

07 FEB 2014

Alfonso Aranzano
Feb 10-14
11:00

MEMORANDO DE CONSULTA PREVIA

Para: Nubia Orozco Acosta
Directora General

Mauricio Maldonado Chaya
Subdirector de Evaluación y Seguimiento

Andrea Cortés Salazar
Subdirectora de Instrumentos, Permisos y Trámites
Ambientales

De: Roberth Lesmes Orjuela
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Alfonso Aranzano
Feb 10-14
11:10
y
10-12-14
11:30

ASUNTO Observaciones y análisis del papel de la ANLA frente al protocolo de coordinación interinstitucional (PCI) para la consulta previa

En atención a la solicitud de apoyo jurídico del asunto referenciado, es necesario abordar las generalidades de la consulta previa conforme a la nueva reglamentación, para lo cual se limitará el problema jurídico planteado, iniciando por la conceptualización jurídica, la regulación normativa y las observaciones realizadas a esta normatividad en los diferentes sectores, para lo cual se desarrollan los siguientes puntos, y se realizan las siguientes precisiones y análisis:

1. Generalidades de la consulta previa

Debido a la reciente reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, en el Decreto 2613 de 2013 y la Directiva presidencial 10 de 2013 relativa a la coordinación institucional para la consulta previa, es necesario analizar el grado de aplicación e interpretación a la luz de la normatividad, el desarrollo jurisprudencial y

la integración de principios generales constitucionales y legales, evaluando esencialmente el papel de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y de elementos adicionales del licenciamiento ambiental como los estudios ambientales, la identificación de impactos y las medidas de manejo.

A fin de dar respuesta a estos puntos sobre la consulta previa, se propone analizar, en primer lugar, su conceptualización jurídica, en segundo lugar, su regulación normativa, en tercer lugar, el desarrollo jurisprudencial y, en cuarto lugar, algunos elementos para tratar problemas interpretativos y de aplicación práctica al interior de la ANLA de la normativa reglamentaria de coordinación institucional.

1.1 Conceptualización jurídica de la consulta previa

La consulta previa se conceptualiza jurídicamente a partir del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como un procedimiento encaminado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas y tribales mediante la obligación de los gobiernos de consultar las comunidades y sus representantes, cuando existan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6) y en aquellos casos en que sus intereses puedan verse perjudicados por la explotación de los minerales y recursos del subsuelo y demás recursos renovables presentes en sus territorios (artículo 15).

Por otra parte, la consulta previa es, según el desarrollo de la jurisprudencia constitucional colombiana (por ejemplo - Sentencia SU-039 de 1997), un derecho fundamental de carácter colectivo relacionado con el derecho de propiedad colectiva de los 'grupos étnicos' en el cual se incluye la participación como elemento vinculante dentro de la toma de decisiones que afecten sus intereses, y que se define como esencial para su subsistencia colectiva.

1.2 Regulación normativa de la consulta previa en Colombia

A continuación se presentan los aspectos más relevantes de la regulación normativa principal de la consulta previa en Colombia, haciendo énfasis, precisamente, en la normativa reglamentaria de coordinación institucional.

1.2.1. Convenio 169 de 1989 de la OIT (Ratificado por la Ley 21 de 1991)

Como se mencionó anteriormente, el Convenio 169 de 1989 de la OIT que ha sido ratificado a nivel de legislación interna por la Ley 21 de 1991 y parte del 'bloque de constitucionalidad' (esto es, se integra como norma de carácter constitucional),



establece dos disposiciones centrales: el artículo 15 en el cual se establece para aquellos casos en los cuales "pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras" el deber de los gobiernos para "establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras..".

Por otra parte, en el numeral 1 literal a) del artículo 6° de la Ley 21 de 1991, se establece la obligación del Gobierno Nacional para consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cuando existan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

1.2.2. Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Aunque han existido debates respecto a la aplicación *in genere* del grado de obligatoriedad de las declaraciones internacionales por su naturaleza *soft law* o derecho no vinculante, se debe recordar que en lo que respecta a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), esta ha sido tomada como sustento en la aplicación de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (caso Saramaka vs Suriname). En este sentido el artículo 19 de la Declaración es una ratificación a lo establecido en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, pero introduce también elementos adicionales de la siguiente manera, en relación al consentimiento:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Y de manera idéntica en los numerales 2 y 5 del artículo 32 *ibidem*, sobre proyectos que afecten los territorios de los pueblos indígenas y las medidas para reparar y mitigar los aspectos ambientales:

"2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto

que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán 13 medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”.

1.2.3. Constitución Política de Colombia

Además de los valores y principios establecidos en los artículos iniciales de la Constitución Política (artículos 7º y 8º, sobre el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural y las riquezas culturales y naturales de la Nación colombiana) y de lo dispuesto en los artículos 79 y 80 en materia ambiental, se observa lo dispuesto en el parágrafo del artículo 330 ibídem sobre el equilibrio entre derechos e intereses, cuando existe explotación de los recursos en territorios indígenas, en el cual se advierte que debe realizarse sin el desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades étnicas, para lo cual se establece como obligación del Estado contar con la participación de sus representantes cuando se adopten decisiones entorno a dicha explotación.

1.2.4. Ley 99 de 1993 (SINA)

La Ley 99 de 1993 por la cual se crea el Sistema Nacional Ambiental (SINA) en su artículo 76 establece 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 de 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”.

