

Bogotá, D. C.,

10 9 OCT 2014

MEMORANDO

PARA: FERNANDO IREGUI MEJIA
Director General ANLA

EDILBERTO PEÑARANDA CORREA
Asesor encargado de las funciones de Subdirector de Instrumentos,
Permisos y Trámites Ambientales

MARTHA ELENA CAMACHO
Asesora encargada de la Subdirección de Evaluación y Seguimiento

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

**Asunto: Solicitud de aclaración de criterios socioeconómicos en materia de
consulta previa de acuerdo con el PCI**

En atención a la solicitud de aclaración sobre los apoyos jurídicos realizados por la Oficina Asesora Jurídica (OAJ) de la ANLA, relacionados al Manual de Criterios Socioeconómicos, se contesta el segundo punto relativo la participación de la autoridad ambiental en el proceso de consulta previa de acuerdo con el Protocolo de Coordinación Interinstitucional (PCI) establecido por el Decreto 2613 de 2013 y la Directiva Presidencial 10 de 2013, de la siguiente manera:

1. Remisión al Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014 de la OAJ

De acuerdo con las preguntas planteadas en materia de participación de la ANLA en el proceso de consulta previa dentro del PCI, es necesario tener en cuenta los puntos específicos que fueron desarrollados por la Oficina Asesora Jurídica (OAJ) dentro del Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014. Sin embargo, dado que en la solicitud de apoyo jurídico se mencionan diferentes puntos específicos con interrogantes extensos, se responderá a cada uno de ellos de manera particular a fin de esclarecer el alcance del Manual de Criterios Socioeconómicos.

2. Puntos específicos referidos al PCI de consulta previa

A continuación se abordarán cada uno de los puntos específicos referentes a la aclaración del Manual de Criterios Socioeconómicos expuestos en la solicitud de apoyo jurídico, teniendo en cuenta como se dijo antes, la remisión al Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014.

2.1 ¿Cuál es el alcance de la participación de la ANLA en el proceso de consulta y los talleres de impactos y medidas de manejo que se realizan en el proceso de consulta previa, teniendo en cuenta que en esta etapa el Estudio de Impacto Ambiental está en proceso de elaboración, y por lo tanto no ha sido radicado ante esta Autoridad?

El alcance de la participación de la ANLA en el proceso de consulta previa y en los talleres de impactos y medidas de manejo, será conforme a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 2613 de 2013, es decir, únicamente frente a la identificación de impactos y medidas de manejo ambiental en proyectos en que se deba expedir la licencia ambiental. Según la Directiva Presidencial 10 de 2013, la identificación que se realiza en la fase 2 de la etapa 4 de consulta previa respecto al desarrollo de las reuniones para el análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, la cual estará dirigida y coordinada por la Dirección de Consulta Previa con participación de las 'comunidades étnicas', el 'ejecutor del proyecto', la 'Procuraduría General de la Nación' y la 'Defensoría del Pueblo'. Allí también tendrá que valorarse "plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de prevenir, mitigar, corregir, recuperar o compensar la afectación ambiental que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto" que, en todo caso, la protección ambiental por estar consagrada en normas de orden público cuyo contenido deóntico no podrá ser transado o renunciado en su aplicación por las autoridades, por los particulares o por las comunidades.

Los impactos ambientales identificados deberán ser incorporados en el estudio de impacto ambiental que el titular del proyecto deberá presentar a la Autoridad Ambiental para su correspondiente evaluación dentro del respectivo proceso administrativo de licenciamiento.

La consulta previa, como derecho fundamental procesal de carácter colectivo según lo ha dicho la Corte Constitucional Colombiana (CCC), frente a los impactos ambientales que ésta autoridad valora, son todos y únicamente aquellos que afecte a las comunidades étnicas en virtud del uso, goce y disposición que para ellos representa y proporciona los recursos naturales renovables. En la medida en que se restrinja el uso, goce o disposición de los recursos ambientales a favor de las comunidades étnicas, éstos impactos deben ser mitigados, prevenidos, recuperados o compensados, no desde el

punto de vista económico como valor comercial porque el ambiente es incuantificable, sino del cómo se previene, mitiga, recupera o compensa esa afectación ambiental por otra de la misma naturaleza para garantizar a las comunidades la sostenibilidad económica, cultural, social o ambiental que por la ejecución del proyecto se afecta.

