

# La Consulta Previa Buenas prácticas en Colombia

Por *Redacción de Petrotecnia*

La importancia del entendimiento con las comunidades que habitan en las zonas de Colombia donde las empresas realizan su actividad, y su evolución en una herramienta: la Consulta Previa.

Uno de los pilares en que se apoya la sustentabilidad de las empresas es la relación con la comunidad donde se ubica su área de actividad. En algunas ocasiones, estas se encuentran en zonas despobladas; en otras, el crecimiento de los poblados las alcanzan; y en otras, la actividad tiene lugar en zonas habitadas por comunidades originarias.

No solo las empresas, sino también actores, como el Estado, los organismos no gubernamentales y en general la sociedad entera comprenden la importancia de forjar una relación enriquecedora entre todos, basada en el entendimiento intercultural y la necesidad del desarrollo y de una mejor calidad de vida que se extienda en el largo plazo.

Colombia es un ejemplo de una industria hidrocarburi-fera que se desarrolla en un país con una población indígena de 1.400.000 personas, es decir, un 3% de la población total del país, compuesto por 84 pueblos que hablan 65 lenguas, además de comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicos, como gitanos. Amparada en el marco jurídico internacional y nacional, esta nación ha desarrollado la Consulta Previa.

Así se lo explicaron a *Petrotecnia* la Lic. Lorena Bolívar Herrera y Miguel Ángel Santiago Reyes, especialistas colombianos que visitaron recientemente la Argentina y hablaron en el IAPG sobre la temática. Bolívar Herrera es abogada y politóloga colombiana especializada en Derechos humanos, Derecho administrativo, Políticas públicas e Interculturalidad, entre muchas otras disciplinas, que ha asesorado a varios ministerios y organismos, como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Santiago Reyes, psicólogo organizacional y experto en relaciones con comunidades, es especialista en la industria del petróleo y del gas, ha sido Director de Responsabilidad Social de la Empresa de la Asociación Colombiana del Petróleo (ACP) y Coordinador Nacional de Estrategia territorial de Hidrocarburos por el PNUD.

Según estos expertos, la Consulta Previa es “un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales que les permite decidir sobre medidas –judiciales o administrativas– y proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación”.

Se trata de una herramienta que consiste en establecer “un proceso de diálogo y concertación intercultural entre las empresas y los grupos étnicos en la toma de decisiones, proyectos o actividades que los afecten”. La consulta se realiza a través de un proceso de carácter público especial y obligatorio que debe realizarse previamente, y que cuenta con las siguientes fases en su desarrollo, como se detallará más adelante:

- Certificación y verificación.
- Pre-consulta.
- Apertura del proceso.
- Identificación de impactos y medidas.
- Pre-acuerdos.
- Protocolización y sistematización de acuerdos.
- Seguimiento.
- Cierre de Consulta Previa.

La consulta debe orientarse a:

- Lograr un conocimiento pleno del proyecto.

- Identificar los impactos que pueden afectar a la comunidad en cuestión.
- Reconocer el especial valor que tienen el territorio y los recursos naturales.
- Estar precedida de una pre-consulta, en la cual se acuerdan las bases del procedimiento participativo.
- Dar la oportunidad para que las comunidades libremente valoren el proyecto.

Es decir, debe ser un proceso de comunicación efectivo y un ejercicio conjunto de ponderación de los intereses de los grupos afectados. Cuando no es posible llegar a un acuerdo a pesar de cumplirse los requisitos y las garantías, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final de manera objetiva, razonable y proporcionada con base en la finalidad constitucional de protección a la identidad social, cultural y económica de las comunidades.

¿Cuándo debe utilizarse la Consulta Previa? Esta herramienta debe aplicarse antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/o de otros recursos naturales en donde se encuentren asentados grupos étnicos. El Ministerio del Interior tiene la misión de coordinar el proceso de la consulta a través de la Dirección de Consulta Previa (DCP).

Y si el proyecto o actividad requiere licencia ambiental, también interviene el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

¿Quiénes participan en la Consulta? Las comunidades asentadas en el área del proyecto y sus representantes, autoridades indígenas o líderes de consejos comunitarios; los ministerios mencionados; los organismos de control del Estado (en el nivel nacional y territorial) y del Gobierno municipal. También la corporación ambiental respectiva; y los representantes de la empresa interesada en el desarrollo del proyecto.

## Repaso histórico

Según Miguel Ángel Santiago Reyes, la Consulta Previa se puso en marcha en los años noventa, a raíz de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por ley; “poco más tarde surgió el Contrato de Asociación Petrolero y nacieron así las primeras oportunidades de consultar. En ese caso se trataba de una compañía estadounidense en la zona del oleoducto Caño Limón Coveñas, se hizo la consulta con los U’wa, un pueblo ancestral, para llevar adelante el Proyecto Samoré, en la zona de Boyacá”. Sin embargo, la primera consulta reglamentada se realizó para un pozo de gas en una plataforma marina a 16 millas dentro del mar, pero que en algún lado necesitaba conectar con el continente y las instalaciones afectarían a los pueblos originarios locales.