1.2.5. Decreto 1320 de 1998 (Reglamenta la consulta previa)

La reglamentación de la consulta previa se realiza a través de la expedición del Decreto 1320 de 1998, en el cual se observan diferentes aspectos para la realización del procesos y de las reuniones con las 'comunidades étnicas'. Norma que a juicio de la Corte Constitucional, se ordenó **a las autoridades no aplicar algunos procedimientos consignados en el Decreto 1320 de 1998 a fin de no afectar el derecho de las comunidades étnicas y del Convenio 169 de 1989 de la OIT y porque es necesario una regulación legal a través de Ley Estatutaria.**

Así por ejemplo se define como objetivo de la consulta previa (artículo 1º) “analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio [...] y las medidas propuestas para proteger su integridad”. Adicionalmente, en el artículo 3º se establece la competencia al Ministerio del Interior para certificar la presencia de dichas comunidades.

Según el artículo 5º *ibídem*, los ‘estudios ambientales’ se realizarán con la participación de los representantes de las comunidades (p. ej. cabildos, gobernadores, caciques, Juntas Directivas de los Consejos Comunitarios, etc.). Además señala que el responsable de la obra o proyecto debe realizar invitación a los representantes de las comunidades, caso en el cual, si no exista ninguna respuesta (según los términos y verificación por parte del Ministerio del Interior) realizará los estudios sin su participación.

Los artículos 6º y 7º hacen mención sobre los lineamientos socioeconómicos y culturales que deben incluirse dentro de los términos de referencia que expida la autoridad ambiental para la elaboración de los ‘estudios ambientales’, así como su tratamiento cuando se trate de proyectos que cuenten o no con términos de referencia genéricos.

Allí se afirma que el responsable del proyecto, dentro de la solicitud de licencia ambiental o dentro del Plan de Manejo Ambiental (PMA), debe anexar la certificación de presencia de comunidades diferenciadas y delimitación del territorio colectivo, cuando se trate de actividades que afecten territorios de grupos étnicos.

En el artículo 10 *ibídem* se establecen los requisitos de los ‘estudios ambientales’ dentro de los cuales se incluyen: 1) el Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA) conformado por la caracterización de la cultura de las comunidades y 2) el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), dentro del cual se debe realizar a) la caracterización de la cultura; b) los posibles impactos sociales, económicos y culturales; y c) las medidas para prevenir, corregir, mitigar, controlar o compensar los impactos ambientales.

Conforme a lo establecido en el artículo 12 *ibídem* quien comprueba la participación o la no participación de las comunidades en la elaboración del EIA y quien cita y preside la reunión de consulta previa, es la autoridad ambiental competente. Esta reunión debe contar con la participación del Ministerio del Interior, el responsable del proyecto, obra o actividad y los representantes de las comunidades involucradas. En la reunión de consulta previa, el responsable del proyecto



expondrán respectivamente los estudios ambientales realizados haciendo énfasis en los impactos; y por otra parte, los representantes de las comunidades expondrán su posición frente a los mismos. Allí habrá un debate entre el acuerdo o desacuerdo de las partes frente a los impactos y frente a las medidas para manejarlos en el PMA. En caso de desacuerdo frente a este último corresponderá a la autoridad según la norma, otorgar o negar la respectiva licencia ambiental.

La realización y citación de la consulta previa estará a cargo de la autoridad ambiental competente, así como del otorgamiento o negación de la licencia, permiso, uso y aprovechamiento. Para el caso específico de los 'recursos renovables', además de las partes interesadas y de la participación del Ministerio de Ambiente, se debe invitar a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo.

1.2.6. Decreto 2820 de 2010 (Licenciamiento ambiental)

El Decreto 2820 de 2010 reglamenta el procedimiento de licenciamiento ambiental establecido en la Ley 99 de 1993 (artículos 49 y subsiguientes), principalmente a través del ámbito de competencias dispuesto para cada una de las autoridades ambientales.

El artículo 15 del Decreto 2820 de 2010 refiere a la participación de las comunidades que, de acuerdo con su finalidad, está compuesta por i) la obligación de informar a las comunidades sobre el alcance del proyecto principalmente de los impactos y las medidas de manejo propuestas; ii) la valoración e incorporación de los aportes recibidos de la participación dentro del EIA cuando se consideren pertinentes; y iii) el cumplimiento del proceso de consulta previa con los grupos étnicos i. e. conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 y "al Decreto 1320 de 1998 o al que lo sustituya o modifique" (sic), cuando sea necesario.

Teniendo en cuenta que para desarrollar el proceso de consulta previa con comunidades diferenciadas, es necesario para el responsable del proyecto, obra u actividad, presentar los estudios ambientales, se debe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 13 a 22 del Decreto 2820 de 2010 en los cuales se establecen los requisitos mínimos para la realización tanto del DAA como del EIA. Así por ejemplo, en artículos 19 y 21 por medio de los cuales se establecen los requisitos de los estudios ambientales, en sendos casos se remite al artículo 14 sobre los términos de referencia que son exigidos por la autoridad ambiental competente.

Como finalidad del DAA se establece la presentación de diferentes escenarios, alternativos u opciones, en los cuales se debe tener en el entorno geográfico, las características bióticas, abióticas y socioeconómicas, el análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad y las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas. Los requisitos mínimos son enunciados de la siguiente manera (ibídem): 1) objetivo, alcance y descripción del proyecto, obra o actividad; 2. descripción general de las alternativas de localización del proyecto, obra o actividad caracterizando ambientalmente el área de interés e identificando las áreas de manejo especial, así como también las características del entorno social y económico para cada alternativa presentada; 3) información sobre la compatibilidad del proyecto con los usos del suelo establecidos en el Plan de Ordenamiento Territorial (POT); 4) identificación y análisis comparativo de los potenciales riesgos y efectos sobre el ambiente; así como el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales requeridos para las diferentes alternativas estudiadas; 5) identificación de las comunidades y de los mecanismos utilizados para informarles sobre el proyecto, obra o actividad; 6) análisis costo-beneficio ambiental de las alternativas; y 7) selección y justificación de la mejor alternativa.