En la medida que una comunidad étnica dentro del proceso de consulta previa demuestre la afectación a estos principales valores de protección, especialmente en lo ambiental, la consulta se desarrolla a cargo de la entidad encargada de dirigirla entre la comunidad y el titular del proyecto, obra o actividad; y de no ser posible ésta, deberá analizarse y ponderarse por las entidades los principios y valores en conflicto.

Esta 'valoración' se realizará a través de la aplicación del juicio de proporcionalidad o razonabilidad según los criterios de interpretación que han sido implementados por la Corte Constitucional de Colombia (CCC), tanto en la Sentencia T-269 de 2002 (caso Santos vs Inpec), referida a la acción constitucional de derechos fundamentales que pueden quedar restringidos por "el ejercicio de otros derechos fundamentales o la garantía de otros fines constitucionales", y también del denominado 'test integrado de proporcionalidad' de las Sentencias C-372, C-543 y 598 de 2011 relativas al análisis, para determinar si la medida normativa corresponde al ámbito de la libre configuración del legislador, o si de manera contraria, "desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad que impliquen un sacrificio injustificado" de otros derechos¹.

De acuerdo con la dogmática jurídica, el juicio de proporcionalidad es una técnica de interpretación jurídica frente a dilemas o problemas jurídicos en los cuales existe colisión entre posiciones, ante lo cual se requiere efectuar una relación entre los medios y los fines perseguidos por el Estado, como razón suficiente de la decisión por la cual se da mayor importancia a la aplicación de uno o más principios constitucionales². Aquí es preciso señalar que el grado de cumplimiento de los principios es dependiente de dos tipos de condicionantes: 1) las posibilidades jurídicas, remitidas al análisis de ponderación *stricto sensu* de 'optimización relativa' mediante la argumentación de la 'ley de la ponderación', según la cual *"cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro"*; y 2) las posibilidades fácticas, referidas al análisis de idoneidad y necesidad de una medida pensando en los costos para otros principios o derechos³.

¹ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2002. 2011. Sentencia T-269 de 2002 [Caso acción de tutela Santos vs Inpec. Sentencia C-372 de 2011 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 48 de la Ley 1395 de 2010 sobre medidas de descongestión judicial]. Sentencia C-543 de 2011 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 (parcial) de la ley 1395 de 2010 sobre medidas de descongestión judicial]. Sentencia C-598 de 2011 [Demanda de inconstitucionalidad contra los parágrafos 2 y 3 del artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 sobre medidas de descongestión judicial]. Bogotá D.C.: CCC.

² Perelman, C. y Obrechts-Tyteca, L. 1958. *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique* [versión español (1988), *Tratado de argumentación*]. Madrid: Civitas.

³ Alexy, R. 1986. *Theorie der grundrechte* [versión español (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 161. En cuanto a las posibilidades jurídicas de ponderación, en cuanto "si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual" (p. 395). Alexy, R. 2008. La fórmula del peso. En: Carbonell, M. (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 13-42. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Desde el punto de vista jurisprudencial, en las sentencias anteriormente citadas las posibilidades de valoración se refieren a cuatro aspectos esenciales que deben ser abordados dentro del respectivo análisis: i) si la medida es adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente válido; ii) si la medida corresponde a una finalidad constitucional legítima y relevante, iii) si existe necesidad de la medida, en el sentido de establecer si se puede acudir a otras medidas que afecten en menor grado los derechos que serán sacrificados o restringidos para conseguir el mismo fin; y iv) si hay una proporcionalidad en estricto sentido respecto a los costos asumidos en relación “al eventual sacrificio de otros valores y principios constitucionales”⁴.

Ahora, es necesario recordar que el juicio de proporcionalidad o razonabilidad debe estar articulado a la finalidad misma de la ‘consulta previa’, esto es, como instancia procesal y no sustancial,⁵ encaminada a asegurar la protección de los valores, principios, derechos e intereses de las comunidades étnicas. Por tanto, ante la falta de un acuerdo en la consulta previa con la comunidad y retomando lo establecido en el paso 3 de la etapa 4 de la Directiva Presidencial 10 de 2013, en el sentido de si no es necesaria “la obtención del consentimiento previo, libre e informado” (el cual debe ser argumentado y sustentado debidamente por las comunidades étnicas de acuerdo al grado de afectación y subsistencia colectiva) conforme a lo “dispuesto por la jurisprudencia constitucional [...] las entidades competentes deberán valorar plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto”, que además como ya lo ha sostenido la CCC en la Sentencia SU-039 de 1997 (Caso U’wa vs Ministerio de Ambiente y Oxy). Cuando no pueda llegarse a acuerdo o concertación, la autoridad tendrá que decidir sin arbitrariedad ni 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 étnica; 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 miembros⁶.