Hoy, que ya se han desarrollado unos 2.600 procesos de Consulta Previa, los expertos apuntan algunas reflexiones.

Primero, recordar en qué momento de la nonagena-ria industria hidrocarburi-fera colombiana se entendió que imperaba esta profundización del diálogo. “Entre los hitos se reconoce el cambio de una Constitución de 1886 a la de 1991, que reconoce que el Estado es pluricultural, y en ese marco reconoce los derechos de los pueblos aboríge-



nes, explicó Lorena Bolívar Herrera, desde el Preámbulo al art. 93 según el cual los tratados internacionales de Derechos Humanos que sean adoptados por Colombia entran a ser parte del bloque de Constitucionalidad y eso nos obliga". Es que por esas fechas se ratifica también el Convenio 169 de la OIT.

Entonces, la primera consulta previa se realizó concretamente en 1994, y en 1998 la Corte Constitucional sacó a la luz esa Consulta del pueblo U'wa, con una sentencia que sentó precedente si bien deja claro que no estaba reglamentada.

¿Y cuál es el papel del Estado en estas consultas previas que se desarrollan entre empresas y pueblos originarios? Es preciso aclarar que, al igual que en la Argentina, el Estado colombiano es dueño de los recursos del subsuelo. Según el experto Santiago Reyes, su papel del "acompañar, mediar, salir de garante para la consulta tanto por la empresa como por los pueblos, y buscar acuerdos". Y, agrega, asegurar que se cumpla con la Constitución, que se respeten los pactos, y si tienen fallas, ayudar a subsanarlos.

El alcance tras estos 2.600 procesos de Consulta Previa es, según Bolívar Herrera, "un tema de ponderación de derechos: derecho al desarrollo económico de los países y, al mismo tiempo, derecho de protección a la vida y respeto a las comunidades, porque muchas veces en el pasado los derechos de la gente no fueron respetados, y es nuestro deber que sus culturas no desaparezcan".

En el balance, para los expertos colombianos queda mucho por hacer pero insisten en la evolución y las ganancias: "Todo proceso es un camino: hasta 1998 tuvimos un vacío legal porque hasta aquella primera sentencia y el Decreto 1320 no comenzaron a darse las primeras reglamentaciones, pero hay que pensar que estuvimos casi siete años sin reglamentaciones, y desde ese entonces, pasaron otros 12 años hasta que en 2010 apareció una sentencia, porque ese D-1320 es bueno y dio muchos primeros pasos, pero dejó muchos vacíos jurídicos que recién ahora estamos llenando".

Desde entonces hubo unas 12 sentencias por año, indica Lorena Bolívar Herrera, pero faltan regulaciones, como una ley estatutaria que regule los derechos fundamentales de la Consulta Previa, por ejemplo los requisitos necesarios para iniciar uno de estos procesos.

Lo importante, agrega, es que ni figura jurídica ni proceso: la Consulta Previa es un derecho fundamental que en Colombia tiene el mismo nivel que el derecho a la Vida y a la Salud. Todas las comunidades étnicas originarias con quienes hay que coordinar la Consulta Previa (indígenas, afrodescendientes, raizales –pertenecientes a la isla de San Andrés– y gitanos tienen derechos constitucionales.

La índole del tema de las consultas es muy variada y no hay dos iguales: en un principio el tema central era si hacerlas o no hacerlas, ahora se suma cómo realizarlas, si se les informa bien a las partes, cómo se las reúne y cómo



participan. Evolucionó del “qué hacer” al “cómo hacer”. Los tiempos tampoco son los mismos, algunas duran seis meses y otras, cuatro años.

La conflictividad principal con las empresas del sector gira alrededor de temas de empleo, cuidado del ambiente, mitigar el levantamiento de polvo en caminos secundarios (pavimentarlos sería otro tema de consulta, porque es una intervención en la naturaleza) y el uso del agua, entre otros. Además, está el tema de la confianza, porque existe una Autoridad Nacional del Agua (ANLA), que hace seguimiento, pero debe ganarse la confianza de los grupos indígenas para confirmar la licencia social, indican.

Las comunidades indígenas tampoco son iguales, sus necesidades difieren: algunas están muy organizadas y conectadas con el país y otras están muy aisladas y prefieren no “contaminarse”. La mayoría hoy está asesorada por organismos no gubernamentales de Colombia y extranjeras. El Estado tiene pendiente incrementar su apoyo en materia jurídica a las comunidades, dentro de su (escasa, dicen) capacidad estructural; cuentan con la Asesoría del Pueblo, pero no tiene la capacidad de dar un servicio permanente sino puntual.

