 y 2021

Como ya se mencionó, en el año 2020 inició el funcionamiento de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa-DANCP, y se ajustó el Proceso macro de Consulta Previa, pasando de certificar la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un POA, a Determinar la Procedencia y Oportunidad de Consulta Previa para POAS, de acuerdo al criterio de afectación directa a las comunidades étnicas identificadas. De igual manera, en el desarrollo del Proceso Consultivo se estableció la implementación del test de proporcionalidad, lo cual produjo cambios en la interacción de los actores de la Consulta Previa.

En este punto es necesario mencionar un escenario que no pudo ser previsto anteriormente y fue la Declaratoria de Emergencia Sanitaria por el Covid 19, a partir del 12 de marzo de 2020, lo cual implicó un nuevo reto para todos los actores del Proceso de la Consulta Previa.

Conforme a lo anterior, el Ministerio del Interior, a través de la Circular CIR2020-29-DMI-1000 del 27 de marzo de 2020, comunicó a las comunidades étnicas que, dada la

Declaratoria de Emergencia Sanitaria, las consultas previas de POAS se realizarían de manera virtual, y se ordenó la suspensión de la agenda de reuniones de instalación de consulta previa desarrolladas por la DANCP, las cuales se reanudarían una vez se levantara la medida de aislamiento obligatorio. (Brigard- Urrutia, 2020). Sin embargo, varios sectores como las comunidades étnicas, algunos Congresistas y el Ministerio Público, en cabeza de la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos, consideraron que las Consultas Previas virtuales, están en contravía de la garantía al Derecho Fundamental de las comunidades étnicas, dado que la mayoría de los pueblos étnicos habitan en territorios y regiones que presentan grandes debilidades en materia de conectividad, cobertura y acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, lo cual podría impedir el acceso al derecho de manera libre e informada y el desarrollo de las prácticas propias internas de concertación y decisión. (Semana, 2020). En respuesta a los argumentos presentados por el Ministerio Público, el Ministerio del Interior derogó la citada circular.

Por otra parte, un grupo de empresarios a través del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, ante la Declaratoria de Emergencia, el 3 de abril de 2020, presentó una carta al Presidente de la República, en la que sugieren adoptar algunas medidas que podrían contribuir a disminuir la crisis económica que se comienza a presentar por las disposiciones establecidas para mitigar la propagación del Covid 19, en las que se incluye simplificar algunos trámites como la consulta previa, la licencia ambiental y de regalías, pues consideraban que podían frenar el desarrollo del país. No obstante, esta solicitud causó molestia en otros sectores, que señalaban que, para el caso particular de la Consulta Previa, no se trata solamente de un mecanismo de participación para las comunidades étnicas, sino que corresponde a un derecho fundamental, objeto de protección especial, por lo que varias comunidades étnicas y

organizaciones a través de EarthRights International, el 15 de abril de 2020, presentaron una solicitud al Presidente de la República, para que no tuviera en cuenta las medidas propuestas por el mencionado Instituto, así como ninguna otra que pretenda disminuir y restringir derechos, en observancia a la Resolución 01/2020 de la CIDH, donde señala que los Estados deben *“abstenerse de promover iniciativas legislativas y/o avances en la implementación de proyectos productivos y/o extractivos en los territorios de los pueblos indígenas durante el tiempo en que dure la pandemia”*. (EarthRights International, 2020).

Por otra parte, durante esta vigencia fue emitida la Sentencia C-493 del 26 de noviembre de 2020, en la que la Corte Constitucional, resuelve la solicitud de demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 161 de la Ley 1955 de 2019, *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022-Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”*, en el que se establece lo siguiente:

Artículo 161. Tasa por la realización de la consulta previa. El interesado en que se adelante una consulta previa deberá pagar al Ministerio del Interior- Fondo de la Dirección de Consulta Previa que se constituya como patrimonio autónomo a través de un contrato de fiducia mercantil, una tasa por los servicios de coordinación para la realización de la consulta previa y por el uso y acceso a la información sobre presencia de comunidades. Los recursos del cobro de esta tasa entrarán al Fondo de la Dirección de Consulta Previa y serán utilizados para sufragar los servicios a los que hace referencia el presente artículo. (Ley 1955,2019)

El mencionado artículo fue declarado inexecutable debido a lo siguiente:

(i) vulneración a la reserva de ley estatutaria (Art. 152 de la CP), (ii) menoscabo del contenido del derecho a la consulta previa (Arts. 53, 93 y 334 de la CP y Arts. 6 y 7 del

Convenio 169 de la OIT), (los dos cargos formulados en los expedientes D-13587 y D-13602) (iii) violación al principio de unidad de materia (Arts. 158 y 169 de la CP), (iv) desconocimiento del derecho de acceso a la información y a la participación democrática (Art. 74 de la CP), (v) menoscabo a los principios de legalidad y equidad tributarias (Arts. 95.9 y 363 de la CP) (expediente D-13587, (vi) infracción al deber de consultar con las comunidades étnicas la expedición de la norma demandada (Arts. 1, 2, 7, 13, 40, 93, 152, 330, 334 de la CP y Arts. 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT), y (vii) transgresión al principio de confianza legítima (Arts. 83 y 93 de la CP y 6 del Convenio 169 de la OIT) (expediente D-13602). (Corte Constitucional, Sentencia 493/20, 2020).

Frente a la regulación de Consulta Previa, el 4 de octubre de 2020, fue radicada ante la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley Estatutaria de Consulta Previa de 2020, para el respectivo inicio de trámite, no obstante, durante el año 2021, los congresistas ponentes de este Proyecto de Ley, manifestaron que el mismo no fue objeto de consulta con los pueblos indígenas, afro y rom, por lo que el trámite contrarío las disposiciones de carácter constitucional, ratificadas por Colombia, como el Convenio 169 de la OIT que dispone que la Consulta Previa debe ser realizada siempre que se traten temas y derechos que tienen un impacto directo sobre las comunidades étnicas (Cámara de Representantes, 2021). En consecuencia, el citado Proyecto de Ley fue retirado.

De acuerdo con lo anterior, para este periodo se evidencian debilidades en la articulación de los actores de la Consulta Previa, la cual fue acentuada por la pandemia; es así que, por parte de los ejecutores de los POAS, se tiene la visión de que la Consulta Previa es un trámite, dejando a un lado su espíritu de Derecho Fundamental, y en lo que respecta a las comunidades étnicas, en ocasiones, han obviado que para que proceda la Consulta Previa, es necesario evidenciar que

existe afectación directa por un POA, bajo las consideraciones, elementos y criterios señalados por la Corte Constitucional.

La gestión realizada por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa-DANCP durante 2020-2021, como como coordinadora del Proceso de Consulta Previa

En lo que respecta a la labor de la DANCP, en los reportes de gestión se indica que el fortalecimiento institucional se refleja en la reducción de los tiempos de respuesta en la etapa de Determinación de Procedencia, dado que para el año 2018, el proceso de certificación de presencia de comunidades étnicas cuando se requería visita de verificación, tenía un promedio de 139 días, mientras que para las vigencias 2020 y 2021, el promedio fue de 109 días y 85 días respectivamente, para los actos administrativos de Procedencia de Consulta Previa que requirieron visita. En el caso de los actos administrativos que no requirieron visita de verificación, el tiempo de expedición en días se redujo de 30,9 en 2018 y 46,9 en 2019, a 26,2 en 2020, y 25,37 en 2021. (Bitar, 2021).