Por su parte, los EIA son definidos como el instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras u actividades que requieran licencia ambiental, y que señala como requisitos mínimos los siguientes (artículo 21 ibídem): 1) información del proyecto, relacionada con la localización, infraestructura, actividades e información pertinente; 2) caracterización del área de influencia del proyecto, para los medios abiótico, biótico y socioeconómico; 3) demanda de recursos naturales por parte del proyecto; información para la solicitud de permisos de aprovechamiento y vertimiento; 4) información relacionada con la evaluación de impactos ambientales y análisis de riesgos; 5) zonificación de manejo ambiental, definida para el proyecto, obra o actividad identificando áreas de exclusión, áreas de intervención con restricciones y áreas de intervención; 6) evaluación económica de los impactos positivos y negativos del proyecto; 7) PMA del proyecto, clasificado por programa de manejo, diferenciado sus costos de implementación; 8) programa de seguimiento y monitoreo, para cada uno de los medios abiótico, biótico y socioeconómico; 9) plan de contingencias para la construcción y operación del proyecto; 10) plan de desmantelamiento y abandono, 11) plan de inversión del 1%, en el cual se incluyen los elementos y costos considerados para estimar la inversión y la propuesta de proyectos de inversión, cuando la normatividad así lo requiera.

Respecto a la solicitud de la licencia ambiental, se menciona como relevante el numeral 8 del artículo 24, respecto a la certificación de la existencia o no de



territorios legalmente titulados a resguardos indígenas o títulos colectivos pertenecientes a comunidades afro en el área de influencia del proyecto.

2. Decreto 2613 de 2013 (Protocolo de coordinación interinstitucional para consulta previa - PCI)

La fundamentación del Decreto 2613 de 2013 que se presenta en la creación del protocolo de coordinación interinstitucional (PCI) para la consulta previa, según plantea la misma norma, proviene de la aplicación del inciso 2º del artículo 209 constitucional, por el cual establece la necesidad de coordinación entre las actuaciones de las autoridades administrativas para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, y de la facultad suprema en cabeza del Presidente de la República para dirigir, coordinar y controlar la actividad de los organismos y entidades administrativos de acuerdo a lo establecido en los artículos 189 de la Constitución Política y 56 de la Ley 486 de 1998.

Este mecanismo tiene como finalidad la coordinación de las entidades públicas con miras a la expedición de los certificados de presencia de comunidades étnicas y al desarrollo mismo de la consulta previa.

Por otro lado se busca concentrar dicha actividad administrativa a través del Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa, quien ejerce de manera primordial el desarrollo de la política pública referente a la consulta previa conforme lo señala el Decreto 2893 de 2011, es decir, con este Decreto se concentra en esta autoridad ésta política pública de consulta previa.

Uno de los principales ámbitos de aplicación que se reconoce para el PCI son los Proyectos de Interés Nacional y Estratégico (PINES) en materia de infraestructura, hidrocarburos, minería y energía (artículo 3 del Decreto 2613 de 2013). Esta disposición está directamente relacionada con la aplicación de la política del Documento CONPES 2613 de 2010 que regula en detalle la materia y en la cual se advierte la necesidad de sobreponer las dificultades de 'agilidad y viabilidad' que afecta la competitividad de los proyectos, en especial, el proceso de 'consulta previa' con los grupos étnicos.

En materia de certificación de presencia de 'comunidades étnicas', la función se concentra en la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, con apoyo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) en materia de territorios de resguardos indígenas y de títulos colectivos de comunidades negras; y de municipios y distritos respecto a la identificación rural o urbana del espacio físico junto a los planes de ordenamiento territorial (POT).

Específicamente se mencionan los plazos para la solicitud del certificado de presencia de comunidades étnicas por parte de las entidades públicas o del ejecutor de los planes, obras o actividades (POA), en cuatro casos: hidrocarburos, transmisión de energía, generación de energía e infraestructura.

En el artículo 9 se menciona como **facultativo** de la Dirección de Consulta Previa, la reunión de coordinación entre las diferentes entidades públicas, y organizaciones involucradas para la realización de la consulta previa. Para el caso de los PINES, bajo la coordinación del comité técnico del área correspondiente.

Pero adicionalmente se faculta a la Dirección de Consulta Previa (artículo 10) para i) realizar y dirigir el proceso de consulta previa, así como ii) garantizar la participación de los sujetos involucrados y buscar la suscripción de acuerdos del responsable del POA y las comunidades étnicas.

Para proyectos que requieran licencia ambiental mediante identificación de impactos y medidas de manejo, el artículo 11 ibídem establece la obligación de comparecencia de la autoridad ambiental en las reuniones del proceso de consulta previa.

Finalmente con la protocolización de la consulta previa, se dará paso a la etapa de seguimiento en la cual se verificará el cumplimiento de los compromisos a través del Comité de Seguimiento.

3. Directiva Presidencial 10 de 2013 (Guía para la realización de consulta previa)

Esta guía surge como respuesta a los lineamientos que debe seguir la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en su calidad de coordinador y principal responsable del proceso de consulta previa.

En esta Directiva Presidencial, se establecen cinco etapas:

- 1) *Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas*: en esta etapa corresponde a la Dirección de Consulta Previa certificar la presencia o no de comunidades étnicas de acuerdo a la información registrada y a la verificación de campo. Esta etapa está compuesta por siete pasos específicos: i) el estudio de la solicitud, recepción y análisis; ii) consulta en bases de datos; iii) verificación en campo; iv) verificación de posibles incidencias en áreas de influencia; v) determinación final de la necesidad de



realizar la consulta previa; vi) proyección y expedición de certificación; vii) resolución del recurso de reposición.

