

Eficacia de la consulta previa en el trámite de licencias ambientales en el departamento del Chocó 2006-2011*

Effectiveness of prior consultation on the environmental licensing process in the department of Chocó 2006-2011

Recibido: 29 de noviembre de 2013 - Revisado: 29 de enero de 2014 - Aceptado: 03 de abril de 2014

Marisela Mena Valencia**
Lisneider Hinestroza Cuesta***

Resumen

El departamento del Chocó, es un “territorio con una riqueza natural, étnica y cultural incalculable” (¿Qué es el Chocó Biogeográfico?, 2013). La consulta previa es un derecho y un mecanismo de participación de los grupos étnicos, sin embargo, no es eficaz, ni constituye un medio adecuado para proteger los derechos constitucionales de comunidades negras en el trámite de licencias ambientales en el Chocó, porque no existe un procedimiento idóneo que garantice la participación efectiva de los intervinientes. Se realizó una investigación descriptiva donde se utilizó el método analítico. Se evidenció que las decisiones de las comunidades no son vinculantes al momento de otorgarse las licencias ambientales, la falta de reglamentación genera abuso de las autoridades en las actuaciones procedimentales.

Palabras clave

Consulta previa, licencia ambiental, eficacia, comunidades negras, grupos étnicos.

Abstract

The Department of Chocó is a “territory with an incalculable natural, ethnic and cultural wealth” (¿Qué es el Chocó Biogeográfico?, 2013); Prior consultation is a right and a mechanism involving ethnic groups, however, is not effective, or is an appropriate means to protect the constitutional rights of black communities in the process of environmental licensing in Chocó, because there is no appropriate procedure to ensure the effective participation of speakers. A descriptive study where the analytical method used was performed. It was proved that the decisions of the communities are not binding upon execution of environmental licenses, the lack of regulation generates abuse authorities in the procedural steps.

Keywords

Prior consultation, environmental license, effectiveness, black communities, ethnic groups.

* Este estudio es resultado del proyecto de investigación “Estudio jurídico sobre la eficacia de la consulta previa frente al otorgamiento de licencias ambientales en territorios de comunidades negras del Chocó desde 2006-2001”, financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias) y la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, a través del Programa Jóvenes Investigadores, modalidad tradicional. Convocatoria N° 525. Parte de los resultados se presentaron en ponencia en el V Congreso Internacional en Derecho y Sociedad. Un pensamiento Latinoamericano, realizado en la Universidad de Manizales del 22 al 24 de agosto de 2013.

** Abogada, joven investigadora del Grupo de Investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente “GIDSMA”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”.

Correo electrónico: maryvale_05@hotmail.com.

*** Magister en Derecho de los Recursos Naturales, docente e investigadora del Grupo de Investigación, Derecho, Sociedad y Medio Ambiente “GIDSMA” de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”.

Correo electrónico: lisneider@yahoo.es.

Para citar este artículo use: Mena, M., & Hinestroza, L. (2014). Eficacia de la consulta previa en el trámite de licencias ambientales en el departamento del Chocó 2006-2011. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 14(26), 39-66.

Introducción

La consulta previa aparece por primera vez en un instrumento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009, p. 12). El 7 de junio de 1989, la OIT aprobó el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes, el cual revisa y actualiza el convenio 107/1957, convenio internacional en el que por primera vez se configuró de manera positiva la protección de pueblos indígenas, delimitando unos principios mínimos en la relación del Estado con los pueblos tribales, tales como el respeto a la cultura, idiomas, religión, organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas y tribales (Sánchez, 2012, p. 5).

Las normas y jurisprudencia internacionales y colombianas no tienen una única definición para consulta previa, más bien, estas tienen diferentes niveles de obligatoriedad. Además de la dispersión normativa, la consulta previa se define con parámetros muy generales, pero los detalles procedimentales no han sido desarrollados por las normas jurídicas internacionales ni nacionales (Rodríguez & Orduz, 2012, p. 5).

La Constitución Política, aunque no consagra de forma expresa la consulta previa, sí establece el derecho a la participación, de conformidad con los artículos 2 y 330. La consulta previa adquiere la connotación de derecho fundamental, a través de la sentencia SU-039/1997 por disposición de la Corte Constitucional; el cual se emplea como un mecanismo de protección de la identidad étnica, cultural, económica, social y territorial de los grupos étnicos. Esto se soporta en el derecho que tienen los pueblos de conocer acerca de todos los procesos de desarrollo que puedan afectarlos en su vida, creencias, tradiciones y en los territorios que ocupan.

La consulta previa libre e informada es un derecho y un instrumento para la participación

(Grueso, 2010, p. 22). Es un mecanismo para la protección y defensa del medio ambiente, pues permite a los grupos étnicos conocer de antemano todo lo que se asocie con cualquier proyecto, obra o actividad que se pretenda realizar en el territorio donde habitan y se encuentran los recursos naturales que necesitan para su subsistencia; así, la consulta se convierte en una herramienta o espacio de prevención y planeación frente al uso y aprovechamiento de recursos naturales.

En las diferentes etapas que se despliegan para garantizar el derecho a la consulta previa, las comunidades participan en la identificación de los recursos naturales que se pueden impactar por la ejecución de proyectos; y en la utilización y definición de las medidas tendientes a mitigar y compensar los daños ambientales que se produzcan por la ejecución o puesta en marcha de determinada obra y/o actividad.

Un proceso de consulta que involucre realmente a las comunidades, es el espacio propicio para determinar impactos y precisar medidas de compensación y mitigación. Además, las comunidades serían el principal agente de control y seguimiento frente al manejo de los recursos naturales. En tal sentido, busca salvaguardar o proteger la integridad étnica, territorial, social y económica de los grupos étnicos, y se apoya en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y las tierras que ocupan o emplean (Rodríguez & Muñoz, 2009).

De conformidad con la normatividad nacional, la consulta previa ha de efectuarse básicamente siempre y “cuando se vayan a tomar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades, y cuando se vayan a adoptar decisiones respecto de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y de comunidades negras” (Grupo Semillas, 2008, p. 1). Ahora bien, no se puede dejar de señalar que

la mayor evolución de la consulta previa está en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia que ha reiterado que “la consulta previa constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” (sentencia C-175/2009).

En esta investigación, nos ocuparemos de la consulta previa con licenciamiento ambiental, la cual es regulada inicialmente por la ley 99/1993 y el decreto 1320/1998. Lo anterior, debido a que la consulta se puede elaborar en diferentes eventos.

Problema de investigación

La pretensión de la presente investigación, es determinar si las comunidades negras del departamento del Chocó ejercen el derecho a la consulta previa de acuerdo con las condiciones y requisitos de procedimiento establecidos en el marco jurídico constitucional, legal y jurisprudencial colombiano, en relación con el otorgamiento de licencias ambientales para el aprovechamiento de los recursos naturales que se hallan en sus territorios. Lo anterior, para establecer si la consulta previa es eficaz y constituye un medio adecuado para la protección de los derechos constitucionales de las comunidades negras.

Se reflexionará acerca del derecho de las comunidades negras a la consulta previa en Colombia, el papel de la Corte Constitucional respecto a este derecho y sobre los participantes en el proceso de consulta previa. En segundo orden, se tratará la consulta previa en el otorgamiento de licencias ambientales, la eficacia de la consulta previa frente al licenciamiento ambiental y el trámite y otorgamiento de licencias ambientales en territorios de comunidades negras del Chocó. En último lugar, se relacionarán las ventajas y desventajas de los procesos de consulta previa en los trámites ambientales y las dificultades generadas en los procesos de consulta previa en cuanto al otorgamiento de licencias ambientales.

Metodología

Se hizo una investigación descriptiva reseñando rasgos de la población objeto de estudio en la que se utilizó el método analítico propuesto por Ruiz (2007), estudiando de manera intensiva cada uno de sus elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. La información se obtuvo a través de la presentación de derechos de petición (radicados 2013-3-249, 2012-2-1435), se gestionó la autorización ante la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó (Codechocó) para la revisión de expedientes. Se analizaron cinco expedientes radicados (números: L04-04-02-0408-015, LA-03-27-787-E-C13-126-10, L01-245-02-0502-00029, LA-03-27-001-E-C13-058-09 y 01-33-0598-00302) de licencias ambientales reportados en el archivo físico de la entidad, de un total de nueve licencias que se tramitaron. Se realizaron entrevistas estructuradas y semiestructuradas a funcionarios de la autoridad ambiental del Chocó (Rentería & Arriaga, 2012) de la oficina jurídica, a representantes de consejos comunitarios de comunidades negras y a funcionarios de la Procuraduría Regional Chocó. Se consultaron documentos oficiales, fuentes formales y auxiliares del derecho. De igual forma, se revisaron actas de reuniones, preacuerdos y acuerdos dados durante los procesos de consultas previas adelantadas en el trámite y otorgamiento de licencias ambientales en territorios de comunidades negras.

Resultados y discusiones

El derecho de las comunidades negras a la consulta previa en Colombia

A las comunidades negras en Colombia, como población afrocolombiana, se les reconoce el carácter de grupo étnico. De acuerdo con “su condición de grupo étnico, las comunidades negras, [...] como individuos, son titulares de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los diversos instrumentos internacionales, sin obstáculos ni discriminación” (Grueso, 2010, p. 19).

La consulta previa es un derecho que exige que previamente a la toma de decisiones que puedan afectar el modo de vida de los grupos étnicos, sus creencias, sus tierras y territorios se les garantice la participación en la decisión y en la gestión de los beneficios que se derivan de ciertos proyectos de desarrollo. En Colombia, la Constitución Política de 1991, al hacer referencia a los fines del Estado, consagra en su artículo 2° que el Estado, “debe facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación [...]”. De igual forma, a través del artículo 7° reconoce y protege los derechos de las comunidades afrocolombianas, como parte de la diversidad étnica y cultural de la nación; en el mismo sentido se orientan los artículos 40 y 330 de la Constitución.

En lo que atañe a las comunidades negras, la Carta, en el artículo 55 transitorio constitucional, crea los lineamientos para que se expida una ley que les reconozca su ocupación de tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico; sus prácticas tradicionales de producción y el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley (Rodríguez, 2010).

A la luz de lo anterior, se expide la ley 70/1993, que por mandato constitucional, es la que se encarga de establecer los mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social. En este orden de ideas, “la ley 70/1993 declara el carácter de grupo étnico de la comunidad negra, confiriéndole así un estatus diferencial en materia social y jurídica a un sector de la población afrodescendiente” (Grueso, s. f., p. 623).