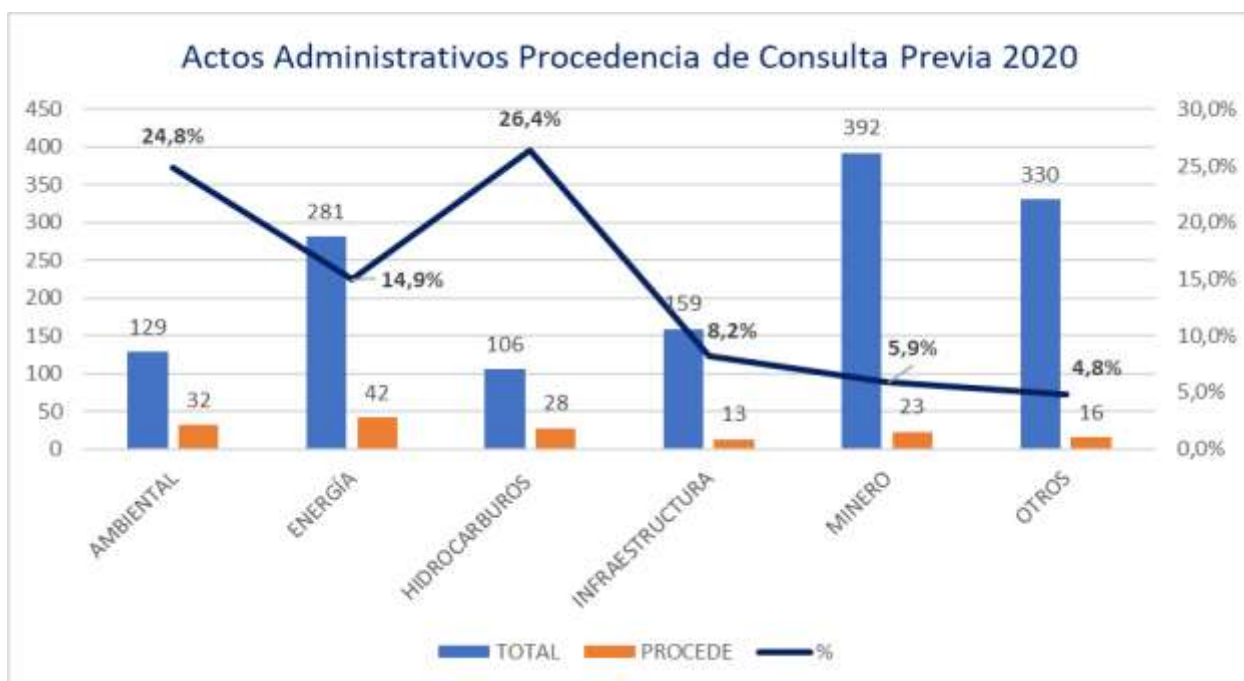
En la etapa de desarrollo de los procesos consultivos iniciados después de agosto de 2018, se tenía la meta, para 2020, de protocolizar acuerdos con el 68% de comunidades en seis meses o menos. Esta meta fue superada, pues se llegó a un resultado del 77% de comunidades protocolizadas en ese tiempo y en 2021 se ha llegado a un porcentaje de 73%, siendo este porcentaje la meta para esta vigencia. (Bitar, 2021).

En cuanto a la participación de los diferentes sectores económicos del país en el proceso de Determinación y Oportunidad de Consulta Previa, y de acuerdo con la información de la Subdirección Técnica, y tal como se presentó en la Tabla 2 del presente documento, para la vigencia 2020 del total de actos administrativos emitidos se determinó que para 154 proyectos procedía la Consulta Previa, y que para la vigencia 2021 procedió la consulta previa para 290

proyectos. En ese orden de ideas, a continuación, en la Figura 12, se presenta el comportamiento por sectores económicos durante las dos vigencias.

Figura 12

Actos Administrativos de Determinación de Procedencia de Consulta Previa 2020



De acuerdo a la Imagen 12, se puede identificar que las solicitudes de Determinación de Procedencia de Consulta Previa, se presentan por los diferentes sectores económicos, el sector más representativo es el minero para el cual se emitieron 392 actos administrativos, de los cuales en 23 (5.9%) se estableció que hay procedencia de la consulta previa puesto que existe una posible afectación directa a comunidades étnicas; para el caso del sector ambiental, de 129 actos administrativos se estableció la procedencia de Consulta Previa en 32 (24.8%). Si bien el ítem de otros, tiene un número representativo de actos administrativos 330, solo para 16 (4.8%) procedió la consulta previa, es importante señalar que en esta clasificación se encuentran los proyectos asociados a telecomunicaciones, entre otros.

En lo que respecta a la vigencia 2021, el comportamiento por sector económico se presenta en la Figura 13.

Figura 13

Actos Administrativos de Determinación de Procedencia de Consulta Previa 2021



En la Figura 13, se puede identificar que de la vigencia 2020 a 2021, se presentó una importante variación, dado que en 2021 se incluyó un nuevo sector económico y es el de telecomunicaciones, con 221 actos administrativos en los que para 150 (67.9%) se determinó la Procedencia de Consulta Previa; el sector más representativo es el de energía para el que se emitieron 387 actos administrativos, de los cuales en 27 (7%) se estableció que hay procedencia de la consulta previa.