- 2) *Coordinación y preparación*: este paso tiene como finalidad la identificación de las entidades públicas competentes convocándolas para establecer su punto de vista sobre el caso en concreto.
- 3) *Preconsulta*: se trata del acercamiento y diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, a fin de establecer una ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del POA. Se compone de cinco pasos específicos: i) designación de equipo de trabajo; ii) convocatoria a reuniones; iii) presentación del derecho; iv) presentación del POA y gestión de información y v) determinación del objeto y construcción de la ruta metodológica aplicada a la consulta previa.
- 4) *Consulta previa*: la consulta previa tiene como objetivo establecer un diálogo entre el Estado, el ejecutor del POA y las comunidades étnicas para asegurar el cumplimiento de participación real, oportuna y efectiva en la toma de decisiones de los POA que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas. Esta se compone de cuatro pasos específicos: i) convocatoria a reuniones; ii) reuniones de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo para prevenir, corregir, mitigar y compensar; iii) reuniones para la consecución de acuerdos; iv) protocolización.
- 5) *Seguimiento de acuerdos*: la última fase busca asegurar el cumplimiento efectivo de lo protocolizado en la consulta previa según los plazos acordados con las comunidades étnicas. Consta de dos pasos específicos: i) requerimientos periódicos; y ii) cierre de consulta.

En la guía además se afirma que “el área de influencia de un proyecto será establecido por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales”. Y además incorpora como criterio condicional de interpretación el principio *pro homine* de la jurisprudencia constitucional y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, según el cual, en caso de que el proceso resulte altamente perjudicial bajo el entendido que la intervención conllevaría al aniquilamiento y desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas.

4. Análisis jurisprudencial sobre la consulta previa en Colombia

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, existen diferentes escalas de aplicación del precedente jurisprudencial para Colombia, en las cuales, acudiendo a la interpretación regional de la jurisprudencia interamericana, las sentencias de la CIDH deben ser tomadas como vinculantes para interpretaciones normativas, como quiera que la Corte Constitucional de Colombia (CCC) los ha incorporado como base de argumentación sobre dichos criterios jurisprudenciales en decisiones nacionales.

Conforme a lo anterior, observamos las sentencias más importantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): 1) la decisión en el caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001) mediante el cual se da reconocimiento de creación de medidas administrativas por parte de los gobiernos para dar pleno reconocimiento a derechos de los grupos étnicos, en este caso, al derecho de propiedad colectiva, de uso y goce de los 'recursos naturales' y del territorio indígena vulnerado por una concesión forestal; 2) los casos Yakye Axa vs. Paraguay (2005) y Yakye Axa vs. Paraguay (2005) en los cuales se advierte del deber del Estado para efectuar los procedimientos para el reconocimiento y delimitación de los territorios tradicionales que componen la propiedad colectiva y de los 'recursos naturales' del pueblo indígena afectado, que están ligados directamente con los derechos de subsistencia física y colectiva; 3) uno de los casos más representativos Saramaka vs. Surinam (2007) en el cual se identifican como vulnerados los derechos de la comunidad indígena a la propiedad colectiva, personalidad jurídica y garantías judiciales del pueblo indígena por falta de acciones jurídicas de garantizar los derechos, así como la falta de actuación frente a la construcción de obras de ingeniería y concesiones de aprovechamiento de los bienes forestales y mineros a terceros en sus territorios, pero más importante aún, la interpretación que establece frente al 'consentimiento libre, informado y previo' sobre el cual manifestó lo siguiente:

"cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones".

Aquí la conclusión que expone la Corte es que, cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión o cuando exista un gran impacto sobre los derechos de propiedad de los miembros del pueblo indígena, debe, además del proceso de consulta, **requerirse el consentimiento libre, previo e informado de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.** Esta decisión se reitera por ejemplo en el caso



Sarayaku vs Ecuador resuelto en el 2012 con obligación de indemnizar a las comunidades indígenas afectadas.

En relación a jurisprudencia en Colombia, la CCC ha generado una línea extensa a través de revisiones sobre fallos de tutela y fallos respecto a las demandas públicas de inconstitucionalidad, dentro de las cuales se refieren las más importantes. Una sentencia importante en esta materia es la SU-039 de 1997 que resolvió el caso U'wa vs Ministerio de Ambiente y Oxy, en el cual se reconoce el derecho a consulta previa como un derecho fundamental esencialmente colectivo, para garantizar la subsistencia e integridad de la 'comunidad indígena' como colectividad. La CCC afirma que:

“La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.

En esta misma sentencia se desarrolla la finalidad del principio de buena fe por parte de las autoridades públicas, lo cual comporta: i) el conocimiento pleno de la comunidad sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los 'recursos naturales' en los territorios así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; ii) la información a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; iii) la valoración consciente, libre y sin interferencias de las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, incluyendo la participación activa y efectiva en la toma de decisiones adoptadas por la autoridad sobre inquietudes y pretensiones en defensa de sus intereses.

También se mencionan aquellos casos en los cuales no puede efectuarse un acuerdo o concertación, caso en el cual la autoridad tendrá que decidir sin arbitrariedad y de autoritarismo; de manera objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena; y en todo caso, establecer 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.

En relación al Sentencia T-652 de 1998 (caso Embera-Katio vs. Presidencia de la República) en el cual se reiteran los argumentos de la sentencia SU-039 de 1997, mediante el cual se decide el caso Urrá, la CCC confirma la necesidad de adelantar una consulta no sólo en términos formales sino esencialmente en términos sustanciales. Allí, debido a consideraciones particulares del caso, por la ausencia de una consulta de fondo y por la falta de reconocimiento del territorio por superposición con áreas de un Parque Nacional Natural, se ordenó **a las autoridades no aplicar algunos procedimientos consignados en el Decreto 1320 de 1998 a fin de no afectar el derecho de las comunidades étnicas y del Convenio 169 de 1989 de la OIT.**

Para el caso de fumigaciones a cultivos de pueblos indígenas en la Amazonía, la CCC en Sentencia SU-383 de 2003 (caso OPIAC vs Presidencia de la República y otros) advierte como regla de interpretación que “las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizada para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación” sino que debe tratarse de una instancia y ocasión ‘propicia y no desperdiable’ para incorporar los intereses y derechos de los pueblos indígenas dentro de las políticas específicas (i. e. en este caso, la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos).