Según Grueso (s. f.), en desarrollo de la Constitución de 1991, esta ley señala a la comunidad negra como un sujeto de derechos en la categoría de grupos étnicos y le confiere un derecho colectivo, como lo hace la ley 70/1993. En su capítulo I, artículo 2, numeral 5, dicha ley define la comunidad negra como:

[...] el 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 relevan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

En relación con el reconocimiento del carácter de grupo étnico de las comunidades negras en Colombia, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-422/1996 fija las diferencias entre discriminación positiva de los afrocolombianos y la participación de población o comunidad negra.

Así mismo, a través de la sentencia C-253/2013, la Corte Constitucional reseña específicamente las jurisprudencias donde reconoce el carácter de grupo étnico de las comunidades negras, tal y como se evidencia a continuación:

Mediante la sentencia C-169/2001, en la que se examinó la constitucionalidad de la ley estatutaria 649/2001, la Corte reconoció que las comunidades negras se ubican en el supuesto normativo del convenio 169 de la OIT al definirse como un grupo étnico con una identidad cultural diferente a la de la sociedad dominante. También recalcó que el régimen de protección de la cultura y de la identidad de dichas comunidades, es el resultado de un progresivo reconocimiento jurídico a partir de un proceso social que se ha generado y desarrollado en varias regiones del país.

En la sentencia T-375/2006, la Corte Constitucional declara que:

Al momento de determinar la inclusión de un sujeto en una de las comunidades étnicas cobijadas y favorecidas por la pluralidad, prima la conciencia de la pertenencia a tal comunidad, sus manifestaciones culturales, su historia y su proyección presente. Esto implica que, si bien se puede seguir teniendo en cuenta el aspecto racial para determinar la pertenencia de

una persona a un grupo étnico específico, tal factor no es definitivo ni prioritario. Hablar de protección de la comunidad negra, de manera exclusiva y excluyente por su color de piel es un acto discriminatorio.

En dicha sentencia se reiteró el criterio de la sentencia C-169/2001 y se afirmó que el color de piel no es un factor determinante del reconocimiento de un sujeto como perteneciente a una comunidad étnica y de la consiguiente protección de sus derechos.

Con la sentencia T-955/2003, la Corte se refirió al derecho al territorio colectivo, a la identidad cultural asociada al mismo y a las prácticas tradicionales de producción de las comunidades negras que ocupan las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico, reconociendo que estas “constituyen una cultura propia generada en procesos únicos de adaptación, asociados a prácticas extendidas de producción, fundadas en el parentesco y reconocidas en los artículos 1°, 7°, 58 y 55 T. de la Carta Política”.

A través de la sentencia C-461/2008, la Corte precisó que las comunidades afrodescendientes, al igual que los pueblos indígenas, tienen derecho a la subsistencia de acuerdo con sus formas y medios tradicionales de producción dentro de sus territorios, porque de esta manera, se realiza y hace efectivo su derecho a la integridad cultural, social y económica. Así, tanto para los pueblos indígenas como para las comunidades negras, la consulta previa se erige como derecho fundamental, en tanto que representa el mecanismo necesario para asegurar el respeto de sus derechos como el de la subsistencia (sentencias C-253/2013 y C-702/2010).

La sentencia C-253/2013 reivindica la naturaleza de las comunidades negras como grupos étnicos, o bien grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante, en armonía con el convenio 169 de la OIT.

Por otro lado, la ley 70/1993, contempla diferentes disposiciones en favor de las comunidades negras, que como grupo étnico tiene derecho, entre muchas otras garantías territoriales, de conformidad con los artículos 26 al 31, a la protección y participación frente a la explotación de los recursos no renovables (Grueso, 2010, p. 19). Dicha explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades negras tradicionales, en virtud de la ley 70/1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, por tal motivo, las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de las comunidades (ley 99/1993, art. 76).

La ley 99/1993, mediante la cual se crea el Ministerio de Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en el artículo 76, amplía el alcance de la consulta previa a los casos de proyectos en territorios de comunidades negras y señala que:

La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales, de acuerdo con la ley 70/1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

En materia legal también desempeña un papel fundamental el decreto 1320/1998 “que reglamenta el procedimiento de la consulta previa a comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”. De igual modo, forman parte del marco jurídico de la consulta previa (Rodríguez, 2010), el decreto 200/2003, por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia y se establece que le corresponde a la Dirección de Etnias, coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta previa; la ley 165/1994, sobre el Convenio de Diversidad Biológica para el caso de permisos de investigación científica; y la directiva 001/2010, que, según explica Sánchez

(2012) se emitió con la finalidad de garantizar el derecho fundamental a la consulta previa y dispuso en el numeral 4, inciso segundo, que si bien es cierto que la realización del proceso de consulta previa en los casos previstos en los acuerdos internacionales es obligatoria, los grupos étnicos nacionales, en ejercicio de este derecho fundamental, no pueden vetar el desarrollo de proyectos.

Con el mismo propósito se expidió la Directiva presidencial 10/2013, mediante la cual se fija la “Guía para la realización de consulta previa con comunidades étnicas”, que debe utilizarse como herramienta de coordinación interinstitucional, para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno, en los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para desarrollo de proyectos, como obras o actividades. Dicha directiva dispone que es deber del Gobierno Nacional y del Estado garantizar el goce efectivo de los derechos de las comunidades étnicas y la implementación de la consulta previa como mecanismo para su protección y pervivencia, por lo que se hace necesario instaurar disposiciones que permitan una mejor coordinación interinstitucional para la garantía de este derecho, desde 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. Contempla además, que el primer paso que se debe realizar es la certificación de presencia de comunidades; el segundo, la coordinación y preparación; el tercero la preconsulta, después la consulta previa y por último, el seguimiento de acuerdos.

No obstante, como lo manifestó el Consejo de Estado el 2 de marzo de 1992 mediante concepto radicado N° 3699, “las directivas presidenciales no tienen el alcance y firmeza de una disposición legal, es inoponible a los promotores de los proyectos, o a las entidades de orden departamental y municipal” (Sánchez, 2011). Las directivas presidenciales deben acatarse como normas de conducta, pero no son una disposición

legal, pues se trata de recomendaciones y orientaciones sobre determinados aspectos de manejo de personal que los gobiernos de los distintos órdenes consideran oportuno formular, pero que no pueden tener efecto para enervar la facultad discrecional de las autoridades administrativas, según concepto del Consejo de Estado radicado 5991/1995 (Salinas, 2011).

En efecto, el decreto 2893/2011 consagra como funciones de la Dirección de Consulta Previa, la de consolidar y actualizar la información del Ministerio del Interior sobre los procesos de consulta y los trámites de verificación, la difusión de los mismos y de su marco jurídico, la promoción del conocimiento, por los medios que determine el Ministerio; y exigir a la Dirección de Derechos Humanos, adelantar los estudios y las investigaciones en derechos humanos y derecho internacional humanitario que contribuyan al diagnóstico y la elaboración de propuestas tendientes a garantizar la vigencia de estos. Mecanismos con los cuales el Estado, además de cumplir con el deber de informar y recopilar información, garantiza que ese derecho a información sea satisfecho cabalmente (Sánchez, 2012, pp. 32-33).

En la legislación nacional, no existe una normatividad que reglamente de forma rigurosa y clara el derecho a la consulta previa, ni se ha dispuesto un procedimiento idóneo que establezca las etapas que han de surtir en torno al proceso de consulta previa. Sin embargo, la mayoría del desarrollo de este derecho fundamental ha sido instituido vía jurisprudencial, a través de las sentencias de la Corte Constitucional, por tal motivo, se dedicará el siguiente aparte para determinar cuál ha sido el papel de la Corte Constitucional en relación con la consulta previa.

El papel de la Corte Constitucional frente al derecho de la consulta previa

La Corte Constitucional en pro de salvaguardar el derecho fundamental individual y colectivo de la consulta previa, más que

ejercer un control constitucional sobre él, se ha visto casi que obligada a realizar un avance jurisprudencial, significativo y relevante de este derecho y fijar las pautas para su aplicación; puesto que no existe aún en nuestro país, una ley especial de carácter estatutaria que regule la obligatoria aplicación del derecho fundamental a la consulta previa que tienen los grupos étnicos en Colombia.

La consulta previa ha tenido un importante despliegue jurisprudencial, aunque mayoritariamente los pronunciamientos de la Corte Constitucional en dicha materia, han sido aplicados a situaciones o casos de comunidades indígenas, resaltando la sentencia fundadora T-428/1992, la T- 380/1993 y la SU-039/1997, que sienta el precedente jurisprudencial, en donde la consulta previa se constituye como obligatoria para la inviolabilidad del territorio y de los recursos naturales en espacios indígenas y adquiere el trato de derecho fundamental.

Empero, existen sentencias separadas ampliamente del precedente, como la T-634/999 y la C-169/2001, en las que la consulta previa pierde el carácter de derecho fundamental de protección inmediata, pero es a raíz de la SU-383/2003, donde se unifica la jurisprudencia de la Corte y se deja establecida la gran importancia del derecho a la consulta y su amplio espectro de aplicación, al considerar que es un derecho que no puede suspenderse ni en los estados de excepción. Sobre su ejecución en comunidades negras, la Corte Constitucional, ha dicho que se debe realizar consulta previa a estas comunidades, entre otras, en las siguientes hipótesis: a) en la definición del plan de manejo de las Áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellas se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la “Unidad de

gestión de proyectos” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58; sentencia T-745/2010). Además, esta corporación en sentencia T-955/2003, restablece los derechos fundamentales de las comunidades negras de la cuenca del río Cacarica ubicada en la reserva forestal del Pacífico, por la ausencia de consulta previa en la expedición de las autorizaciones administrativas para explotar los recursos madereros en el territorio colectivo.

Dentro de las sentencias más sobresalientes respecto al tema, se destaca la C-702/2010, que reitera el deber constitucional de consultar a las comunidades étnicas sobre la adopción de las decisiones que directamente las afectan, derecho que ha sido estimado como de naturaleza fundamental; identificando así, el derecho esencial de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente (sentencia C-175/2009). De igual forma, se establece que antes de empezar la exploración y explotación de un proyecto minero en territorio de las comunidades étnicas minoritarias, se debe desarrollar la consulta previa (sentencia T-1045A/2010) y por lo tanto “es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas” (sentencia T-129/2011, Corte Constitucional).