Conforme a lo anterior, tendrá que advertirse un orden de análisis para establecer esta proporcionalidad teniendo en cuenta: 1) la identificación de los valores, principios, derechos e intereses *legítimos* de las comunidades que son objeto de protección jurídica y que puedan verse involucrados en la decisión (p. ej., la identificación de lugares de pagamento o sitios sagrados, cosmogonía, etc.); 2) la determinación sobre el grado de *importancia* de estos bienes jurídicos (p. ej., unos sitios sagrados que son más importantes que otros o dependiendo del grado de afectación o situación actual de dichos

⁴ CCC, 2002, 2011 op. cit. *Sentencias T-269 de 2002, C-372, C-543 y 598 de 2011.*

⁵ Debe tenerse en cuenta que las diferencias sustanciales, al grado de afectación y responsabilidad el medio procesal adecuado es las respectivas acciones de control de legalidad de las actuaciones de la Administración. Art. 137, 138 y 140 del CPACA

⁶ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1997. *Sentencia SU-039 de 1997 [Caso U’wa vs Ministerio de Ambiente y Oxy]*. Bogotá D. C.: CCC.

territorios según su afectación por otro tipo de actividades de producción o extracción, etc.); 3) la necesidad, relevancia e *imperiosidad* para adoptar la decisión que pueda afectarlos (p. ej., en muchos casos se recurre a las disposiciones constitucionales referidas al desarrollo económico, la libertad de empresa e iniciativa privada o la necesidad de desarrollar infraestructura por primacía del interés general sobre el particular, etc.); y 4) la definición de los procedimientos y mecanismos de protección encaminados al control y manejo de dicha afectación (evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar) (p. ej., medidas en las que se prefiera un trazado frente a otro el cual va a prevenir afectaciones a sitios sagrados, entre otros).

Ahora bien, desarrollando el juicio de proporcionalidad o razonabilidad en virtud de la interpretación de la jurisprudencia de la CCC, se propone la realización de un ejercicio a fin de clarificarse dicho aspecto en materia de consulta previa. En este caso tomaremos como ejemplo un proyecto de infraestructura que pueda afectar sitios sagrados dentro de un determinado territorio étnico. De acuerdo con los requisitos exigidos jurisprudencialmente en el juicio de proporcionalidad o razonabilidad: en cuanto a 1) las posibilidades jurídicas deben analizarse los requisitos enunciados anteriormente:

- i) Que la medida es adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente válido, lo cual se responde afirmativamente al encontrar disposiciones constitucionales que establecen principios y mandatos superiores como el desarrollo económico (artículos 189 numeral 12, 200, 298, 300, 305, 306, 313, 318, 339 a 344), la primacía del interés general sobre el particular (artículo 1°), la construcción de obras públicas, de infraestructura física y transporte relacionadas con distintas políticas económicas y sociales (artículo 65, 318), la actividad económica, la iniciativa privada, la libertad de empresa (artículo 333), y por otra parte, principios y disposiciones constitucionales reconocidos en materia de derechos de los grupos étnicos conforme a las obligaciones a por parte del Estado para reconocer y proteger “la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (artículo 7°), “proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación” (artículo 8), el reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos frente a sus territorios en los cuales se incluye la participación efectiva que deben tener las comunidades étnicas cuando se trate de la explotación de sus recursos naturales (artículos 286, 329 y 330), y finalmente el derecho de consulta previa reconocido jurisprudencialmente como fundamental a partir del parágrafo del artículo 330 junto a la integración mediante bloque de constitucionalidad del Convenio 169 de 1989 de la OIT (Sentencias SU-039 de 1997, SU-383 de 2003, C-401 de 2005, T-382 de 2006, C-175 de 2009 y T-129 de 2011 de la CCC)⁷;