Otra decisión relevante de la CCC se adoptó mediante Sentencia T-769 de 2009 (caso Bachidubi vs. Ministerio del Interior y otros) en la cual se incluyó dentro de los criterios de análisis y *ratio decidendi* la jurisprudencia de la CIDH en el caso Saramaka vs. Surinam, respecto a la interpretación del ‘consentimiento libre, previo e informado’ de las comunidades indígenas, “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas [...] según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”. Y además se concluyó que pese a haberse iniciado los trámites administrativos con un acta de protocolización la consulta previa no se había realizado, “ya que las comunidades implicadas no habían tenido la posibilidad de pronunciarse de fondo ante la inminencia de la ejecución del proyecto”.



En años recientes, el caso Embera-Katio vs. Ministerio de Transporte y otros, resuelto por la CCC mediante Sentencia T-129 de 2011, ha establecido criterios importantes para la interpretación de la consulta previa. Al respecto la CCC, considera que el consentimiento libre, previo e informado depende de cada caso en particular, según el grado de afectación a la comunidad **el cual no es un poder de veto, sino de la observancia de la disertación en medio de diferencias** para lo cual se exige un proceso de consulta previa, pero también durante y después de la ejecución del proyecto. La CCC también precisa que no es posible homogenizar el tiempo para la realización de la consulta y la búsqueda del consentimiento, pues se desconocería las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas.

Al respecto, la CCC afirma que en aquellos proyectos que tengan serias repercusiones para desfigurar o desaparecer los modos de vida de los grupos étnicos, es indispensable tener en cuenta el proceso de consulta previa y el consentimiento, previo, libre informado a fin de determinar la alternativa menos lesiva, principalmente en aquellos eventos que: "(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros".

Sin embargo, la misma CCC precisa que la búsqueda del consentimiento no es exclusiva para los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala pues "toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas".

De manera subsidiaria, la CCC aclara que para los casos en los cuales, pese a determinar la situación menos lesiva que en todo caso tiene grandes afectaciones para las comunidades étnicas, se adopta el principio de interpretación *pro homine* vinculado a los valores y principios constitucionales de los artículos 1º y 2º a fin de "dar aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos" lo cual se traduce en la "imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución" buscando mayores garantías a los derechos colectivos de los grupos étnicos.

Finalmente la CCC: advierte de otras reglas que subyacen a la interpretación como precedente: i) es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo; ii) es obligatorio realizar un ejercicio conjunto de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a las disposiciones constitucionales más importantes; iii) es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa; iv) se debe asegurar que las comunidades van a percibir beneficios equitativos de los proyectos, y que se dará cumplimiento a las medidas de mitigación e indemnización por daños ocasionados; v) dentro del proceso de consulta y búsqueda del consentimiento, es obligatorio el acompañamiento a las comunidades étnicas por parte de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación.

Más adelante, en sentencia T-693 de 2011, la CCC refirió al caso de medidas de 'afectación directa' a las comunidades étnicas retomando un avance doctrinal de la Sentencia SU-383 de 2003, para delimitar el alcance de la consulta previa, que desde su punto de vista procede respecto de las decisiones administrativas y legislativas del Estado que afectan o comprometan intereses propios de dichas comunidades, como: "1) Las decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, lo cual incluye las licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros; 2) Los presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional; 3) Las decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades; y 4) Las medidas legislativas".

En la sentencia T-698 de 2011, la CCC además se pronuncia sobre el criterio de afectación directa a la luz de la sentencia anterior, afirmando que la obligatoriedad de la consulta se determina a partir de este criterio el cual hace referencia a un posible impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad indígena de las "medidas que resulten virtualmente nocivas o que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos" pero también, "cuando la medida respectiva interviene sobre territorios indígenas". Finalmente, todas estas pautas de interpretación han sido reiteradas en posteriores sentencias como la T-376 de 2012 y la T-172 de 2013.

5. Aplicación práctica de la normativa reglamentaria de coordinación interinstitucional para la consulta previa

A continuación se plantean las conclusiones y recomendaciones sobre problemas interpretativos y de aplicación práctica que han sido identificados y remitidos por los grupos de trabajo de la ANLA a través observaciones, comentarios e interrogantes frente a la normativa reglamentaria de coordinación interinstitucional para la consulta previa del Decreto 2613 de 2013 y de la Directiva Presidencial 10 de 2013.

1. En primer lugar la reglamentación está contenida dentro de las facultades que se confiere al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa según el numeral 11 artículo 189 de la Constitución Política de Colombia en concordancia del artículo 46 de la Ley 489 de 1998, para lo cual puede ejercer su potestad reglamentaria que en el caso en concreto se remite a la aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, especialmente los de 'eficacia', 'economía' y 'celeridad'. Es decir, se debe cumplir con las demás observaciones que a continuación se relacionan.
2. La finalidad de las normas analizadas, como se mencionó anteriormente, pretende implementar la coordinación de las entidades públicas con miras a la expedición de los certificados de presencia de comunidades étnicas y al desarrollo mismo de la consulta previa que se deriva de la aplicación del inciso 2º del artículo 209 de la Constitución Política. También direcciona a concentrar dicha coordinación a través del Ministerio del Interior, quien de acuerdo al Decreto 2893 de 2011 ejerce de manera primordial el desarrollo de la política pública referente a la consulta previa, en el caso del Protocolo de Coordinación Interinstitucional (PCI).
3. Sin embargo, en la aplicación de los principios constitucionales relativos a la función pública en la materia que se pretende regular, se exige una interpretación mediante ponderación con los demás principios y disposiciones de derechos fundamentales de las comunidades étnicas de acuerdo a la interpretación jurisprudencial anteriormente abordada y a la normatividad que se incorpora mediante 'bloque de constitucionalidad'.