Es de resaltar, que en la sentencia T-129/2011, en la que se resuelve la tutela incoada por resguardos indígenas del Chocó, contra el Ministerio de Transporte por la construcción de la carretera Unguía-Acandí, la Corte Constitucional concluye que, en ninguno de los casos sometidos a su revisión la consulta previa ha sido llevada y cumplida con el rigor que merece, puesto que se ha asimilado a un mero trámite de reuniones informales, por lo que estima que la consulta se debe hacer no solo

de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo; así mismo, exhorta al Congreso para que regule y materialice el derecho fundamental a la consulta previa y consentimiento previo, libre e informado de los grupos étnicos que forman parte de la nación.

Durante el año 2012, la Corte Constitucional se pronunció reiterando en sentencia C-317/2012 que las “medidas legislativas, deben también ser objeto de consulta previa cuando quiera que entrañen una afectación directa de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país”. A su vez, esta corporación mediante sentencia C-196/2012, recuerda que la consulta previa es obligatoria no solo en relación con las medidas legislativas y administrativas, sino también, en acciones, planes, programas, proyectos u otras tareas emprendidas en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, que perjudiquen directamente a una o más comunidades.

Sobre el objeto de la consulta previa, se ha dicho que radica en “analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio y las medidas propuestas para proteger su integridad” (Ministerio del Interior, 1998, art. 1). Además, se pretende consultar a los grupos étnicos sobre su punto de vista y valoración de las ventajas, desventajas, viabilidad o no de la medida del proyecto materia de la consulta; llegar a acuerdos o concertaciones sobre la adopción y realización o no de esas medidas, proyectos o actividades, y fijar acciones de mitigación de los impactos.

Al respecto, la consulta previa debe realizarse no solo en territorios titulados a comunidades negras o declaradas como zonas de resguardos o reservas indígenas, sino también, cuando en estos haya presencia de comunidades negras o indígenas que habitan de forma regular y permanente este territorio. En tal evento, le

corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), refrendará sobre la existencia del territorio legalmente constituido. Las anteriores entidades, expedirán dicha certificación dentro de los quince días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto, obra o actividad, la cual contendrá los requisitos que determina el artículo 3° del decreto 1320/1998.

Otras jurisprudencias, no menos importantes, donde la Corte se manifiesta sobre el derecho fundamental a la consulta previa son, entre otras, las sentencias: T-823/2012, T-680/2012, C-331/2012 y T-376/2012, ratificando que la consulta previa es un derecho básico de los grupos étnicos, el cual se puede hacer efectivo vía tutela, en caso de que se vulnere ante la adopción de medidas legislativas que puedan afectar sus condiciones. En los últimos años, en cuanto al derecho de consulta previa, la Corte Constitucional ha dicho, mediante sentencia T-172/2013, que:

Las obligaciones cardinales adscritas al goce efectivo del derecho están radicadas en cabeza de las entidades públicas correspondientes en todos los niveles territoriales. Son ellas las que deben garantizar que se identifique a las comunidades que se verán afectadas por el proyecto, que se defina un cronograma concertado y sensato, que el diálogo entre las partes realmente garantice los derechos de las partes y que este se realice de manera fructífera. Lo anterior también implica el concurso proactivo y serio de las partes, especialmente de la(s) empresa(s) o sociedad(es) que ejecutarán el proyecto.

En esta sentencia, la corporación sigue reiterando el alcance de la acción de tutela –procedimiento de protección del derecho a la consulta previa–. Por otro lado, en sentencia T-245/2013, siendo de las más recientes jurisprudencias, la Corte Constitucional hace énfasis en que:

Los grupos indígenas o tribales tienen derecho a decidir sus propias prioridades y a controlar en la medida de lo posible su propio desarrollo. Este derecho incluye el derecho del pueblo indígena o tribal, de participar en la formulación, aplicación y evaluación del correspondiente plan de desarrollo, en cuanto atañe a los proyectos específicos que los afecten. Y cuando el pueblo indígena o tribal participa en la formulación del plan de desarrollo no procede realizar la consulta previa del mismo.

En este caso, la Corte decide no tutelar, pues consideró la improcedencia de tutela por cuanto el pueblo indígena Doxura participó en la formulación del plan de desarrollo municipal.

En la actualidad, en armonía con la sentencia C-253/2013, tal como lo sostiene la jurisprudencia de la Corte Constitucional: “la consulta previa es un derecho sustantivo fundamental de participación, que se garantiza y concreta a través de un procedimiento. En otras palabras, se trata de una “garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos”. (Sentencia C-253/2013 y C- 461/2008).

En esta sentencia se resuelve la inconstitucionalidad de la expresión “comunidades negras” contenida en algunas normas, entre ellas la ley 70/1993, por considerar que las mismas desconocen el derecho a la consulta previa de los afrocolombianos, por no haberse previsto su participación en la decisión que terminó por denominarlos “comunidades negras”. Esta sentencia ha sido objeto de muchas críticas debido a que la Corte Constitucional decide cambiar su precedente, sobre la procedencia y obligatoriedad de la consulta previa respecto de disposiciones legislativas que datan de hace veinte años, como la ley 70/1993 y el decreto 2374/1993, determinando como regla jurisprudencial la exigencia de consulta previa como condición de validez de las normas expedidas con posterioridad a la sentencia C-030/2008, por cuanto allí se consolidó el precedente jurisprudencial

en esta materia. Es decir, que dicho parámetro de control de constitucionalidad, se aplicará en exclusiva a aquellas leyes y medidas tramitadas con posterioridad a la citada sentencia.

En efecto, hay pronunciamientos de las comunidades étnicas donde arguyen que desde el año 2012, la Corte Constitucional empezó a dar giros jurisprudenciales que perjudican enormemente los derechos de los pueblos étnicos, poniéndolos en riesgo de vulneración y exterminio físico y cultural. Entre los fallos recientes, preocupa especialmente la sentencia C-253/2013, porque constituye una grave e irreparable violación a nuestro derecho fundamental a la consulta previa. Este fallo restringe la consulta de medidas legislativas a aquellas adoptadas después del 2008, cuando la obligatoriedad de la consulta rige desde 1991. De esta manera, se blindó el Código de Minas (ley 685/2001), que se expidió sin consulta previa y cuya reforma actualmente se encuentra en proceso de consulta por orden de la misma Corte Constitucional (Alvear, 2013).

Para Alvear (2013), la sentencia C-253/2013 desconoce la obligatoriedad del consentimiento, cuando se trata de medidas que dañan gravemente la integridad étnica, cultural y territorial de los pueblos, regla establecida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos Saramaka y Sarayaku), vinculante para Colombia y en jurisprudencia anterior de la misma Corte Constitucional (T-609/2009 y T-129/2011).

Participantes en el proceso de consulta previa

La Corte Constitucional, mediante sentencia SU-323/2003, definió los actores que participan en la consulta previa (Grueso, 2010): los pueblos directamente afectados, sus autoridades, líderes y organizaciones representativas; la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y la Dirección de Consulta –cuya obligación es coordinar y

garantizar el cumplimiento de las condiciones adecuadas para el desarrollo de la sentencia—, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y/o las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible cuando se realicen consultas para proyectos que requieran licencia ambiental, según se trate.

También participan en la consulta previa, el Ministerio Público: la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Personería Municipal —quienes ejercen funciones de control, al vigilar la legalidad y transparencia del proceso de consulta previa, libre e informada—; y la empresa privada o pública interesada en el proyecto. La empresa debe cumplir con el deber de informar de manera previa, clara y suficiente a las instituciones y a la comunidad afrocolombiana afectada, sobre todo lo concerniente al proyecto.

No obstante lo anterior, en la investigación se evidencia lo que en estudios anteriores había señalado la Organización de las Naciones Unidas: la escasa participación de algunos actores que integran el Ministerio Público y de otros que, a la luz de lo expresado por la Corte Constitucional tienen un papel de garante, durante el desarrollo de la consulta previa. Este hecho genera la existencia de pocas garantías a favor de los grupos étnicos, en específico comunidades negras, en la toma de decisiones que puedan perjudicar su territorio colectivo, creencias, culturas y los recursos naturales de sus zonas (Grueso, 2010, p. 61).

Ahora bien, explican Rodríguez, Gómez y Monroy (2013, p. 179) que se han presentado dificultades en los procesos de consulta previa realizados en los trámites de licencias ambientales, porque no se tiene claro quién debe participar en la consulta.

El procedimiento en relación con la realización de la consulta previa

Según Rodríguez (2010), un problema complejo de la consulta previa es la forma como el procedimiento de esta debe llevarse a cabo. Para el autor, nos encontramos frente a

[...] una reglamentación muy cuestionada para el caso de la explotación de los recursos naturales dentro del territorio de las comunidades afros e indígenas, y no hay reglamentación para el caso de medidas legislativas ni para los demás procesos de consulta (p. 66).

Ya se hizo referencia a que en materia de consulta previa en relación con el otorgamiento de licencias ambientales, el decreto 1320/1998 establece en principio el procedimiento para su ejecución.

Aunque el decreto 1320/1998, dispone de algunos criterios acerca de cómo se debe efectuar la consulta previa con comunidades negras e indígenas para la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios —es decir, cuando se trate de trámites de licencias ambientales o establecimientos de planes de manejo ambiental—, es evidente que el procedimiento allí descrito, no desarrolla ampliamente y de manera específica cada una de las etapas que se deben surtir en pro de la realización de la consulta. Se carece, en este sentido, de una norma que de modo significativo supla los vacíos existentes del asunto en cuestión, fijando los pasos correctos para el desarrollo de este y atendiendo el cumplimiento de los avances que ha hecho la Corte Constitucional en el área, los cuales ha reiterado y precisado tal corporación a través de relevantes jurisprudencias, en las que ya ha sentado un precedente.