⁷ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1997. 2003. 2005. 2006. 2009. 2001. Op. cit *Sentencia SU-039 de 1997. Sentencia SU-383 de 2003 [caso OPIAC vs Presidencia de la República et al.]. Sentencia C-401 de 2005 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo]. Sentencia T-382 de 2006 [caso CRIMA vs Congreso de la República et al.], C-175 de 2009 [Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, Estatuto de Desarrollo Rural] y T-129 de 2011 [caso Embera-Katio vs Ministerio de Transporte, Ministerio de Ambiente et. al]. Bogotá D. C.: CCC.*

- ii) Que la medida corresponde a una finalidad constitucional *legítima* y relevante, como se observó en las disposiciones constitucionales, se trata de una medida necesaria para el desarrollo económico y social del país por lo que se considera relevante tratándose aún más del tema de vías de carácter nacional o del primer orden, por tanto es legítima a la luz de la Carta Política; y
- iii) Que existe necesidad de la medida, en el sentido de establecer si se puede acudir a otras medidas que afecten en menor grado los derechos que serán sacrificados o restringidos para conseguir el mismo fin, para lo cual se puede observar en el caso concreto, que se han tomado medidas y se ha optado por un determinado trazado para afectar en la menor medida las áreas de sitios sagrados, por lo cual, no es posible acudir a otro mecanismo mediante el cual se afecten todavía menos los valores, principios, derechos e intereses de las comunidades étnicas especialmente bajo las condiciones de falta de acuerdos en la fase de consulta previa, que obliga a la autoridad competente a tomar una decisión⁸.

Respecto a 2) las posibilidades fácticas que deben ser tenidas en cuenta para la decisión de la autoridad, se refiere al requisito:

- iv) De si hay una proporcionalidad en estricto sentido respecto a los costos asumidos en relación "al eventual sacrificio de otros valores y principios constitucionales", lo cual implica realizar el ejercicio de ponderación bajo las dos posiciones jurídicas que se contraponen:

Posición referida al primer conjunto de principios (P ₁)	Posición referida al segundo conjunto de principios (P ₂)
Desarrollo del proyecto de infraestructura conforme a los valores, principios y disposiciones constitucionales relacionados con el 'desarrollo económico y social', la necesidad en la construcción de obras públicas, de infraestructura física del transporte, la primacía del interés general sobre el particular	La defensa estricta de los valores y principios constitucionales relativas a las obligaciones del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, derechos de los grupos étnicos, proteger las riquezas culturales y naturales, de los derechos de los grupos étnicos especialmente los relacionados con sus territorios así como las garantías de participación cuando se trate de la explotación de sus recursos naturales incluyendo la aplicación de la consulta previa

⁸ Alexy, R. 1986, op. cit. Uprimny, R. 1998. La uni-versalidad de los derechos humanos: Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica. *Pensamiento Jurídico*. 9. Bogotá: Universidad Nacional. Prieto-Sachis, L. 2008. El juicio de ponderación constitucional. En: Carbonell, M. (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 85-123. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Teoría jurídica referente por medio de la cual se explica la 'preferencia condicionada' *prima facie* sobre los principios en los casos específicos.

Pero tomando la decisión que en estricta ponderación debe estar regida por un grado de precedencia (P) respondiendo a una finalidad dentro de una condición (C) sobre la necesidad del proyecto para asegurar el 'desarrollo económico y social', máxime cuando se trata de sitios sagrados que no son tan importantes en relación con otros de mayor importancias dentro de la perspectiva cultural y la cosmogonía de las comunidades, pero adicionalmente, porque las áreas han sido afectadas por otro tipo de actividades productivas o extractivas de población no indígena o étnica, y que por lo tanto, refieren a un grado de afectación comparativamente menor.

Por consiguiente se establecerá una 'preferencia condicionada' *prima facie* de precedencia (P) de la posición P₁ sobre la posición P₂:

(1) (P₁ P P₂) C

Esto con la intención de garantizar una finalidad que responde con unos intereses de carácter general mediante el desarrollo del proyecto de infraestructura, para lo cual debe seguirse la regla de consecuencia jurídica (R):

(2) C → R

En ese caso, bajo la condición enunciada de la finalidad constitucionalmente válida, legítima y relevante:

(3) P₁ (R)⁹

Ahora, frente al punto de la pregunta referido a la necesidad de una identificación de impactos ambientales y formulación de medidas de manejo, como se aclarará más adelante, corresponderá a un ejercicio de carácter general y complementario por parte de la autoridad ambiental, que en todo caso responde a la participación de los diferentes actores mencionados bajo la dirección y coordinación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y que como se verá en el siguiente punto, se realizará sin perjuicio de que se avance simultáneamente en la obtención de los requisitos de la licencia ambiental. Por tanto, no podrá condicionarse dicha actuación de la ANLA a la presentación del estudio de impacto ambiental, pues la activación del PCI responde precisamente al desarrollo de diferentes principios que han sido incorporados para ejercer la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional, 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'.