En este sentido, se encuentran tres elementos que deben ser analizadas mediante los ejercicios de interpretación y ponderación a saber:

- a) La creación del Protocolo de Coordinación Interinstitucional (PCI) por aplicación de los principios que buscan la efectividad o consecución

- de las políticas, los mayores resultados de manera eficiente y en el menor tiempo posible;
- b) Las garantías de que son titulares las comunidades étnicas de acuerdo al proceso de consulta previa y a la exigencia del consentimiento libre, previo e informado incluyendo los últimos desarrollos jurisprudenciales sobre la materia;
 - c) La incidencia de estos dos elementos anteriores en las funciones de la ANLA y en el procedimiento del licenciamiento ambiental.
4. No obstante de proponer un análisis integrador sobre estos tres elementos, es necesario advertir que los dos primeros ítems corresponden específicamente a la regulación del proceso de consulta previa que en todo caso, es diferente al licenciamiento ambiental.

Esto último es importante al momento de analizar los cuestionamientos y observaciones iniciales que se hacen a la normatividad del Decreto 2613 de 2013 y de la Directiva Presidencial 10 de 2013, es decir, frente a su ámbito de aplicación. Si se observa la finalidad del Decreto 2613 de 2013, éste tiene por objeto la implementación del PCI para la consulta previa, definido en el artículo 1 como el “mecanismo de coordinación entre las entidades públicas, destinado a facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes y a compartir criterios e información actualizada que sirvan de soporte para la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas y para el desarrollo mismo de la Consulta Previa”.

Del mismo modo, si se observa detenidamente el artículo 3 ibídem, se enuncian los casos específicos en los cuales deberá aplicarse el PCI para la consulta previa:

“a. En los proyectos prioritarios, presentados y monitoreados por el gerente de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos (PINES), de acuerdo con lo establecido en el documento CONPES 3762, sobre lineamientos de política para el desarrollo de proyectos de interés nacional y estratégicos;

b. En proyectos concretos que enfrenten dificultades de gestión durante el desarrollo de la consulta previa, cuando lo solicite el Gerente de los PINE. En estos casos se convocarán las instancias requeridas y, si se considera conveniente, un comité de respuesta inmediata.

c. Cuando el Comité Técnico o el Gerente de los PINES consideren conveniente asignar a ciertas entidades tareas específicas sobre asuntos

que no son objeto de consulta, pero que favorecen la dinamización de la misma”.

Sin embargo, el PCI para la consulta previa no es exclusivo de estos casos, pues el mismo artículo 3 refiere a que **'entre otros'** más cuando el artículo 2 indica que funcionará de manera permanente y podrá activarse cada vez que se requiera (es decir, cuando sea necesario) de acuerdo con las normas establecidas en este mismo Decreto (es decir, deberán guiarse de igual manera por estas normas).

Por tanto, cuando la Dirección de Consulta Previa haya decidido aplicar el PCI en un proceso de consulta previa que no se encuentre de manera expresa en los casos enunciados por el artículo 3 ibídem, tendrá que guiarse por la normatividad de consulta previa, pero esencialmente la normatividad que es sustituida por el Decreto 2613 de 2013 y de la Directiva Presidencial 10, siguiendo el procedimiento general. **Y en este caso, la ANLA debe apoyar el proceso consultivo en lo que requiere esta misma reglamentación.**

5. Bajo estas condiciones, la interpretación adecuada conforme a la finalidad de la nueva normativa, es que para los casos en los cuales se aplique el PCI, se tendrán en cuenta en general las normas del Decreto 1320 de 1998, pero dando preferencia a las normas del Decreto 2613 de 2013 cuando exista contradicción en su interpretación. Por tanto, es difícil hablar específicamente de la figura de 'derogación', por cuanto no se está dejando sin vigencia el anterior Decreto (ni total ni parcialmente) al interior del ordenamiento jurídico, sino que se está condicionando la aplicación del mismo a una circunstancia concreta y para ciertos casos determinados. Es por esta razón que no se menciona la derogación expresa del Decreto 1320 de 1998, y también la razón por la cual se enuncian proyectos específicos como los establecidos en el artículo 3 anteriormente citados, y otros que requieren de la aplicación de los principios constitucionales de eficacia, economía y celeridad.
6. En relación a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2613 de 2013 podría haber una doble interpretación: una textual y otra sistémica. Sin embargo nos inclinamos por la segunda, como quiera que es necesario hacer la interpretación de las normas de acuerdo a su finalidad en conjunto de manera integral. En relación con una visión exclusivamente textual, se daría a entender que la norma no modifica ni sustituye lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto 2820 de 2010, pues una cosa es el proceso de consulta previa bajo el PCI y otro el procedimiento de licenciamiento ambiental en el cual se



continúa exigiendo tanto la certificación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior como el 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.

Si se analiza desde la perspectiva integral lo que busca el Decreto 2613 de 2013 en conjunto es hacer más eficientes los trámites sobre los casos que apliquen el PCI, por lo cual se sustituiría también la normatividad, y en consecuencia, dentro del procedimiento de licenciamiento la ANLA exigiría únicamente la certificación de presencia de comunidades étnicas expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, teniendo en cuenta que para estos casos el INCODER tiene como obligación suministrar la información de territorios legalmente titulados a resguardos indígenas o títulos colectivos de comunidades afro a la Dirección de Consulta Previa (artículo 7 ibídem, literal a) que afirma “el INCODER suministrará de manera expedita a la Dirección de Consulta Previa las bases de datos sobre resguardos indígenas y títulos colectivos de comunidades negras.