Es importante destacar, que en el decreto citado, la consulta previa se asume como una reunión, en donde deben participar unos actores con la finalidad de tomar decisiones y adoptar medidas de mitigación o compensación frente a la puesta en práctica de obras o proyectos que impliquen afectación al territorio ancestral o a los recursos naturales. Vale decir, que la norma en comento no define ni desarrolla las etapas a seguir en los procesos de consulta previa, como las ha descrito el Ministerio del Interior en las guías, pues, aunque el decreto 1320/1998 sí hace alusión a la certificación de presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa, no alude de manera puntual,

a las fases de coordinación y preparación, preconsulta, consulta y de seguimiento de acuerdos que se suscriban entre las partes, esto es, empresa ejecutora del proyecto y comunidades étnicas. Así lo enuncia el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -DeJusticia (2011) al anotar que:

En Colombia, el decreto 1320/1998 intentó llenar los vacíos existentes para la realización de consultas previas, pero la Corte Constitucional y el Consejo de Administración de la OIT han declarado que esta norma no se adapta a los estándares internacionales. Por ello, no debe ser la pauta de la consulta previa (p. 16).

Además, según Negrete (2012) la directiva presidencial 01 del 26 de marzo de 2010 y el decreto 1320/1998, si bien precisan algunos elementos sobre consulta previa, no satisfacen del todo las exigencias que señaló la Corte, pues no son los instrumentos idóneos para ese efecto y no fueron consultados, con lo cual al aplicarlos, se corre el riesgo de no evitar con claridad suficiente, situaciones que vulneran los derechos fundamentales de las comunidades.

Negrete (2012) expresa que la Corte Constitucional en varias ocasiones ha manifestado que se trata de una norma abiertamente inconstitucional –como ocurrió en el caso del proyecto hidroeléctrico de Urrá, en el de la explotación maderera a orillas del río Cararica (Chocó) y en el de la explotación de hidrocarburos en Tibú (Norte de Santander)–, por cuanto no garantiza los derechos de las comunidades. Respecto al procedimiento de la consulta previa, Rodríguez y Orduz (2012) aseguran que:

Aunque está definido que la consulta debe ser previa al trámite legislativo, hay poca claridad sobre las etapas del proceso. La Corte ha tendido a dictar parámetros muy generales y a establecer medidas referidas solo para el caso concreto que examina. En lo que sí ha hecho énfasis es en la necesidad de llevar a cabo un proceso preconsultivo, es decir, un diálogo anterior a la consulta misma en el que se definen

los términos del proceso. Los detalles procedimentales quedan entonces relegados a lo que se defina en el proceso preconsultivo (p. 9).

Para Rodríguez y Orduz (2012), sí existen algunos requisitos mínimos para la consulta previa. Entre otros, que la consulta debe ser libre, esto es, sin ningún tipo de coacción ni presión. Además, el Gobierno deberá proveer a los pueblos toda la información relacionada con la medida y cómo serán afectados por ella. La consulta debe hacerse de buena fe, es decir, que su real finalidad no es cumplir con un requisito administrativo, sino llegar a acuerdos sustantivos y a entendimientos.

Al respecto, en sentencia C-175/2009, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que el procedimiento de consulta debe someterse a una consulta previa, a fin de que el trámite de concertación y consenso con las comunidades: a) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida; y b) se reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales, las cuales podrían ignorarse si los entes gubernamentales imponen determinado mecanismo de consulta que, en razón de no haberse acordado con las comunidades, no resulte compatible con el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural.

En relación con el procedimiento en los procesos de consulta, bien sea cuando se trate de medidas legislativas (expedición de una ley) o de medidas administrativas (trámites de licencias ambientales para proyectos de explotación de recursos naturales), se debe tener claro que este debe cumplir con unas exigencias, dado a que debe mediar o existir un consentimiento libre, previo e informado. Lo anterior indica, según DeJusticia (2011, p. 10), que la consulta previa no puede elaborarse de cualquier manera y tampoco es una mera formalidad. Por consiguiente, debe tratarse de diálogos interculturales serios, libres, informados y previos a la toma de la decisión.

Por lo anterior, se sostiene que la consulta previa, cuando se atente con la pervivencia de los grupos étnicos (DeJusticia, 2011), debe llevar inmerso un consentimiento previo, libre e informado, o sea, que la medida no se puede implementar si el grupo étnico no está de acuerdo, lo que no ocurre en la práctica, porque el desacuerdo de las comunidades no veta las decisiones que impliquen el desarrollo de proyectos económicos de interés para el Estado.

Lo anterior es consecuente con lo descrito por la Organización Nacional Indígena de Colombia -Onic (2011, p. 7), que afirma que el derecho a la consulta previa es desconocido por parte de las empresas y autoridades nacionales, para quienes no es más que una odiosa formalidad, desprovista de importancia política y menos jurídica. La Onic considera que las decisiones de los pueblos indígenas no tienen ningún alcance vinculante.

Sobre el consentimiento libre, previo e informado, se ha dicho que es el principio por el cual una comunidad tiene el derecho a dar o no su consentimiento a proyectos propuestos que pueden afectar las tierras que poseen y ocupan de forma consuetudinaria. Consentimiento Libre Previo e Informado (CLPI), concepto que introdujo tiempo atrás Forest Peoples Programme (FPP), es actualmente un principio clave en derecho internacional y jurisprudencia vinculada a pueblos indígenas (FPP, s. f.).

Para FPP (s.f.) “el CLPI implica negociaciones informadas y no coercitivas entre los inversores, las empresas o gobiernos y los pueblos indígenas. Dichas negociaciones deben ser previas al desarrollo y al establecimiento de proyectos”.

En el caso de procedimientos ambientales, la normatividad indica que se puede participar en la elaboración de los estudios ambientales (Estudio de Impacto Ambiental, EIA) a través de los representantes legales o de sus autoridades tradicionales, o mediante los líde-

res reconocidos por la comunidad de base. El responsable del proyecto debe garantizar esta participación y acreditar ante la autoridad ambiental la forma y el mecanismo de su vinculación. La autoridad ambiental debe verificar la participación de los pueblos indígenas en el EIA y revisar la metodología con la que se ligó a los representantes de las comunidades, las actas de las reuniones, etc. (Rodríguez, 2010, p. 75). Para el Ministerio del Interior y de Justicia (2006), en la actualidad Ministerio del Interior:

[De] cada uno de los procesos y reuniones se deja constancia mediante actas suscritas por las autoridades que representan a las comunidades. En ellas debe constar que se realizó un proceso que garantizó el conocimiento pleno del proyecto a realizar, la identificación de los aspectos positivos y negativos y el pronunciamiento que las comunidades hacen sobre los mismos. Se sugiere entonces que en cada compromiso quede clara la forma como se va a dar cumplimiento, el responsable y los mecanismos de financiación entre otros. De esta forma se garantiza su cumplimiento. Adicionalmente, se debe establecer los mecanismos de seguimiento a los compromisos (Rodríguez, 2010, p. 77).

El procedimiento de la consulta previa, implica una serie de fases, las cuales se sintetizaron en tres etapas, a saber:

a) Fase pre-consulta: en la cual la comunidad se prepara con información y donde se concierta la forma como se va a realizar la consulta, es decir, sobre la metodología, los tiempos, las reuniones, quienes participan, etc.

b) Fase de realización de consulta: con diversas reuniones en las cuales se discuten los proyectos, los impactos o afectaciones y las formas de prevenirlos, solucionarlos o mitigarlos. Esta fase se inicia con la reunión de instalación y culmina después con la reunión de protocolización. Se sugiere que en todas ellas participen los organis-

mos de control (Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo) para verificar el cumplimiento y hacer seguimiento.

c) Fase de seguimiento y control: para esto, es fundamental que se hayan establecido los compromisos, los tiempos para su cumplimiento, los recursos financieros y demás. Consiste en la verificación de que efectivamente se esté dando cumplimiento a los acuerdos a que llegaron los interesados (Rodríguez, 2010, p. 78).

A propósito, se debe subrayar que cuando no se llega a un acuerdo o la comunidad se opone definitivamente a la realización del proyecto o actividad, este no debería realizarse. No obstante, señalan Rodríguez et al. (2013, p. 182) –en consonancia con la Corte Constitucional y la OIT– respecto a la decisión final, que ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país (convenio 169 de la OIT). Es más, la posición de la Corte Constitucional es restrictiva, ya que la decisión final en últimas es adoptada por la autoridad, quien debe hacerlo “desprovista de arbitrariedad y buena fe” y fijando “los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros” (Rodríguez, 2010, p. 78). En tal sentido, desde la etapa de preconsulta hasta la finalización del acuerdo, las comunidades deben ser plenamente informadas sobre el proyecto, el plan de manejo ambiental y las medidas de prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de este (Rodríguez et al., 2013, p. 181).

La consulta previa en el otorgamiento de licencias ambientales

La evaluación ambiental se realiza en nuestro país desde los años setenta, cuando apareció el Código de Recursos Naturales Renova-

bles y de Protección al Medio Ambiente. Aunque su implementación se da a partir de la expedición de la ley 99/1993. A través de los años, se han expedido diferentes disposiciones mediante las cuales se reglamentan las licencias ambientales (Rodríguez, 2011, p. 1).

La licencia ambiental es un mecanismo administrativo de comando y control, cuyo ejercicio corresponde a la autoridad ambiental y que, según los precedentes internacionales, requiere de proyectos que previamente cuenten con evaluación ambiental (Rodríguez et al., 2013, p. 18).

Lo anterior, de acuerdo con Rodríguez et al. (2013, p. 27), significa que en Colombia, la evaluación ambiental se materializa especialmente a través del proceso de licenciamiento, orientado a la consolidación del desarrollo sostenible en el largo, mediano y corto plazo, con el objeto de reducir los efectos de los proyectos en los aspectos biofísicos, bióticos, abióticos, económicos, sociales y culturales.

A partir de la ley 99/1993, la licencia ambiental

[...] se entiende como la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada (art. 50).

La consulta previa en este sentido, y en armonía con las comunidades negras, se realizará siempre y cuando se pretenda ejecutar proyectos, obras o actividades en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a estas comunidades. Siguiendo lo consagrado en el artículo 2° del decreto 1320/1998. Igualmente, se hará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad, se quiera consumir en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por

las comunidades negras, de conformidad con lo establecido en el artículo 3°.

En consecuencia, la consulta previa en materia de asuntos ambientales, debe emprenderse cuando se procure otorgar licencias ambientales para el desarrollo o ejecución de proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables. Cuando se trate de permisos ambientales para la utilización de recursos naturales, cuando se vayan a adoptar los regímenes especiales de manejo, cuando se proyecte la aprobación de los planes de manejo ambiental, cuando se trate de procesos de investigación científica (recursos biológicos: colecta, recolecta, captura, caza, pesca, manipulación de recursos y movilización) y acceso a recursos genéticos, y ante cualquier decisión de carácter ambiental que afecte directamente a los pueblos o se realice en territorios indígenas (Rodríguez, 2010, p. 43).