En todo caso, la Consulta Previa ha servido para otorgar mayor credibilidad a las negociaciones, dice Bolívar Herrero. De las miles realizadas, los conflictos más duros surgen con comunidades que aseguran estar en el sitio des-

de un inicio y no haber sido nunca consultadas. “Cuando se averigua a fondo, suele suceder que esperaron a presentarse cuando las negociaciones ya están casi terminando, tras ver cómo evoluciona”. Otro conflicto frecuente surge con las divisiones internas en las comunidades indígenas; “si una o más facciones disputan el poder de la población, es difícil reconocer al interlocutor válido”. Quizás lo más difícil en esos casos, indica, “es hacerles entender que los derechos de la Consulta Previa no se otorgan a individuos, sino a colectivos; y a veces llega un solo líder sin sus pares, con peticiones individuales”. Y por último, recordar que cada comunidad tiene sus normas internas, y resulta un desafío que se alineen con las leyes del país.

Sin embargo, indican, solo casos muy puntuales surgen a la luz como conflictivos; el mayor porcentaje se han resueltos y crece la confianza en su transparencia. Y si un pueblo originario se niega a la Consulta Previa, el Ministerio del Interior de Colombia puede recurrir a la justicia ordinaria.

“La Consulta Previa sirve y queda pendiente afirmar su regulación jurídica para poder descansar en el sistema y tener las mejores relaciones de inversión social, y establecer tiempos mínimos y máximos para que los procesos no se extiendan en el tiempo, porque para una empresa las pérdidas por tener parados sus equipos vuelve cualquier proyecto inoperable”.

## Hoja de ruta de la Consulta Previa

Dentro del documento de la ACP de “Buenas prácticas en Consulta Previa: un camino hacia el entendimiento intercultural y el reconocimiento a un derecho humano y étnico”, se detalla el camino crítico que contiene la línea descriptiva de las diferentes fases, tiempos y recomendaciones más importantes para el desarrollo de un adecuado procedimiento de Consulta Previa.

### Fase cero

Antes de iniciar un proceso de Consulta Previa se recomienda que la compañía interesada desarrolle esta etapa preliminar en el tiempo que disponga para:

- Documentarse sobre la zona geográfica y los municipios donde se desarrollará el proyecto y el proceso de Consulta Previa. Visitar y consultar la Secretaría de Gobierno del Municipio.
- Revisar antecedentes de otros proyectos en la zona y con el grupo étnico.
- Identificar pasivos ambientales existentes.
- Recoger información secundaria sobre el grupo étnico con el que se establecerá la relación: revisar temas, como territorio, organización, costumbres, autoridades, entre otros.
- Conformar un equipo interdisciplinario (social, ambiental, tierras) para atender el proceso de consulta.
- Brindar entrenamiento al equipo sobre grupos étnicos y Consulta Previa.
- Involucrar al contratista desde esta fase. En todas las fases:
  - Redacte actas de cada reunión.
  - Levante listas de asistencia a las reuniones.
  - Registre en video y fotografía el desarrollo del proceso. Para ello informe y solicite permiso a las autoridades y promételes que les dará copia al final del proceso.
  - Acompañe la redacción del acta.
  - Recuerde que el proceso de Consulta Previa es una magnífica oportunidad para fortalecer sus relaciones con el grupo étnico.

### 1. Certificación y verificación

Es la respuesta que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) dan a la empresa que solicita la certificación de presencia de pueblos indígenas o grupos étnicos en la zona de operación de su proyecto de hidrocarburos, para determinar si es procedente adelantar el proceso de Consulta Previa. Según procedimiento del Ministerio del Interior, el proceso de certificación por parte de la Dirección de Consulta Previa (DCP) se inicia desde el momento en el que la persona natural o jurídica (pública o privada) interesada en la realización del proyecto solicita la certificación de presencia o no de grupos étnicos en la zona del proyecto y finaliza con la expedición de la certificación solicitada, previa revisión de la base de datos de la DCP, la realización de un análisis geográfico, cartográfico y espacial. Este se complementa, en la mayoría de los casos, de requerirse, con una visita en el terreno para verificación.

### 2. Pre-consulta

Consiste en realizar una serie de actividades de acercamiento y reuniones con las comunidades vecinas o presentes en el área del

## Requisitos jurisprudenciales

Según un documento de la Asociación Colombiana del Petróleo (ACP) llamado “Buenas prácticas en Consulta Previa: un camino hacia el entendimiento intercultural y el reconocimiento a un derecho humano y étnico, se definen las precisiones que se detallan a continuación, para la herramienta “Consulta Previa”.