⁹ Ibídem Alexy, R. 1986, op. cit.

2.2 ¿La ANLA debe participar en la etapa de protocolización de acuerdos de consulta previa? En caso positivo, ¿cuál sería el alcance de los pronunciamientos de la ANLA (como sugerencias y aclaraciones, o como la posición de la ANLA respecto a los impactos y medidas de manejo)? Esto, considerando que aún no se está en la etapa de evaluación del proyecto

En el Decreto 2613 de 2013 se menciona únicamente la 'protocolización' respecto a la verificación por parte del comité de seguimiento de los acuerdos de la consulta previa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12, para lo cual deberá reunirse periódicamente con la comunidad étnica. A su vez, en la Directiva Presidencial 10 de 2013 se remite a la 'protocolización' como el último paso dentro de la etapa 4 de consulta previa. Según lo establecido para el PCI y como se mencionó en el Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014 de la OAJ, en todo el procedimiento incluyendo la 'protocolización', estará direccionado y coordinado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y a la ANLA corresponderá una función exclusiva de acompañamiento.

Ahora bien, en esta Directiva Presidencial 10 de 2013 se afirma que "la DCP es la responsable de protocolizar los acuerdos", pero además es ella misma quien "convocará a las comunidades étnicas, el ejecutor del proyecto, las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para protocolizar los acuerdos, según los plazos y fechas acordados en la etapa de preconsulta al construir la ruta metodológica de la consulta previa". Nótese que en la disposición citada se exige a la Dirección de Consulta Previa (DCP) del Ministerio del Interior convocar a 'las entidades públicas' de manera general, teniendo en cuenta que si fuera el caso de requerir 'licencia ambiental' tendrá que convocar a la ANLA como autoridad ambiental dentro del conjunto de entidades públicas que deben concurrir a este llamado. Es decir, que en este caso se entiende que la autoridad ambiental debe participar dentro de la 'protocolización' cuando sea convocada por la Dirección de Consulta Previa entendiendo que es imprescindible su participación cuando se trata de un proyecto, obra o actividad que requiera licencia ambiental, pero teniendo presente que se tratará de un acompañamiento.

Ahora bien, la participación de la ANLA en la etapa de 'consulta', se realizará conforme a lo dispuesto en artículo 11 del Decreto 2613 de 2013 "la autoridad ambiental competente deberá participar 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". Aquí es claro debe responderse de manera directa y contundente que la autoridad ambiental debe dar curso a lo dispuesto por la normatividad del PCI, pues se concede la competencia a considerar que es la autoridad quien puede identificar técnicamente los impactos ambientales. De acuerdo con lo analizado en el Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014 de la OAJ, al

hablarse *in genere* el tipo de impactos y medidas de manejo, se entenderá que la ANLA actuará conforme a su competencia general, es decir, en el ámbito exclusivo de los impactos ambientales. Esta identificación se realiza en la fase 2 de la etapa 4 de consulta previa respecto al desarrollo de las reuniones para el análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, que será igualmente dirigida y coordinada por la Dirección de Consulta Previa con participación de las 'comunidades étnicas', el 'ejecutor del proyecto', la 'Procuraduría General de la Nación' y la 'Defensoría del Pueblo' siendo una competencia de carácter general y complementario para los impactos ambientales que se hayan tenido en cuenta o que no han sido identificados.

Posteriormente se desarrollarán las reuniones para la formulación de acuerdos de acuerdo con las pautas de la Directiva Presidencial 10 de 2013, buscando un acuerdo o si no es posible, las entidades competentes tendrán que "valorar plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto". En este sentido, el alcance de los pronunciamientos de la ANLA en la etapa de protocolización estará definida por los acuerdos efectuados o por la 'valoración en conjunto' por parte de las entidades competentes, pero siempre bajo la dirección y coordinación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior dentro del marco de la consulta previa. Es por esta razón que en la Directiva Presidencial 10 de 2013 se establece que "en caso que el proyecto requiera licencia ambiental, una vez se protocolicen los acuerdos la DCP informará a la autoridad ambiental competente. Esto debe realizarse, sin perjuicio de que se haya avanzado simultáneamente en la obtención de los requisitos de la licencia ambiental y la consulta a las comunidades, en la medida de lo posible".