Una de las causas que incidió en esta variación, es la Declaratoria de Emergencia Sanitaria por el Covid 19, que generó la necesidad de fortalecer la conectividad en el país, así como el desarrollo de actividades de diversa índole de manera virtual, lo cual pasó de ser una

opción a ser una forma cotidiana de operación. En este orden de ideas se puede inferir, que el comportamiento y la variación de los sectores económicos del país, puede ser reflejado en las solicitudes de Determinación de Procedencia de Consulta Previa.

En cuanto a las comunidades étnicas, no fue posible establecer cifras exactas para la vigencia 2020, y para la vigencia 2021, de los 290 actos administrativos que se determinó la procedencia de Consulta Previa, 158 correspondieron a comunidades indígenas, 113 a comunidades de negritudes y afros, y en el caso de 19, la consulta previa procedió con ambas comunidades; para las comunidades ROM no fue determinada la Consulta Previa.

Dado lo anterior, se evidencia la responsabilidad asignada a la DANCP, en cuanto a realizar un estudio técnico y riguroso que permita que se garantice de forma consistente el Derecho a la Consulta Previa, sin embargo, de acuerdo a lo expuesto, el fortalecimiento institucional se ha orientado en parte a la disminución del tiempo de expedición de los actos administrativos de Determinación de Consulta Previa, lo cual puede contribuir a que se vea como un trámite por parte de los intervinientes del proceso macro de Consulta Previa.

De otra parte, no se identificó que se presentaran avances en el desarrollo de una política pública de Consulta Previa.

A pesar de que se reconoce que se han realizado esfuerzos en cuanto al fortalecimiento de la Consulta Previa en el país, no obstante, es necesario continuar avanzando en la articulación de sus actores, en cerrar brechas de conocimiento frente a los alcances y límites de cada parte del proceso, y gran parte de la responsabilidad recae en la DANCP, quien es la dinamizadora de la Consulta Previa, como autoridad nacional.

Conclusiones

En la revisión documental y conceptual de los referentes de la Consulta Previa, se establece que el principal rector de la misma es el Convenio 169/1989 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual ha sido adoptado por países como Perú y Chile. De igual manera en Colombia este Convenio se adoptó mediante la Ley 21 de 1991.

Durante el periodo 1989 a 2018, en Colombia se realizaron avances de tipo normativo e institucional para la garantía al Derecho de la Consulta Previa de las comunidades étnicas, lo cual se evidencia en la emisión de normas, creación de dependencias que coordinan el proceso, y en el desarrollo de la jurisprudencia, siendo esta última la orientadora de la evolución del Proceso de Consulta Previa en el país, al determinar que este tiene una serie de etapas que inician con la Certificación de Presencia de Comunidades étnicas en el área de influencia de un Proyecto, Obra o Actividad, las cuales son desarrolladas por el Ministerio del Interior.

Inicialmente, la Certificación de Presencia de Comunidades étnicas, solo aplicaba para dos casos: cuando se identificaba un traslape en la zona del Proyecto, Obra o Actividad y las áreas con presencia de comunidades étnicas o cuando no había traslape, pero existía incertidumbre sobre la presencia de comunidades étnicas cercanas al área del Proyecto, Obra o Actividad; y es con estas comunidades certificadas que se daba paso a las demás etapas de la Consulta Previa.

Los actores que intervienen en la Consulta Previa son los ejecutores de los Proyectos, Obras o Actividades, las comunidades étnicas, con la coordinación del Ministerio del Interior, y cuando se trate de licenciamiento ambiental, también participan la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y las Corporaciones Autónomas Regionales.

La Corte Constitucional mediante la SU 123 de 2018, realizó unificación de jurisprudencia emitida anteriormente en materia de Consulta Previa, así mismo, luego del análisis del caso de la comunidad Awá la Cabaña, estableció ocho (8) criterios para establecer la afectación directa, e impartió órdenes al gobierno entre las que se destaca la necesidad de fortalecer la capacidad institucional para garantizar el Derecho Fundamental de la Consulta Previa.

Como respuesta a las órdenes impartidas en la SU 123 de 2018, mediante el Decreto 2353 de 2019, el gobierno nacional creó la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la cual hace parte del Ministerio del Interior, con autonomía administrativa y financiera, en los términos del literal j) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

Como un avance importante del Proceso de Consulta Previa, y de acuerdo a la Directiva Presidencial 08 de 2020, se resalta el cambio de la primera etapa del mismo, que pasó de certificar la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un Proyecto, Obra o Actividad, a Determinar la Procedencia de Consulta Previa con comunidades étnicas de acuerdo al criterio de afectación directa, el cual no solo correspondía a si existe la presencia de la comunidad étnica, sino en establecer que los contextos del Proyecto y de la Comunidad étnica coincidiera, por lo que es posible que se presenten afectaciones a la misma.