En el país, podría hablarse de cinco normas fundamentales en la reglamentación del procedimiento para otorgar las licencias ambientales: decreto 1753/1994, decreto 1728/2002, decreto 1180/2003, decreto 1220/2005 y decreto 2820/2010. Empero, han sido varios los intentos para modificar, restringir o limitar la función de las licencias ambientales (Rodríguez, 2011, p. 3).

A su vez, el artículo 1° del decreto 1320/1998 señala que para la explotación de recursos naturales, la consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra; y estudiar las medidas propuestas para proteger su integridad. Por esta razón, las investigaciones sobre impacto ambiental deben contemplar, entre otros, los aspectos sociales, culturales y ambientales como instrumento para la toma de decisiones, para la planificación ambiental y para definir las correspondientes medidas de prevención, corrección, compensación y mitigación (Rodríguez, 2010, p. 44).

El decreto 2820/2010, norma vigente en la materia, establece en el artículo 15° la participación de las comunidades en la elaboración de los estudios ambientales, en este sentido dispone que:

Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el Estudio de Impacto Ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso.

En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la ley 99/1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales y al decreto 1320/1998 o al que lo sustituya o modifique.

Por otro lado, mediante el decreto 3573/2011 se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (Anla), a la cual se le encarga la misión de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental, cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible del país.

Entre las funciones que se le atribuyen, de conformidad con el artículo 3°, se destacan entre otras: a) otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de acuerdo con la ley y los reglamentos; b) realizar el seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales; c) administrar el Sistema de Información de Licencias Ambientales (Sila) y la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (Vital); y d) velar porque se surtan los mecanismos de participación ciudadana de que trata la ley relativos a licencias, permisos y trámites ambientales. En este orden de ideas, a la Anla, le corresponde vigilar y garantizar que los trámites y el otorgamiento de licencias ambientales en Colombia, acaten los parámetros descritos en el decreto 2820/2010 y que las autoridades ambientales, en especial, el

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y las corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible, realicen sus funciones de manera eficaz en el trámite de licencias en cada una de sus jurisdicciones.

Por su parte, el Plan Nacional de Desarrollo, reglamentado por la ley 1450/2011, en materia de licencias ambientales no se queda atrás, pues en el aparte destinado al desarrollo minero y expansión energética, establece en el artículo 112 las medidas de control a la comercialización de minerales, determinando que:

Para los fines de control de la comercialización de minerales, el Instituto Colombiano de Geología y Minería, Ingeominas, o quien haga sus veces, deberá publicar la lista de los titulares mineros que se encuentren en etapa de explotación y que cuentan con las autorizaciones o licencias ambientales requeridas. Esta lista también debe incluir la información de los agentes que se encuentran autorizados para comercializar minerales.

De igual forma, dispone que las autoridades ambientales competentes informen, periódicamente al Ingeominas o a la entidad que haga sus veces, las novedades en materia de licencias ambientales.

Así mismo, la citada ley, a través del artículo 224, modifica el artículo 58 de la ley 99/1993, en relación con el procedimiento de otorgamiento de licencias ambientales.

Artículo 224. Del procedimiento para otorgamiento de licencias ambientales. Modifíquese el artículo 58 de la ley 99/1993, el cual quedará así:

Artículo 58. Del procedimiento para otorgamiento de licencias ambientales. El interesado en el otorgamiento de una licencia ambiental presentará ante la autoridad ambiental competente la solicitud acompañada del estudio de impacto ambiental correspondiente para su evaluación. La autoridad competente dispondrá de treinta (30) días hábiles para solicitar al interesado información adicional en caso de

requerirse. Allegada la información requerida, la autoridad ambiental dispondrá de diez (10) días hábiles adicionales para solicitar a otras entidades o autoridades los conceptos técnicos o informaciones pertinentes, que deberán serle remitidos en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, o quien haga sus veces, dispondrá hasta noventa (90) días hábiles para decidir sobre la licencia ambiental, contados a partir del acto administrativo de trámite que reconozca que ha sido reunida toda la información requerida, según el procedimiento previsto en este artículo.

Parágrafo 1°. En caso de que el procedimiento se demore más de los noventa (90) días hábiles establecido en este artículo contados a partir del acto administrativo de trámite que reconozca que ha sido reunida toda la información requerida, se convocará a un comité quien en un plazo menor a diez (10) días hábiles establecerá un plan de acción obligatorio para que en un plazo menor a treinta (30) días hábiles la autoridad ambiental esté en posibilidad de decidir sobre la licencia ambiental [...].

En materia de permisos ambientales, también desempeña un papel notable el decreto 3016/2013, por el cual se reglamenta el permiso de estudio para recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica, con fines de elaboración de estudios ambientales. A la luz de este decreto,

Toda persona que pretenda adelantar estudios, en los que sea necesario realizar actividades de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica en el territorio nacional; con la finalidad de elaborar estudios ambientales necesarios para solicitar y/o modificar licencias ambientales o su equivalente, permisos, concesiones o autorizaciones deberá previamente solicitar a la autoridad ambiental competente la expedición del permiso que reglamenta el presente decreto (art. 1).

De acuerdo con lo anterior, tal y como lo dispone el artículo 2° del decreto 3016/2013, la obtención del permiso constituye un trámite

previo dentro del proceso de licenciamiento ambiental y no implica la autorización de acceso y aprovechamiento de recursos genéticos.

La eficacia de la consulta previa frente al licenciamiento ambiental

Eficacia (del latín *efficacia*) es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. En el presente estudio, la eficacia de la consulta previa en relación con el licenciamiento ambiental, está encaminada a que con ella, es decir, con la realización de la consulta, se garantice efectivamente la participación real, la preservación de la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y afrocolombianas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.

En este contexto, se identificarán las condiciones y requisitos para que la consulta sea un medio efectivo para la protección de los derechos de grupos étnicos. La consulta previa es un derecho de carácter colectivo que debe responder al principio de buena fe y debe efectuarse antes de la toma de la decisión. Se realiza a través de un proceso de carácter público, especial y obligatorio en el cual se garantiza el debido proceso (principio de oportunidad, comunicación intercultural y bilingüismo). Se hace de manera previa a la adopción de medidas administrativas, legislativas o a la decisión sobre proyectos que puedan afectar a las comunidades. Durante todo el proceso se garantiza el acceso a la información, la cual debe ser dada de modo claro, veraz y, sobre todo, oportuno (Rodríguez, 2010, p. 38).

Como lo expresa Rodríguez (2010), la buena fe, en la elaboración de la consulta previa, significa que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, el cual se genera a partir de la información dada a las comunidades en forma anticipada e integral (transparente y completa) y por la seguridad de la no intervención deshonestas de las partes. Además, implica entender que la consulta está concebida no como una reunión o un proceso

donde las comunidades simplemente se dedican a escuchar a los dueños de los proyectos. Por el contrario, la consulta debe permitir que las comunidades no solo reciban información sobre los proyectos, sino que se pronuncien sobre los mismos y que sean tenidas en cuenta sus percepciones, propuestas y argumentaciones. De no ser así, no tendría objeto la consulta previa, sin olvidar que nadie conoce tan profundamente, los impactos ambientales, culturales, sociales y territoriales (que puedan generar los proyectos) como las mismas comunidades.

En este orden de ideas, el procedimiento de consulta previa se considera adecuado en la medida en que la comunidad plantea sus inquietudes y objeciones al proyecto, por eso es importante que los procesos sean comprensibles para sus integrantes, teniendo en cuenta sus lenguas, y que los tiempos sean los necesarios para que el proceso sea continuo e integral, en el entendido de que la consulta es un derecho. Se realiza mediante el diálogo y expresa el sentir de la comunidad. La comunidad pregunta para conocer los aspectos positivos y negativos del proyecto. La comunidad evalúa las ventajas y las desventajas del proyecto con la información que le proporcionan la empresa y las instituciones. La comunidad propone medidas que prevengan, mitiguen, corrijan y compensen los posibles impactos negativos (Ministerio del Interior y de Justicia, 2006, p. 5, citado por Rodríguez, 2010, p. 64).

De acuerdo con los resultados de la investigación, sobre la eficacia de la consulta previa, en el caso específico del departamento del Chocó, al formularse la pregunta: ¿considera usted que la consulta previa es eficaz para la protección de los derechos constitucionales de las minorías étnicas, de participación, diversidad étnica y cultural?, a funcionarios de la oficina jurídica de Codechocó, miembros del Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), Consejo Comunitario de San Isidro, Río Quito, de la Asociación Indígena Orewa del departamento del Chocó, funcionarios del

grupo de policía ambiental y ecología del Departamento de Policía del Chocó (Decho), funcionarios del Ministerio Público, Procurador Regional para Asuntos Ambientales y Agrarios del Chocó, funcionarios de la Defensoría del Pueblo del Chocó y del Incoder, las respuestas tienden a mostrar que este mecanismo no es eficaz, porque: a) existe escasa participación de las comunidades negras en los procesos; b) lo que se plasma durante el proceso se reduce a mero papel; c) ninguno de los actores que participan en la consulta cumple el rol que le asiste (Comunicación personal L. A. Becerra, 30 de octubre, 2012); d) no ofrece garantías reales de concertación (Comunicación personal B. Chaverra, 28 de octubre, 2012); e) no existe un procedimiento serio legalmente establecido (Comunicación personal R. Moreno, 26 de octubre, 2012); y f) se pierde mucho tiempo en la elaboración de la consulta y a veces se dilatan los procesos en donde puede ganar la comunidad o pueden perder algunas propuestas de desarrollo (Comunicación personal H. M. Hinestroza, 30 de octubre, 2012).

Se debe precisar que la consulta previa desde su reconocimiento como derecho fundamental de las minorías étnicas, ha enfrentado un sistemático incumplimiento y vulneración, inclusive por parte de los funcionarios de autoridades encargadas de garantizar su ejecución y propender por su eficacia, lo que ha generado mayores índices de desconfianza en el departamento del Chocó en los trámites y otorgamientos de licencias ambientales para la explotación de recursos naturales en territorios de comunidades negras y en torno al desempeño efectivo de las funciones que ejercen cada uno de los entes del Estado que participan en estos procesos. A tal efecto, la consulta previa podría ser una mecanismo eficaz, desde el punto de vista material, en la medida que se permita la participación real y se respeten los derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, dándoles la oportunidad de formar parte del desarrollo de sus propios territorios, previo el cumplimiento de los acuerdos

y las condiciones por la cual se estableció la consulta. Aunque para cada comunidad es diferente, valga decir que se hace indispensable el acompañamiento del Ministerio del Interior (Dirección de Consulta Previa) y el control y seguimiento a cada una de las fases.