2.3 En el acto administrativo que otorga la licencia ambiental, ¿cómo deben, quedar consignados los acuerdos establecidos en el acta de protocolización? bajo el entendido de que no para todos los casos, estos acuerdos son de carácter ambiental, y en esa medida, ¿cuál es el procedimiento a seguir por parte de la ANLA para efectuar el seguimiento a dichos acuerdos? ¿La ANLA ha contemplado espacios de coordinación interinstitucional para definir estos aspectos?

Claramente como se ha reiterado en más de una ocasión, lo que concierne a la ANLA dentro de su ámbito de competencia para otorgar o negar la licencia ambiental, está referida a los impactos y medidas de manejo de carácter ambiental, y es sobre estos que debe remitirse el acto administrativo. Respecto al seguimiento, claramente está referido en el artículo 12 del Decreto 2613 de 2013, a través del comité de seguimiento a los acuerdos que han sido protocolizados, y que como allí se refiere, estará integrado entre otros, por la Dirección de Consulta Previa, el ejecutor del proyecto, los organismos de

control, autoridades ambientales y los representantes de las comunidades, e inclusive, el Decreto 2893 de 2011 en el artículo 16 se establece la obligación de seguimiento a cargo de la Dirección de Consulta Previa. Allí mismo se establece que para lograr este propósito “el comité tendrá a su cargo la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en la consulta” para lo cual “deberá reunirse periódicamente con la comunidad étnica consultada”. Es decir, que la respuesta es afirmativa, en el sentido de ser indispensable una coordinación interinstitucional, aunque claramente no debe ser contemplada por la ANLA, sino a través de la Dirección y coordinación que ejerce la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, pues según la Directiva Presidencial 10 de 2013, “la DCP liderará la conformación del Comité de Seguimiento y definirá sus miembros”, convocando a las partes a las reuniones de seguimiento, entre ellas, las autoridades ambientales, conforme a lo pactado en la consulta previa.

Lo anterior está también definido por la competencia asignada a la DCP del Ministerio del Interior dentro del numeral 8° del artículo 16 del Decreto 2893 de 2011, en la cual se confiere la facultad de “hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en desarrollo de los procesos de consulta previa, coordinados por esta Dirección y hacer las recomendaciones respectivas”. Ahora, este comité no está contemplado para cada uno de los proyectos, sino que se hace de manera general para la totalidad de los mismos y que por tanto contempla dentro de su composición la dirección de la autoridad ambiental o el delegado que se asigne. En consecuencia, será obligación de cada ejecutor del POA remitir la información al comité en la que se demuestre el respectivo cumplimiento, y la DCP del Ministerio del Interior, como lo establece la Directiva Presidencial 10 de 2013, deberá comunicarse periódicamente con las comunidades para verificar el cumplimiento.

2.4 Respecto a los proyectos de transmisión de energía, ¿es la UPME la que solicitará la certificación ante el Ministerio del Interior una vez se adopten mediante Resolución del Ministerio de Minas y Energía las obras; definidas en el Plan de Expansión de la UPME? Al momento de presentar el EIA, ¿el solicitante de la licencia ambiental deberá hacer una Consulta Previa, teniendo en cuenta que las áreas a certificar pueden variar?

Para responder la primera parte de la pregunta, es necesario revisar los artículos 4 y 5 del Decreto 2613 de 2013, así como el Paso 1 de la Directiva Presidencial 10 de 2013, allí se reitera que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, es quien “ejercerá competencia de manera exclusiva de certificación de presencia de comunidades étnicas para efectos de celebración de consultas previas”, pero de acuerdo con el procedimiento en donde se establece la oportunidad para solicitar el certificado de presencia de comunidades étnicas, es decir que “las entidades públicas o ejecutores de los POA” son quienes deben elevar dicha solicitud a la Dirección de Consulta Previa de acuerdo con el momento establecido, que para el caso de ‘transmisión de energía’

corresponde al instante cuando se adopte “mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía, las obras definidas en el Plan de Expansión de la UPME”. Por otra parte cuando se afirma en el artículo 5 del Decreto 2613 de 2013 y en el Paso 1 de la Directiva Presidencial 10 de 2013, que la UPME ‘solicitará’ la certificación de presencia de comunidades étnicas, se refiere a la respectiva entidad pública o ejecutor del POA como aviso del procedimiento que debe adelantar, pero no que sea la UPME quien deba hacer la solicitud a la Dirección de Consulta Previa.

Y sobre la segunda parte de la pregunta, como se abordará más adelante, corresponde al responsables del POA determinar el área de influencia del proyecto, por lo tanto, es quien determinará el alcance mismo frente a la necesidad de realizar el proceso de consulta previa, entendiendo que en todo caso, corresponde a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, dirigir y coordinar en el procedimiento del PCI establecido por el Decreto 2613 de 2013. Adicionalmente en la Directiva Presidencial 10 de 2013 “la DCP debe analizar si el proyecto puede afectar directamente o no a las comunidades identificadas” y tendrá que elaborar “un documento de análisis adecuadamente sustentado, que exponga los motivos que justifican la decisión final” en el cual se incluyan: i) las áreas de desarrollo e incidencia del proyecto, ii) la verificación en casos de visita respecto a la incidencia del proyecto en cada una de las áreas identificadas; y iii) la conclusión acerca de si las comunidades étnicas identificadas serán afectadas directamente por el proyecto o no y en qué forma, resaltando los valores y principios legítimos de aquéllas que deben ser objeto de control.

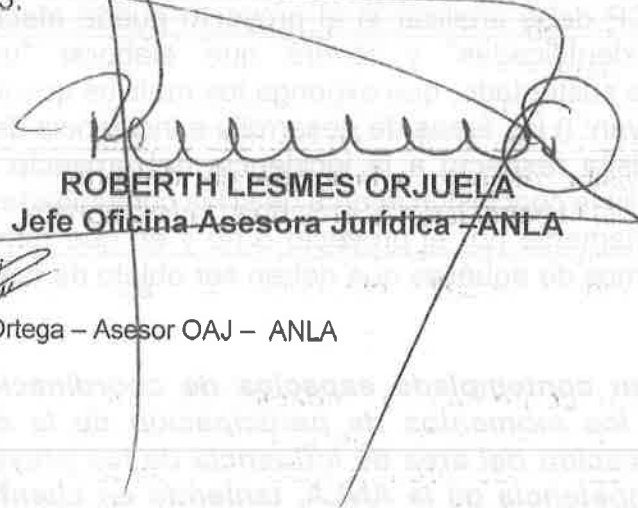
2.5 ¿Se han contemplado espacios de coordinación interinstitucional para definir los momentos de participación de la autoridad ambiental en la identificación del área de influencia de los proyectos, obras y actividades de competencia de la ANLA, teniendo en cuenta que la certificación que emite el Ministerio del Interior respecto a la presencia o no de comunidades étnicas es previa al proceso de licenciamiento ambiental, y está en función del área de influencia y ésta se determina a partir de los impactos ambientales? ¿Qué posición debe asumirse por parte de la ANLA frente a este aspecto?

De acuerdo con las conclusiones del Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014 citado previamente, en relación a la determinación del área de influencia del proyecto, obra o actividad (POA), claramente se concluyó que la Directiva Presidencial 10 de 2013 no está claramente reglamentada sobre este punto, pues a pesar de establecer que “el área de influencia de un proyecto será establecido por la ANLA”, sólo remite su aclaración a un pie de página— y en este caso no es dado que la autoridad ambiental pueda hacer una interpretación extensiva de un procedimiento que es exclusivo del Decreto reglamentario. Es decir, que la Directiva Presidencial 10 de 2013 no puede exceder y cambiar su regulación de lo que ya fue establecido en el artículo 6° del Decreto

2613 de 2013 respecto al requisito para la expedición de certificación de presencia de comunidades étnicas, en el cual se sostiene 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”.

En consecuencia, ya ha sido definida la posición que debe asumir la ANLA de abstenerse de definir el área de influencia si no cuenta con el EIA, pues éste último es el instrumento adecuado para identificar los impactos ambientales generados por el proyecto. Si se desconoce esta posición, se generaría una eventual responsabilidad jurídica y patrimonial de 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 6° del el Decreto 2613 de 2013.

Cordialmente,


ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA

Elaboró:  Gustavo A. Ortega – Asesor OAJ – ANLA