Para el caso del desarrollo del Proceso Consultivo, se identifica que la Directiva Presidencial 08 de 2020, incluye la aplicación de un test de proporcionalidad, el cual contribuye a que desde el gobierno pueda establecerse las medidas e impactos en el caso que no se lleguen a acuerdos entre los ejecutores del POA y la comunidad étnica, acorde a lo señalado en la SU 123 de 2018.

En términos generales se evidencia, que se realizaron importantes avances en el fortalecimiento institucional para la Garantía del Derecho Fundamental de la Consulta Previa, al crear una Autoridad Nacional en la materia, realizar cambios en la primera etapa del Proceso macro de Consulta Previa, y articular procesos de instituciones que participan en el mismo.

Durante la vigencia 2020, se presentó un reto importante para todos los actores del Proceso de la Consulta Previa, y fue la Declaratoria de Emergencia Sanitaria por el Covid 19, lo cual produjo que cada uno de los actores presentara argumentos desde su punto de vista, sin tener en cuenta el rol de los otros, evidenciando desconocimiento del Proceso y falta de articulación en el mismo, lo cual implica esfuerzos significativos para que se garantice el Derecho Fundamental de las comunidades étnicas, sin desconocer las implicaciones e impactos en los demás actores.

Reflejo del desconocimiento del Proceso de Consulta Previa, es la radicación en 2020 del Proyecto de Ley estatutaria de Consulta Previa, sin haberse consultado previamente con las comunidades étnicas, lo cual derivó en que en la vigencia 2021 fuese retirado el mismo.

La dinámica del Proceso de Consulta Previa, en especial la primera etapa del mismo, puede dar cuenta del comportamiento de los diferentes sectores económicos del país, es así que del total de resoluciones de Determinación de Procedencia de Consulta Previa de la vigencia 2021, a diferencia de otros años, se emitieron actos administrativos para el sector de telecomunicaciones, lo cual pudo ser producto de los retos y nuevos escenarios originados por el Covid 19.

La Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, en su proceso de consolidación y fortalecimiento institucional, debe dinamizar la articulación de los actores de la Consulta Previa, contribuyendo a que se conozcan los alcances y límites de cada parte que interviene en el mismo.

Si bien una de las apuestas del gobierno es la disminución de los tiempos para la Determinación de la Procedencia de Consulta Previa, es importante que no se convierta en un mero trámite, dado que es necesario realizar estudios técnicos que permitan establecer la Procedencia con fundamento en el criterio de afectación directa, a fin de garantizar el derecho fundamental de las comunidades étnicas.

Referencias Bibliográficas

Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009). Guía para la aplicación judicial: Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo).

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/6903.pdf>

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (2020) Procedimiento de Consulta Previa. (Versión:1 del 16/12/2020).

https://ct.anla.gov.co/gespro/reportes_pdf/vista_publicada?vs=1608129046

Bitar (2021). 30 años de la consulta previa en Colombia. Revista Digital Inergia.

<https://www.grupoenergiabogota.com/transmision/revista-inergia/invitado/30-anos-de-la-consulta-previa-en-colombia>

Brigard-Urrutia (2020) Suspensión de visitas de verificación y reuniones de consulta previa.

<https://bu.com.co/es/noticias/suspension-de-visitas-de-verificacion-y-reuniones-de-consulta-previa>

Cámara de Representantes (2021). Congresistas ponentes de Proyecto de Ley de consulta previa, reclaman que no fue consultado con los Pueblos Indígenas, Afro y Rom.