Las reglas o requisitos jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha determinado para la Consulta Previa fueron resumidas en la Sentencia T-129 de 2011. “En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas”:

1. La Consulta Previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de Consulta Previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.
2. No se admiten posturas adversas o de confrontación durante los procesos de Consulta Previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.
3. No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de Consulta Previa, es decir, asimilar la Consulta Previa a meros



proyecto o actividad, con el fin de enterarlas acerca de los alcances del proyecto y del proceso de la Consulta Previa que debe adelantarse. Esta importante etapa permite identificar los actores que intervendrán en el proceso de la consulta, en especial los representantes legítimos de las comunidades o del pueblo indígena, las instituciones y organismos de vigilancia y control. En lo posible, es fundamental brindar capacitación en Consulta Previa a través de la DCP y conocer, en este primer encuentro, aspectos del pueblo indígena y su cultura. Igualmente, conviene saber cómo quieren ellos que se adelante el proceso.

### 3. Apertura del proceso

El Ministerio del Interior convocará la reunión de apertura formal del proceso de Consulta Previa, concertando la fecha con la comunidad involucrada y la empresa responsable del proyecto. Esta reunión se realizará con presencia de los representantes de pueblo indígena o grupo étnico, de la empresa, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de las autoridades ambientales y el Ministerio Público. La empresa debe explicar el proyecto, sus alcances y las oportunidades que ofrece. La comunidad debe tener claro en qué consiste el proyecto que se realizará.

### 4. Identificación de impactos y medidas

La empresa realiza con la comunidad los estudios de impacto ambiental y social, según los requerimientos del proyecto, así como talleres de participación con los miembros de la comunidad donde se analicen conjuntamente los siguientes temas: De interés del pueblo indígena, Conocimiento del proyecto Identificación de impactos y construcción conjunta de medidas de manejo, Territorio y manejo del entorno, Aspectos generales del petróleo (Cátedra petrolera), Impactos sobre el territorio y el entorno, Cosmovisión Presentación del proyecto, Impactos sobre tradiciones y costumbres, Tradiciones y costumbres, Aspectos técnicos y ambientales, Impactos sobre organización y estructura social, Organización y estructura social, Construcción conjunta del concepto de impacto, Medidas de manejo.

### 5. Pre-acuerdos

Se definen conjuntamente los acuerdos y compromisos que tienen relación con los impactos identificados en cada etapa técnica del proyecto y las medidas de prevención, mitigación, corrección o compensación en los aspectos ambiental, social, cultural y económico a que haya lugar.

### 6. Protocolización

Es la reunión convocada oficialmente y liderada por la autoridad competente para definir los acuerdos concertados previamente, los compromisos y el plan de acción, mediante la firma de un Acta de Protocolización. Dicha acta queda suscrita por todos los participantes y en ella se deja constancia de los compromisos adquiridos y las formas de seguimiento asignadas a las actividades acordadas.

### 7. Seguimiento

Consiste en verificar y evaluar el efectivo cumplimiento de los acuerdos establecidos y los compromisos adquiridos con las comunidades y las instituciones. No hacerlo conlleva retrasos en el cierre y culminación del proceso de Consulta Previa.

### 8. Cierre del proceso

Cuando se realice la verificación y la evaluación del cumplimiento de los acuerdos, la autoridad competente procederá a definir el cierre final de la Consulta Previa, en reunión que debe contar con los representantes de la comunidad, la empresa, las autoridades ambientales y el Ministerio Público, lo cual se hará constar en un acta de cierre, suscrita por los participantes.



trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

4. Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.
5. Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.
6. Es obligatorio definir el procedimiento por seguir en cada proceso de Consulta Previa, en particular mediante un proceso preconsultivo y/o posconsultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no solo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.
7. Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.
8. Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención:
  - a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad;
  - b) se encuentre relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas;
  - c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento de que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas

son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparición de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.

9. Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la Consulta Previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o ordenar la suspensión en las que se estén ejecutando.
10. Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.
11. Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y a proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Y culmina: “Ninguna consulta es parecida a otra en su desarrollo, pero sí en su preparación. Sintámonos satisfechos si la cultura del pueblo indígena salió fortalecida del proceso de consulta en sus costumbres, en lo económico y en su plan de vida”.

“Vale apuntar que, aunque de los 22 países suscriptores del Convenio 169 de la OIT, Colombia es, en efecto, el país que más ha desarrollado los procesos de Consulta Previa, también ha recibido algunos cuestionamientos de Naciones Unidas. Esto, porque la Consulta Previa fue concebida como una herramienta que debe llevar adelante el Estado. Es el Estado quien “consulta”. Sin embargo, en Colombia, la consulta queda a cargo de las empresas privadas, dueñas del emprendimiento. Una vez que hay acuerdo entre las compañías y los representantes de los pueblos afectados, el Estado homologa, lo cual, como se ha dicho, difiere del proceso de Consulta Previa que los organismos internacionales reconocen como tal”. ■