Entonces, en el trámite de licenciamiento ambiental, **no será necesaria una certificación adicional por parte del INCODER, regidos por el PCI.**

7. En relación al artículo 5 Decreto 2613 de 2013, si bien es cierto que dentro de los cuatro supuestos para solicitar el certificado de presencia de comunidades étnicas no hay inclusión del sector minero, se entiende que el Gobierno Nacional podrá definir la pertinencia para establecer momentos específicos y también en todos los demás sectores. En este sentido, aquellos sectores que no trate el artículo 5 del Decreto 2613 ni la Directiva Presidencial 10 de 2013, el Gobierno Nacional decidirá sobre los momentos específicos para solicitar el certificado de presencia de comunidades étnicas, para lo cual corresponde a la Dirección de Consulta Previa quien solicitar copia de la norma o acto administrativo expedido por el Gobierno en el cual conste la pertinencia del momento de solicitud de dicho certificado para cada uno de los sectores que no han sido regulados.
8. Del modo semejante, el artículo 5 aquí analizado, para aquellos casos de aplicación del PCI de consulta previa sustituirá el artículo 3º del Decreto 1320 de 1998 respecto a quien tiene la facultad para solicitar el certificado de presencia de comunidades étnicas, es decir, que no es sólo del ejecutor del POA sino también de las entidades públicas.

9. En relación a la determinación del área de influencia del POA, el Decreto 2613 de 2013 en su artículo 6º establece como requisito para la expedición de certificación de presencia de comunidades étnicas, que la Dirección de Consulta Previa “requerirá de la entidad responsable del POA o del ejecutor del proyecto, la descripción del proyecto y su área de influencia”; mientras que en la Directiva Presidencial 10 de 2013 se afirma que “el área de influencia de un proyecto será establecido por la ANLA”.

Sobre este último punto establecido en la Directiva Presidencial 10 de 2013, se debe resaltar que no está claramente reglamentada –pues sólo se remite a un pie de página– y la ANLA no puede hacer una interpretación extensiva de un procedimiento que es exclusivo de la reglamentación normativa. Adicionalmente, no puede exigírsele a la ANLA determinar el área de influencia sin contar con el EIA que es el instrumento adecuado para determinar los impactos ambientales generados por el proyecto. De lo contrario, se generaría responsabilidad jurídica y patrimonial a la autoridad ambiental por la determinación del área de influencia, que no puede ser determinada exclusivamente a partir de las coordenadas del área del proyecto o de una descripción general del mismo. Por tanto no se puede dar aplicación a lo descrito en la Directiva Presidencial 10 de 2013 en lo relacionado con la determinación del área de influencia, y por lo tanto, corresponderá a lo establecido en el artículo 6º del el Decreto 2613 de 2013.

10. Por otra parte el Decreto 2613 de 2013 en sus artículos 9, 10 y 11, sustituye en los casos de aplicación del PCI para la consulta previa, las disposiciones del Decreto 1320 de 1998 en sus artículos 12 y 13, respecto a la preparación y coordinación entre entidades públicas y organizaciones involucradas de las reuniones de preconsulta y a la dirección y realización de las reuniones del proceso de consulta que estarán a cargo de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior (en la etapa de preconsulta cuando se trata de un proyecto PINE, la coordinación la dirigirá el gerente del comité técnico del sector correspondiente). En todos los demás procedimientos se aplicará la Directiva Presidencial 10 de 2013, conforme a las etapas que han sido señaladas para los casos en que se aplique el CPI, pues la misma Directiva afirma que la ‘guía’ establecida allí “debe utilizarse como herramienta de coordinación interinstitucional, para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno [...]”.



Aunque la Directiva Presidencial 10 de 2013 se encuentra en un nivel inferior de jerarquía, se debe aclarar que su expedición corresponde precisamente a la situación planteada por el Decreto 2613 de 2013, pues ante la aplicación del PCI para la consulta previa, no se pueden aplicar las disposiciones citadas anteriormente de los artículos 12 y 13 del Decreto 1320 de 1998, y en este sentido su función no es modificar dichas disposiciones sino precisamente complementar los procedimientos que no fueron reglamentados específicamente Decreto 2613 de 2013.

11. Por otra parte, en lo relacionado con el proceso de consulta previa, se advierte que la ANLA, puede ser convocada desde las etapas de preconsulta (coordinación y preparación, así como, preconsulta propiamente dicha) y de manera específica como lo afirma el artículo 11 del Decreto 2613 de 2013 “en aquellas reuniones del proceso de consulta previa en que se prevea la identificación de impactos y medidas de manejo de aquellos proyectos para los que se deba expedir licencia ambiental”. Como quiera que en este caso la dirección está a cargo principalmente de la Dirección de Consulta Previa (con la excepción mencionada preconsulta para los proyectos PINE), la ANLA desempeñará funciones **de acompañamiento desde los procesos de preacuerdos.**

12. A partir de este criterio interpretativo, no puede concluirse que la ANLA actúe como juez y parte, puesto que se trata de un proceso de acompañamiento y no de dirección de la consulta previa, pues el poder de decisión de la ANLA se circunscribe al ámbito de aprobación o negación de la licencia ambiental en su nivel directivo, como así lo refiere el artículo 10 del Decreto 3573 de 2011, según funciones del despacho del Director General. Para clarificar más este punto, se puede decir, que los funcionarios de la ANLA llamados a realizar el respectivo acompañamiento, no son quienes tienen el nivel decisorio, ni en la etapa de dirección de la consulta previa ni en el proceso de resultado de aprobación o negación de la licencia ambiental.

Si se lo ve desde el punto de vista de la jurisprudencia abordada, se trata más bien de un elemento esencial que ha sido consagrado dentro de las subreglas constitucionales que han sido desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia (CCC) en Sentencia T-129 de 2011, cuando afirma que es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo, y que es obligatorio el control de las autoridades en materia

ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa.

Y es precisamente bajo este análisis en el cual se da relevancia al papel de la ANLA, en la medida que a la luz del artículo 11 del Decreto 2613 de 2013 se exige su presencia en las reuniones del proceso de consulta previa cuando se prevea la identificación de impactos y medidas de manejo y proyectos sujetos a licencia ambiental; lo cual comenzarían incluso antes en la etapa de preconsulta. Debido a que este artículo 11 ídem no es claro sobre el tipo de impactos y medidas de manejo, debe entenderse que la ANLA actuará conforme a su competencia general, es decir, en el ámbito de los impactos sociales y ecosistémicos.

13. Respecto a la participación de la ANLA en la 'fase' de preconsulta, debe diferenciarse de acuerdo con lo establecido en la Directiva Presidencial 10 de 2013, pues se ha clasificado diferentes etapas, por ejemplo: en la Etapa 2 de coordinación y preparación cuando la Dirección de Consulta Previa convoque a reunión de coordinación y requiera su participación, la ANLA tendrá que manifestarse respecto a la situación expresando su punto de vista sobre el proceso de consulta y sobre los demás aspectos relacionados con el instrumento de control ambiental. Como se advierte en el artículo 9 del Decreto 2613 de 2013, el objetivo de esta fase es generar un plan de trabajo y optimizar los recursos para la realización de la consulta. Respecto a la Directiva Presidencial citada, se pueden evidenciar los temas básicos a partir de los cuales la ANLA tendrían que manifestarse: i) estrategias para facilitar el proceso de consulta previa y ii) la forma como debe aplicarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el caso en concreto, para lo cual debe hacerse relación a los posibles impactos sociales, culturales y ambientales. En relación a su punto de vista, la ANLA sólo se referirá a los impactos ambientales (es decir, a los impactos sociales y ecosistémicos), para lo cual es necesario exigir que se redacte de tal modo en el acta de la reunión de coordinación.

14. Por otra parte, cuando se aplique el PCI, la ANLA está llamada a participar en la fase de "consulta previa en que se prevea la identificación de impactos y medidas de manejo de aquellos proyectos para los que se deba expedir licencia ambiental" conforme lo establece el artículo 11 del Decreto 2613 de 2013, para lo cual se aclara: i) el papel de la autoridad será exclusivo de



acompañamiento más no de dirección y coordinación, pues esto último corresponde a la Dirección de Consultas Previas del Ministerio del interior; y ii) se tratará de un análisis exclusivo respecto a la identificación y medidas de manejo de impactos ambientales, es decir, de impactos sociales y biofísicos.

15. Respecto al acta de protocolización de la consulta, la Directiva Presidencial 10 de 2013, establece de manera expresa que será la Dirección de Consulta Previa “la responsable de protocolizar los acuerdos”, para lo cual ella misma tendrá que convocar a las comunidades étnicas, los ejecutores del proyecto, las entidades públicas (incluyendo a la ANLA, cuando así se requiera), la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.

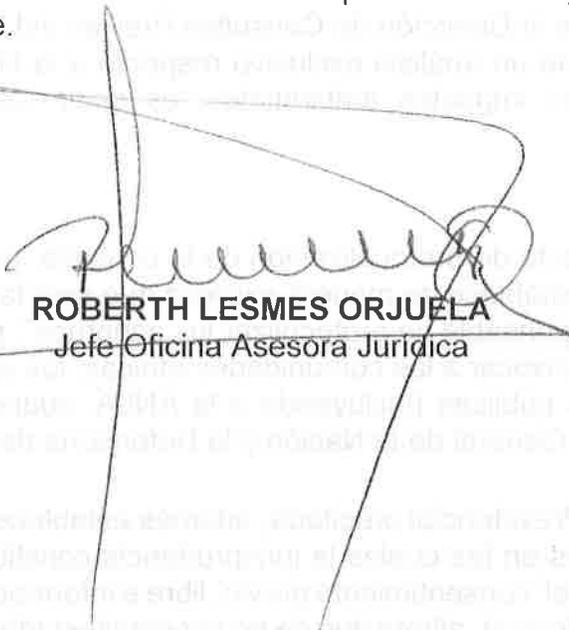
La Directiva Presidencial precitada, además establece el procedimiento para las situaciones en las cuales la jurisprudencia constitucional ha establecido la exigencia del ‘consentimiento previo, libre e informado’ de las comunidades étnicas, para lo cual, afirma que de no ser manifestado por los representantes de dichas comunidades, no se protocolizará ningún documento y se dejará constancia en el ‘acta de consulta previa’.

Observando los procedimientos establecidos por la Directiva Presidencial 10 de 2013 para la protocolización de los acuerdos y del acta de consulta previa, y teniendo en cuenta el papel de la ANLA descrito anteriormente –de acompañamiento y no de dirección, y de análisis sobre identificación y medidas de manejo de impactos ambientales–, debe quedar expresamente en estos documentos, que el papel de la ANLA corresponde a su ámbito de competencias que es el mismo que exige el instrumento de control ambiental, es decir, únicamente respecto la identificación y medidas de manejo de impactos sociales y ecosistémicos (como se precisó anteriormente, en el entendido que el artículo 11 del Decreto 2613 de 2013 hace mención al tema de impactos y medidas de manejo *in genere*).

Finalmente se aclara que los demás aspectos estarán direccionados por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. En estos se incluyen las medidas de seguimiento del artículo 11, que para efectos de la composición del Comité de Seguimiento, podrá estar integrado por las entidades que considere la Dirección de Consulta, y que en todo caso, serán

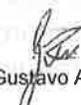
referidas expresamente en las actas de protocolización y de consulta previa respectivamente.

Cordialmente,



ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Gustavo A. Ortega



Handwritten notes: "Redacción Roberth", "19-24", "= luego leer", "4 feb"