La eficacia como lo plantea García (1993), se puede entender como aquella causalidad entre el propósito buscado por la norma y su resultado efectivo, tiene que ver con el análisis del grado de incidencia del texto normativo en el comportamiento, estudiando la correspondencia entre la conducta prevista en la norma y la conducta realmente seguida. En el caso concreto de las licencias otorgadas en el departamento del Chocó, por lo general se presenta lo descrito por Rodríguez et al. (2013, p. 179), en cuanto a que, los procesos no se inician con las organizaciones institucionales genuinamente representativas y habilitadas para tomar las decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas, sino que se emprenden con cualquiera que se declare representante de estas comunidades, sobre todo, en el caso específico de los consejos comunitarios, se dilata el tiempo y se crean compromisos con los consejos comunitarios locales menores, que en muchos casos no tienen mayores niveles de interlocución con los consejos comunitarios mayores ni cuentan con la autorización del representante legal del consejo para realizar acuerdos con contratistas. Acuerdos que además no se enmarcan en un proceso organizado e institucionalizado de consulta previa.

El análisis de la información que se recolectó en el trabajo de campo –realización de entrevistas y revisión de expedientes, actas de protocolización y acuerdos de los procesos de consulta previa–, evidencia que la consulta previa en la gestión y otorgamiento de licencias, no es eficaz y mucho menos constituye un medio apropiado para la protección de los derechos de las comunidades negras, porque no se cumplen las exigencias y presupuestos constitucionales y jurisprudenciales para el desarrollo de estos procesos. Si bien es cierto, no existe una norma que establezca lineamientos claros o pautas a

seguir en estos trámites, tampoco se puede desconocer que la labor que ha hecho la Corte Constitucional ha sido ardua y constante en esta materia. Aun así, los procesos de consulta previa actualmente presentan muchas falencias, pues no se cumplen, según la norma, los propósitos del deber ser.

La consulta previa en el departamento del Chocó es un mero formalismo y la participación de las comunidades es casi nula, no es real ni efectiva, porque el desacuerdo, como decisión de las comunidades negras del Chocó frente a la realización de un proyecto obra o actividad que implique la explotación de recursos naturales en sus territorios, no tiene fuerza vinculante ni impide la ejecución del proyecto y menos si estos comprenden planes de desarrollo nacional donde sean más los que se beneficien. En este caso, se vulneran los presupuestos de la consulta, entre ellos el consentimiento previo.

Ahora bien, si la consulta, no es previa, libre e informada y no se satisfacen los estándares de concertación en términos de participación de las comunidades negras en la toma de decisiones que puedan afectar sus vidas, costumbres, tradiciones, territorios ancestrales, diversidad cultural y natural, automáticamente se violan los derechos fundamentales y preceptos que contempla la Carta Magna a través de los artículos 2, 8 y 330 y convenios internacionales ratificados por Colombia. Por lo que se confirma, que la consulta no es un mecanismo adecuado para la protección de los derechos de los grupos étnicos, a menos que se expida una ley que establezca criterios y garantías para que haya armonía entre el deber de la norma, el comportamiento descrito y el fin perseguido, logrando así su eficacia.

No obstante, en términos de expedición de una ley que determine el método a seguir en el proceso de consulta, no se sabría a ciencia cierta hasta qué punto podría garantizar los derechos constitucionales de las comunidades negras, a la diversidad étnica y cultural y a ser consultadas previo a la toma de decisiones que puedan afectarlas.

Por su parte, el informe sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, caso Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú del Programa de Industrias Extractivas de la Confederación Internacional, Oxfam en Sudamérica, y la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), según Galvis (2003, p. 9), da cuenta de la paradoja de la consulta previa en Colombia, debido a que el importante desarrollo normativo y jurisprudencial contrasta con una realidad de desconocimiento de este derecho.

El trámite y otorgamiento de licencias ambientales en territorios de comunidades negras del Chocó

El decreto 2820/2010 por el cual se reglamenta en la actualidad, el título VIII de la ley 99/1993 sobre licencias ambientales, en el artículo 3°, establece el concepto y alcance de la licencia ambiental. Consagra la misma disposición que la licencia ambiental, llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios por el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad.

A las corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible se les asigna, de conformidad con la ley 99/1993, la administración del medioambiente y los recursos naturales renovables en todo el territorio nacional. En el departamento del Chocó, ejerce jurisdicción la Codechocó, la cual tiene competencia frente al trámite y otorgamiento de licencias ambientales, para la ejecución de proyectos, obras o actividades según las directrices que se fijan en este decreto.

Es función principal de Codechocó, de acuerdo con el artículo 39 de la ley 99/1993, proteger el medio ambiente chocoano como área especial de reserva ecológica de Colombia, de interés mundial y como recipiente singular de la megabiodiversidad del trópico húmedo. En desarrollo de su objeto deberá fomentar la integración de las comunidades indígenas y negras

que por tradición habitan la región, al proceso de conservación, protección y aprovechamiento sostenible de los recursos y propiciar la cooperación y ayuda de la comunidad internacional para que compense los esfuerzos de la comunidad local en la defensa de ese ecosistema único.

En cuanto a la solicitud de la licencia ambiental, el interesado en obtenerla deberá radicar ante la autoridad ambiental competente, el EIA, al que hace referencia el artículo 21 del decreto 2820/2010, de igual forma, deberá anexar la documentación exigida en el artículo 24 de este decreto. De estos requisitos es necesario resaltar el certificado del Ministerio del Interior sobre presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto; certificado del Incoder sobre la existencia o no de territorios legalmente titulados a resguardos indígenas o títulos colectivos pertenecientes a comunidades afrocolombianas en el área de influencia del proyecto.

A su vez, los interesados en la ejecución de proyectos mineros deberán allegar copia del título minero y/o el contrato de concesión minera debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. Así mismo, los interesados en la ejecución de proyectos de hidrocarburos deberán allegar copia del contrato respectivo (decreto 2820/2010, art. 24; Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010).

La investigación realizada en el departamento del Chocó, arroja que en el período 2006-2011, se tramitaron un total de nueve licencias ambientales, relacionadas principalmente con la explotación de minerales: oro, platino, cobre y extracción de material de arrastre (material de construcción) (Codechocó, 2012), tal como se ilustra en la tabla 1.

Tabla 1
Licencias ambientales tramitadas y otorgadas en el departamento del Chocó 2006-2011

Núm.	Trámite	Titular	Expediente	Resolución	Mineral(es)	Mina	Municipio	Estado
1	Licencia ambiental	Aluviones de Colombia S. A.	L04-04-02-0408-015	493/10	Oro, platino y concentrados	Aluviones	Condoto	Vigente
2	Licencia ambiental	Cocominsa ¹	L04-02-33-0503-00015	666/10	Material de construcción	Cocominsa	Istmina	Vigente
3	Licencia ambiental	CAMIKZAA ²	L01-04-02-0601-00037	58/04	Oro	CAMIKZAA	Bagadó	Vigente
4	Plan de manejo ambiental	Miner S.A.	L01-245-02-0502-00029	850/02	Cobre y demás	El Roble	Carmen de Atrato	Vigente
5	Licencia ambiental	José Ángel Valderrama Copete	LA-03-27-787-E-C13-126-10	10-abr	Oro y platino, demás concesibles	El Coco	Tadó	Vigente
6	Licencia ambiental	Consorcio Metrocorredores 8	LA-03-27-001-E-C13-058-09	1494/10	Material de construcción	Río Ichó	Quibdó	Vigente
7	Licencia ambiental	José Jaime Orozco	01-33-0598-00302	1094/09	Material de construcción	Mina Jaime Orozco	Quibdó	Vigente
8	Licencia ambiental	Ezequiel de Jesús Uribe Gutiérrez	L01-001-02-0602-00039	1019/09	Oro, platino y concentrados	Ezequiel Uribe	Quibdó	Denegada por el MAVDT ³ mediante res. 2140/2010
9	Licencia ambiental	Franklin Rivera y Haider Rivera	L04-04-02-0503-00019	2311	Oro y platino, demás concesibles	Franklin Uribe	-	Negada por Codechocó

¹ Consejo Comunitario Mayor de Istmina y parte de Medio San Juan.

² Cabildo Mayor Indígena Katío Zona Alto Andágueda.

³ Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Fuente: elaboración propia a partir de información suministrada por Codechocó, por derecho de petición radicado 2012-2-1435.

En la tabla 1 se ilustra el proceso y los trámites de licencias ambientales que se llevaron a cabo durante el período de la investigación, reflejando principalmente que de los nueve trámites adelantados, siete culminaron con el otorgamiento de licencias y se encuentran vigentes, y dos fueron negadas, una por la Codechocó y la otra por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Se observa también, que cinco licencias ambientales se concedieron a personas jurídicas, entre ellas empresas privadas, organizaciones de consejos comunitarios y cabildos indígenas y las otras dos se confirieron a personas naturales.

Por otro lado, en relación con el período de la investigación, en el departamento del Chocó se han realizado ocho consultas previas, las cuales se efectuaron dentro de los trámites de licencias, autorizaciones y permisos. De esta manera, en licencias ambientales para la exploración de material de construcción se hicieron dos consultas, una en el municipio de Quibdó (Chocó), corregi-

miento de Ichó (río Ichó) y la otra en el municipio de Tadó-Mumbú, ambas dadas al Consorcio Metrocorredores 8, que ejecuta un proyecto vial en el departamento. En el trámite de autorizaciones de aprovechamiento forestal del Arracacho, se elaboró consulta previa en consejos comunitarios de Riosucio. También se efectuaron dos consultas en el trámite de declaración de Distritos de Manejo Integrado (DMI), una en Playón Playona y otra en Unguía, ambas por solicitud de Codechocó. De igual forma, se realizaron dos consultas previas en el trámite de la licencia ambiental, para la ejecución de proyectos en el sector hidroeléctrico en el municipio del Carmen de Atrato, pedidas por Universal Stream Ltda. En cuanto al trámite de permisos de investigación científica, en el municipio de Nuquí, se adelantó una consulta previa, cuyo solicitante fue la Corporación para Investigaciones Biológicas (CIB) (Codechocó, 2013). Así, en el departamento del Chocó entre los años 2006 y 2011 en trámites de licencias ambientales se efectuaron cuatro consultas previas (ver tabla 2).