<https://www.camara.gov.co/congresistas-ponentes-de-proyecto-de-ley-de-consulta-previa-reclaman-que-no-fue-consultado-con-los>

Congreso de la República de Colombia (marzo 04, 1991). Ley 21 de 1991. Por medio de la cual se aprueba el convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la conferencia general de la OIT, Ginebra, de 1989. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1577376>

Congreso de la República de Colombia (agosto 27, 1993). Ley 70 de 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1620332>

Congreso de la República de Colombia (mayo 25, 2019). Ley 1955 de 2019. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022-Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=93970>

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 330 de julio de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. (noviembre 15, 2018) Sentencia SU 123/2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU123-18.htm>

Corte Constitucional. (noviembre 19, 2018). Rueda de prensa, SU-123 de 2018. Decisión sobre derechos amparados a comunidad Awá "La Cabaña" [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=ZNsF0YnjWKw>

Corte Constitucional de Colombia. (noviembre 26, 2020) Sentencia C 493/2020 (M.P. Diana Fajardo). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-493-20.htm>

EarthRights International (2020) Respeto a las comunidades étnicas colombianas durante la pandemia por el COVID-19. https://www.change.org/p/presidente-iv%C3%A1n-duque-y-el-gobierno-de-colombia-respeto-a-las-comunidades-%C3%A9tnicas-colombianas-durante-la-pandemia-por-el-covid-19?recruiter=1076241726&utm_source=share_petition&utm_medium=copylink&utm_campaign=share_petition

López Vyhmeister, Ricardo, & Mohr Aros, Tania. (2014). Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de Normas Previstas y de su trato en la

Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? Revista de derecho (Valdivia), 27(1), 105-126. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000100005

Ministerio del Interior (2015) Procedimiento de certificación sobre la presencia o no presencia de grupos étnicos en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad. (Código: AN-CP-P1 Versión:06).

Ministerio del Interior (2020) Procedimiento de Determinación de procedencia y oportunidad de la consulta previa. (Versión:07 del 03/09/2020).

<https://pruebaw.mininterior.gov.co/node/30858>

Ministerio del Interior (2021) Procedimiento de Gestión de la consulta previa. (Versión:09 del 03/03/2021).

https://pruebaw.mininterior.gov.co/sites/default/files/documentos/Mapa_procesos_Planeacion/procedimiento_gestion_de_la_consulta_previa_vr._09._02-03-2021.pdf

OIT (1989) Convenio 169/1989 Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo).

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

OIT (1989) Convenios 107/1957 y 169/1989.

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/sitestudiocointelements/wcms_con_txt_itp_con_107_es.pdf

Presidencia de la República de Colombia. (junio 10, 1993). Decreto 1088 de 1993. Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales

Indígenas. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1501>

Presidencia de la República de Colombia. (octubre 12, 1995). Decreto 1745 de 1995. Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" y se dictan otras disposiciones”.

<https://www.minagricultura.gov.co/Normatividad/Decretos/Decreto%20No.%201745%20de1995.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (diciembre 07, 1995). Decreto 2164 de 1995. por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional. [https://www.suin-](https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1411247)

[juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1411247](https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1411247)

Presidencia de la República de Colombia. (agosto 06, 2010). Decreto 2957 de 2010. Por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rrom o Gitano.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=40124>

Presidencia de la República de Colombia. (agosto 11, 2010). Decreto 2893 de 2011. Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=64476>

Presidencia de la República de Colombia. (diciembre 26, 2019). Decreto 2353 de 2019. Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=64476>

Presidencia de la República de Colombia. (diciembre 2, 2020). Decreto 1585 de 2020. "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con el Diagnóstico Ambiental de Alternativas y el trámite de licenciamiento ambiental y se dictan otras disposiciones."

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=149872>

Presidencia de la República (marzo 26, 2010) Directiva Presidencial 01 de 2010, Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales.

https://pruebaw.mininterior.gov.co/sites/default/files/13_directiva_presidencial_01_de_2010.pdf

Presidencia de la República (noviembre 7, 2013) Directiva Presidencial 10 de 2013, Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=DirectivasP/30021326>

Presidencia de la República (septiembre 9, 2020) Directiva Presidencial 08 de 2020, Guía para la realización de Consulta Previa.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=141807>

Sánchez Tamayo, R. (2018). La regulación de participación. El caso de la consulta previa en Colombia, Perú y Chile. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 13(1), 95-118. <https://www.redalyc.org/journal/5602/560259707004/html/>

Semana (2020). Procuraduría pide revocar las consultas previas por medios virtuales con pueblos étnicos. <https://www.semana.com/actualidad/articulo/procuraduria-pide-revocar-las-consultas-previas-virtuales-con-pueblos-etnicos/49969/>

Universidad del Rosario (s.f). ¿Qué es la Consulta Previa?

<https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>