Tabla 2
Consultas previas realizadas en el departamento del Chocó dentro de los trámites de licencias, autorizaciones y permisos entre 2006 y 2012

Núm.	Trámite solicitado	Solicitante	Lugar
1	Licencia ambiental (explotación de material de construcción)	Consorcio Metrocorredores 8	Corregimiento de río Ichó, municipio de Quibdó
2	Licencia ambiental (explotación de material de construcción)	Consorcio Metrocorredores 8	Mumbú, municipio de Tadó
3	Licencia ambiental (proyecto hidroeléctrico)	Universal Stream Ltda.	Municipio del Carmen de Atrato
4	Licencia ambiental (proyecto hidroeléctrico)	Universal Stream Ltda.	Municipio del Carmen de Atrato
5	Distritos de Manejo Integrado	Codechocó	Playón Playona
6	Distritos de Manejo Integrado	Codechocó	Municipio de Unguía
7	Autorización de aprovechamiento forestal (Arracacho)	Consejos comunitarios de Riosucio	Municipio de Riosucio
8	Permiso de investigación científica	Corporación para Investigaciones Biológicas	Municipio de Nuquí

Fuente: elaboración propia a partir de información suministrada por Codechocó, por derecho de petición radicado 2013-3-249.

Los acuerdos que se suscriben en los procesos de consulta previa para el otorgamiento de licencias ambientales

En relación con los preacuerdos y acuerdos que se deben suscribir en los trámites de consulta previa, para mitigar o compensar los

impactos negativos que se les pueden causar a las comunidades donde se ejecutan los proyectos, esta investigación (revisión de expedientes, actas de reuniones suscritas y entrevistas) evidenció que dichos acuerdos, cumplen finalidades de carácter social, lúdico, cultural, económico, técnico, recreativo y de mejoramiento de

infraestructura. Se materializan en: a) donación de *kit* escolares, b) realización de convenios de capacitación, c) mejoramiento de vías y construcción de puentes, d) construcción de escuelas, e) creación de espacios para la diversión y la recreación, donación de gimnasios, perfilación de terrenos; f) apoyo a diferentes proyectos económicos como Granja Integral, y g) apoyo a eventos comunitarios y reforestación. De lo anterior se colige que estos preacuerdos y acuerdos no se relacionan con los impactos que se causan con la explotación de recursos naturales, que deberían ser su finalidad esencial, sino que, responden principalmente a tareas y programas que deberían ser resueltos o atendidos por el Estado. En algunos eventos son contradictorios hasta con las mismas costumbres y tradiciones de las comunidades negras, por ejemplo, el acuerdo de donación de un gimnasio.

En el caso del departamento del Chocó, los acuerdos que se suscriben en la mayoría de los casos, no generan seguridad y no cumplen la función por la cual son establecidos en los procesos de consulta previa, más aún, teniendo en cuenta que estos deben dirigirse a prevenir, mitigar o compensar a las comunidades, por los daños ocasionados en los territorios ancestrales donde se ejecuta el proyecto.

En efecto, no existen garantías por parte de la empresa pública o privada que pretende desarrollar la actividad, puesto que para estas no resulta un problema, si los preacuerdos o acuerdos que se suscriben no cumplen o se asocian con la finalidad del proyecto.

Por ejemplo, acuerdos como donación de gimnasios y la contribución al desarrollo de actividades de diversión, no garantizan en nada, la preservación de los derechos de los grupos étnicos, en especial las comunidades negras del departamento, en igual sentido, no mitigan, ni compensan los daños, en particular, los impactos negativos ocasionados al medioambiente y a los recursos naturales de los territorios colectivos de estas comunidades.

En este sentido, se debe llegar a acuerdos sustantivos (Rodríguez & Orduz, 2012, p. 9) para asegurar la subsistencia del grupo social según sus prioridades, con respecto a su proceso de desarrollo.

Ventajas y desventajas de los procesos de consulta previa en trámites ambientales

En esta sección se entiende como ventajas, los beneficios que se obtienen del proceso de consulta previa. Esto, en el marco de la pregunta formulada sobre cuáles ventajas se generen por el cumplimiento del derecho a la consulta previa. Las respuestas obtenidas fueron: a) la creación de un espacio genuino de participación de la comunidad, que no solo posibilita el conocimiento oportuno y real de un proyecto, obra o actividad que se pretende realizar en los territorios del grupo étnico, sino que también se reconoce el ejercicio de un derecho que es fundamental y que tiene correspondencia con otros derechos; b) es un espacio ideal y responsable de planeación que permitirá determinar medidas concretas para mitigar, compensar o reparar los impactos causados por los proyectos, obras o actividades que se ejecuten en sus territorios; c) posibilita que las comunidades afrocolombianas fijen acuerdos con las entidades o empresas beneficiarias de los proyectos, forjando así alternativas de desarrollo y el conocimiento de las proyecciones que se consuman en sus territorios y d) garantiza que los impactos ambientales puedan identificarse plenamente, porque en últimas las comunidades tienen real conocimiento de lo que sucederá con los recursos que hay en su territorio.

En cuanto a las desventajas, entendidas como la mengua o perjuicios generados se considera que en el desarrollo de la consulta previa, en lo que atañe a las comunidades negras del Chocó, respecto al interrogante planteado: ¿cuáles son las desventajas del ejercicio del derecho a la consulta previa?, se hallaron: a) la ausencia de reglamentación clara (salvo el de-

sarrollo jurisprudencial) de este derecho; b) la falta de conocimiento de los miembros de las comunidades negras, los consejos comunitarios y directivos de los mismos, sobre los aspectos relevantes del proceso de consulta previa; motivos por los cuales, se ven en la obligación de aceptar todo lo que los representantes de la empresa o entidad ejecutora del proyecto les manifiestan. Esto hace que en muchos casos se incumplan los acuerdos pactados en los trámites de la consulta previa; c) la inobservancia de los deberes estatales de garantizar la satisfacción de requerimientos básicos en los territorios habitados por estas comunidades, lo que convierte la consulta previa en un espacio supletorio de necesidades y en un mecanismo utilitarista para resolver temporalmente vacíos estructurales de intervención, ejecución y protección del Estado colombiano hacia los grupos étnicos; y d) algunas comunidades étnicas de la región carecen de capacidad de negociación, aunado a que tienen muy pocos técnicos, coincidiendo de esta manera con lo expuesto por Orduz (2013, p. 4) al considerar que “las minorías étnicas están en desventaja frente al gobierno y las empresas en términos de recursos económicos, humanos (asesores y técnicos) de información y de otros”, a lo que se suma que el procedimiento no es claro, las entidades y empresas no respetan los tiempos comunitarios y algunos líderes terminan vendiéndose o se corrompen.

Una desventaja sigue siendo el hecho de que la consulta previa en algunos casos, todavía es vista y entendida como una mera reunión que se hace para informar a una comunidad étnica de cualquier actividad que se vaya a realizar en sus territorios y con la cual se pueda ver afectada. Como desventaja durante el proceso de consulta previa, se constata la poca presencia o participación de actores que a raíz de lo establecido en algunas sentencias de la Corte Constitucional, cumplen una función de garante frente al ejercicio real y efectivo de la consulta previa en cada una de sus etapas. No hay análisis previo de los acuerdos y de los compromisos para materializarlos.

Finalmente, dice Orduz (2013, p. 5) que las consultas deben utilizar adecuadamente el tiempo y hacerse con responsabilidad y profesionalismo por parte del Gobierno. Esto incluye no comenzar a última hora y que haya continuidad durante el proceso, además implica que las diferentes entidades del Gobierno estén coordinadas entre sí, que los acuerdos se cumplan, que los procesos no retrocedan, que los funcionarios estén capacitados para esta labor y que sean culturalmente sensibles.

No obstante, algunos estiman que la consulta previa se constituye en un chantaje, puesto que han desbordado en irracionalidad y se configuran en lucrativos negocios individuales de aivatados acompañados de mafias de asesores que hacen su *modus vivendi*. Exigen viáticos, pasajes, alojamiento, almuerzos con ciertas especificaciones, honorarios de actores externos y compensaciones económicas. Mientras negocian, frenan la infraestructura nacional (Rueda, 2013). Para Rueda “es urgente reglamentar los tiempos de esas consultas previas, sus procedimientos, representatividad de las comunidades, sus honorarios, compensaciones económicas y un tope de costos” (p. 1).

Dificultades generadas en los procesos de consulta previa en relación con el otorgamiento de licencias ambientales

Los procesos de consulta previa también llevan inmersa una serie de dificultades, las cuales, teniendo en cuenta la presente investigación y la pregunta formulada (¿cuáles son las dificultades que se generan del proceso de consulta previa?), se asocian con: a) la situación de orden público por la que atraviesa el departamento, que obliga a restringir las reuniones y/o diferentes etapas del proceso, con las comunidades y el acceso de las autoridades que representan la institucionalidad, lo que en muchas ocasiones complica el establecimiento de fechas para las diferentes fases de la consulta; b) la demora del Ministerio del Interior (Grupo de Consulta, en la actualidad Dirección de Consulta Previa)

para la programación de las fechas en que se harán las consultas previas, esto incide en el trámite de la licencia; c) los tiempos para fijar preacuerdos y compromisos son prolongados, lo que influye en los trámites administrativos de otorgamiento de las licencias ambientales; d) las medidas adoptadas para mitigar, compensar o corregir los impactos exigen o comprometen presupuestos de entidades estatales; y e) los proyectos, obras o actividades que se financian con recursos estatales, en la mayoría de los casos no proveen, en términos presupuestales, los recursos necesarios para realizar la consulta y garantizar el cumplimiento de los acuerdos.

Recomendaciones

A través de la consulta se generan espacios de participación real y efectiva de las comunidades negras, para que puedan concertar sobre las medidas necesarias para mitigar los impactos negativos que se den con la ejecución de una obra, proyecto o actividad en sus territorios.

Que el Estado mediante un proceso de concertación con los grupos étnicos expida la ley estatutaria que regule el procedimiento de la consulta.

Que el Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa, como garante del proceso de consulta previa, cuente con un grupo más amplio, con estabilidad laboral y disponibilidad financiera, que facilite dar continuidad al control de los compromisos adquiridos por parte de los ejecutores de los proyectos, obras o actividades que se realicen en territorios de grupos étnicos.

Conclusiones

La consulta previa no es un mecanismo eficaz de protección de los derechos de las minorías étnicas en el departamento del Chocó, en gran parte por la escasa participación que se brinda a las comunidades en el proceso. Se ha convertido en un mecanismo que dilata los

trámites para el otorgamiento de licencias y permisos ambientales.

La inexistencia de regulación en materia de consulta previa genera abuso de las autoridades y de los ejecutores de proyectos, en las actuaciones procedimentales y vacías en cuanto a la actuación a seguir en cada caso. Como consecuencia de esto, se puede incurrir en la violación de derechos y garantías fundamentales.

No se cumplen las reglas establecidas en la actualidad en cuanto a la consulta previa, las cuales son abundantes, aunque no exista una ley estatutaria que de manera específica regule el procedimiento.

Hay exigua participación de los actores que frente al desarrollo de la consulta previa cumplen funciones de control y vigilancia, suscitando así, pocas garantías para que estos procesos cumplan con las exigencias y requisitos que a través de la jurisprudencia ha fijado la Corte Constitucional colombiana. Al respecto, existe duda sobre la responsabilidad que se genera para estos funcionarios por la inasistencia a dichos procesos.

Referencias

- Alvear, J. (2013). Regresividad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la protección de derechos de los pueblos étnicos. *Colectivo de abogados*. Recuperado de <http://www.colectivodeabogados.org/Regresividad-de-la-Jurisprudencia>
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –[DEJUSTICIA]. (2011). Tejiendo derechos. *La Consulta Previa y el Consentimiento libre, previo e informado*. Bogotá, Colombia: Organización Nacional Indígena de Colombia.
- CODECHOCO. (2012). *Licencias Ambientales otorgadas*. Chocó, Colombia: Subdirección de Calidad y Control Ambiental.

- CODECHOCO. (2013). *Informe sobre Consultas previas realizadas dentro de los trámites de licencias, autorizaciones y permisos*. Chocó, Colombia: Oficina Jurídica
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia.
- Convenio 107 de 1957. Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales. Organización Internacional del Trabajo – [O.I.T].
- Convenio 169 de 1989. Sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes. Organización Internacional del Trabajo – [O.I.T].
- Decreto – Ley 2811 de 1974. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Diario Oficial N° 34243. Presidencia de la República.
- Decreto 2374 de 1993. Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 41121. Ministerio de Educación Nacional.
- Decreto 1753 de 1994. Por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Diario Oficial N° 41427. Presidencia de la República de Colombia.
- Decreto 1320 de 1998. Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Diario oficial N° 43.340. Ministerio del Interior.
- Decreto 1728 de 2002. Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre la Licencia Ambiental. Diario Oficial N° 44893. Presidencia de la República de Colombia.
- 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. Diario Oficial N° 45.086. Presidencia de la República de Colombia.
- Decreto 1180 de 2003. Por el cual se reglamenta el título VIII de la ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Diario Oficial N° 45185. Presidencia de la República de Colombia.
- Decreto 1220 de 2005. Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Diario Oficial N° 45890. Presidencia de la República de Colombia.
- Decreto 2820 de 2010. Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Diario Oficial N° 47792. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
- 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. Diario Oficial N° 48.158. Ministerio del Interior.
- Decreto 3573 de 2011. Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 48205. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- Decreto 3016 del 2013. Por el cual se reglamenta el Permiso de Estudio para recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de Elaboración de Estudios Ambientales. Diario Oficial 49016. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

- Directiva presidencial N° 001 de 2010. (26 de marzo de 2010). Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales. Presidencia de la República
- Directiva presidencial N° 10 del 2013. (7 de noviembre de 2013). Guía para la realización de la consulta previa. Presidencia de la República
- Forest Peoples Programme –[FPP] (s.f.). *El Consentimiento libre, previo e informado*. Recuperado de <http://www.forestpeoples.org/es/guiding-principles/free-prior-and-informed-consent-fpic>
- Galvis, M. (2003). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, caso Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú* (Programa de Industrias Extractivas de la Confederación Internacional OXFAM, resumen ejecutivo). Washington, D.C: PDLF
- García, M. (1993) *La eficacia simbólica del derecho examen de situaciones colombianas*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.
- Grueso, L. (2010) *El derecho de las comunidades afrocolombianas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información para su aplicación desde la perspectiva de los derechos humanos*. Bogotá, Colombia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Grueso, L. (s.f). Pertenencia étnico-racial y desigualdades socioeconómicas. En C. Mosquera & L. Barcelos (Eds.), *La población afrodescendiente y su referencia como sujeto de ley en el desarrollo normativo de Colombia. Punto de partida para definir niveles de Reconocimiento y Reparación* (pp. 617-691). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/1237/26/24CAPI23.pdf>
- Grupo Semillas. (2008). *Contexto: la participación y consulta previa. La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia*. Recuperado de <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=e1b-20156068-20156068&x=20156105>.
- Ley 70 de 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Diario oficial N° 41013. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y se dictan otras disposiciones. Diario oficial N° 41146. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 165 de 1994. Por la cual se aprueba el Convenio de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica. Diario Oficial No. 41589. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 45273. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Diario Oficial N° 48102. Congreso de la República de Colombia.
- Ministerio del Interior y de Justicia. (2006). *La consulta previa para proyectos de exploración de recursos naturales*. Bogotá, Colombia: Dirección de Etnias.

- Ministerio del Interior y de Justicia. (2009). *La Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio*. (3a Ed.). Bogotá, Colombia. Ministerio del Interior y de Justicia.
- Negrete, R. (5 de marzo de 2012). *La consulta Previa: En el filo de la navaja*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2770-la-consulta-previa-en-el-filo-de-la-navaja.html>
- Orduz, N. (25 de febrero de 2013). *La consulta previa: se obedece, pero no se cumple*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3576-consulta-previa-se-obedece-pero-no-se-cumple.html>
- Organización Nacional Indígena de Colombia - [ONIC]. (2011). *El derecho fundamental a la Consulta previa de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.
- ¿Qué es el Chocó Biogeográfico? [Artículo de agencia de noticias]. (19 de julio de 2013). *Natural Press*. Recuperado de <http://naturalpress.la/choco-biogeografico/>
- Rodríguez, C., & Orduz, N. (2012). *La consulta previa: Dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De justicia.
- Rodríguez, G. (2010). *La consulta previa con pueblos Indígenas y comunidades Afrodescendientes en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. (2011). *Las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia*. Bogotá, Colombia: Foro Nacional Ambiental.
- Rodríguez, G., & Muñoz, L. (2009). *La participación en la gestión ambiental un reto para el nuevo milenio*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G., Gómez, A. & Monroy, J. (2013). *Las licencias ambientales en Colombia. Una mirada desde la participación y la responsabilidad*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Rueda, M. (21 de mayo de 2014). De la consulta al chantaje. *El tiempo*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/maraisabelrueda/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12600406.html
- Ruiz, R. (2007). Historia y evolución del pensamiento científico. [Enciclopedia virtual]. Recuperado de <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007a/257/7.1.htm>
- Salinas, C. (2011). La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 27, 235-259. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932011000200011&script=sci_arttext
- Sánchez, Z. (2012). *EL consentimiento previo e informado y el derecho a veto en la consulta previa* (Tesis de Maestría, Universidad Externado de Colombia).
- Sentencia C-169 (2001, febrero 14). Acción de Inconstitucionalidad. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.
- Sentencia C-030 (2008, enero 23). Acción de Inconstitucionalidad. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional.

- Sentencia C-461 (2008, mayo 14). Acción de Inconstitucionalidad. M. P. Manuel Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Sentencia C-175 (2009, marzo 18). Acción de Inconstitucionalidad. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia C-702 (2010, septiembre 6). Acción de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.
- Sentencia C-196 (2012, marzo 14). Acción de Inconstitucionalidad. M. P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional.
- Sentencia C-317 (2012, mayo 3). Acción de Inconstitucionalidad. M. P. Maria Victoria Calle Correa. Corte Constitucional.
- Sentencia C-331 (2012, mayo 9). Acción de Inconstitucionalidad. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia C-253 (2013, abril 25). Acción de Inconstitucionalidad. M. P. Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional.
- Sentencia Radicada número 3699 (1992, marzo 2). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.
- Sentencia Radicada número 5991 (1993, agosto 5). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.
- Sentencia SU-039 (1993, febrero 3). Sentencia de Unificación. M. P. Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional.
- Sentencia SU-383 (2003, mayo 13). Sentencia de Unificación. M. P. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional.
- Sentencia T-428 (1992, junio 24). Acción de Tutela. M. P. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional.
- Sentencia T-380 (1993, septiembre 13). Acción de Tutela. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional.
- Sentencia T-422 (1996, septiembre 10). Acción de Tutela. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional.
- Sentencia T-634 (1999, agosto 30). Acción de Tutela. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.
- Sentencia T-955 (2003, octubre 17). Acción de Tutela. M. P. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional.
- Sentencia T-375 (2006, mayo 18). Acción de Tutela. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Sentencia T-382 (2006, mayo 22). Acción de Tutela. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Sentencia T-609 (2009, septiembre 2). Acción de Tutela. M. P. Humberto Sierra Porto. Corte Constitucional.
- Sentencia T-547 (2010, julio 1). Acción de Tutela. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional.
- Sentencia T-745 (2010, septiembre 14). Acción de Tutela. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.
- Sentencia T-1045A (2010, diciembre 14). Acción de Tutela. M. P. Nilson Pinilla Pini-lla. Corte Constitucional.
- Sentencia T-116 (2011, febrero 24). Acción de Tutela. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.
- Sentencia T-129 (2011, marzo 3). Acción de Tutela. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional.

Sentencia T-376 (2012, mayo 18). Acción de Tutela. M. P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional.

Sentencia T-680 (2012, agosto 27). Acción de Tutela. M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional.

Sentencia T-823 (2012, octubre 17). Acción de Tutela. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.

Sentencia T-172 (2013, abril 1). Acción de tutela. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional.

Sentencia T-245 (2013, abril 22). Acción de Tutela. M. P. Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional.