

16 Reflexiones y Recomendaciones para Mejorar la Consulta Previa

(2025-11-06)

0.- Propósito

En este documento se consignan reflexiones y recomendaciones de Ardura SAS para mejorar la Consulta Previa en Colombia. Se usa la sigla “CP” por “Consulta Previa”, que se usa a su vez como sinónimo de “Consulta”. Se usa la expresión “proyecto” como sinónimo de “proyecto, obra o actividad”.

1.- Reflexiones y recomendaciones

No es posible elaborar, sin arriesgarse a la crítica, reflexiones y recomendaciones para mejorar la efectividad del derecho a la Consulta Previa en Colombia, porque se trata de un derecho polémico y complejo y porque cuesta a quienes han estado cerca de los debates o de la experiencia tomar distancia para apreciar los aspectos que sería necesario abordar para tomar decisiones que conduzcan a mejoras. Además el espectro de las miles de Consultas que han tenido lugar en Colombia es amplio, de manera que caracterizar no es sencillo. De contera, se trata de un asunto político y por lo tanto necesariamente polémico, controversial, que además es judicializable. En todo caso, con la certeza de que lo que aquí se propone será criticado, esperemos que siempre de manera constructiva, es posible hacer las siguientes reflexiones y recomendaciones:

1. **Hay cinco modos de hacer Consultas Previias.** La observación de las CP permite identificar cinco grandes modos de hacerlas, dentro de las cuales por supuesto hay matices y porosidad. Salvo el primero, esos cinco modos no son una prescripción sobre cómo hacer bien la CP, sino una descripción, una caracterización surgida de la observación:
 - a. Modo 1: Estado, minoría y empresa dialogan para entender. En algunos casos, ojalá los más, lo que ocurre es que el grupo étnico, la empresa y el Estado dialogan para entenderse entre sí, para identificar los riesgos e impactos negativos, así como las oportunidades e impactos positivos que el proyecto implica para la minoría y para elegir medidas para prevenir, mitigar, corregir o compensar lo negativo y aprovechar lo positivo.
 - b. Modo 2: La empresa quiere comprar la voluntad de la minoría. En algunas ocasiones lo que en realidad ocurre es que la empresa cree que la CP es un procedimiento diseñado para “negociar” el permiso del grupo étnico, lo que se traduce -a veces reduce- en llegar a su precio. A veces esa intención tiene origen en mala comprensión de la CP; a veces en la creencia de que se puede comprar a los demás; a veces en desinterés por las afectaciones que puedan sufrir las minorías con el proyecto.
 - c. Modo 3: El grupo étnico o los funcionarios del Estado quieren resolver carencias no relacionadas con el proyecto. En algunas ocasiones los funcionarios del Estado, el grupo étnico, o ambos, creen que el propósito de la Consulta Previa es el de resolver carencias del grupo étnico aunque no guarden relación con el proyecto.

- d. **Modo 4: El grupo étnico quiere extorsionar a la empresa.** En otros casos lo que ocurre es que la minoría, o sus asesores, quieren extorsionar a la empresa: obtener de ella lo máximo posible con indiferencia sobre las afectaciones positivas o negativas del proyecto, sirviéndose de las argumentaciones que les provee el derecho a la CP. A veces esa intención tiene asiento en grandes carencias de la minoría, a veces en codicia.
 - e. **Modo 5: Litigio estratégico.** Finalmente, hay casos en los que las CP no tienen el propósito del primer modo (dialogar para entender), ni del segundo (comprar a la minoría), ni del tercero (resolver carencias), ni del cuarto (extorsionar a la empresa), sino el de servir como pieza en un tablero de ajedrez que busca otros propósitos de más largo plazo como, por ejemplo, visibilizar grupos étnicos, causar efectos políticos, opinión pública más favorable sobre algunos sectores sociales, opinión pública desfavorable sobre otros sectores, incidir sobre el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial o el Poder Legislativo, u oponerse a determinadas actividades económicas.
2. **Elija el modo 1.** La recomendación que surge de la observación de los 5 modos, pero sobre todo de un comportamiento ético, respetuoso de la Constitución Política, de la coherencia con el Convenio 169 de la OIT y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es la de hacer todo lo que esté al alcance para que cada Consulta corresponda con el "modo 1" (dialogar para entender) en lugar de los modos 2, 3, 4 o 5. Sólo el modo 1 conduce a proyectos que respeten a los grupos étnicos.
 3. **Relación con el proyecto.** Las Consultas deben hacerse sobre los riesgos, oportunidades e impactos relacionados con el proyecto; no sobre otro tipo de cosas que no guarden relación con el proyecto. Cosa distinta es que es apropiado reconocer que hay otras circunstancias no relacionadas con el proyecto que impactan negativa o positivamente a las minorías.
 4. **La filantropía también cabe.** Que las Consultas deban hacerse sobre los riesgos, oportunidades e impactos relacionados con el proyecto no impide que las empresas decidan apoyar medidas de carácter filantrópico: al fin y al cabo, desafortunadamente, se desarrollan casi siempre con grupos étnicos con grandes carencias y la solidaridad es uno de los principios de la Constitución Política. Si se decide pactar ese tipo de medidas, debe ser claro cuáles corresponden a filantropía y cuáles a la prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos negativos que el proyecto cause o contribuya a causar.
 5. **No solo riesgos: también oportunidades.** En algunas Consultas suele subestimarse el aspecto positivo que para los grupos étnicos supone el proyecto. No hay que caer en ese error: las oportunidades e impactos positivos que el proyecto implica para ellos también deben ser objeto de diálogo y, ojalá, de acuerdos.
 6. **Buena fe.** Las Consultas deben adelantarse de buena fe, dice con claridad el Convenio 169 y también la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Eso significa que hay que dialogar con árbito sincero de llegar a un acuerdo sobre las afectaciones del proyecto y sobre las medidas de manejo. Debe tenerse en cuenta que buena fe no es sinónimo de obligatoriedad de acuerdo. La clave está en el árbito sincero de llegar a un acuerdo; aunque no se llegue a él.
 7. **Consentimiento Previo es distinto de Consulta Previa.** El ánimo de lograr Consentimiento Previo está consignado en el Convenio 169, pero lo que pide ese tratado no es lograrlo, sino dialogar con árbito sincero de conseguirlo; aunque no se consiga. Sólo se exceptúan tres circunstancias.¹
 8. **De la desconfianza hacia la confianza.** Las empresas suelen desconfiar de las verdaderas intenciones de los grupos étnicos; y pueden tener razón. Lo mismo sucede con los grupos étnicos: suelen desconfiar de las

¹ (i) *Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento;* (ii) *el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios;* (iii) *medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia.*

verdaderas intenciones de las empresas; y pueden tener razón. Las mejores CP son las que construyen confianza entre minorías y empresas.

9. **Sin complejos ni arrogancias: diálogo respetuoso entre iguales.** La CP suele ser un espacio con tensiones entre los participantes; algunas veces al principio de los diálogos y con frecuencia de principio a fin, e incluso luego de protocolizada, durante la etapa de implementación de acuerdos. Esas tensiones suelen ser mayores si se desarrolla por decisión judicial. Hay que relacionarse siempre sin complejos ni arrogancias: con respeto entre iguales.
10. **Evitar el afán.** Los afanes empresariales para desarrollar proyectos atentan contra la calidad de la CP. Si la empresa tiene afán, más probablemente cae en la tentación de que la CP se parezca más al modelo de “comprar la voluntad de la minoría” alejándose del modelo del diálogo.
11. **Se consulta a los grupos étnicos; no a sus asesores.** Lo que se plantea en el Convenio 169 es que debe consultarse a las minorías, pero en algunos casos podría ocurrir que se consulta a sus asesores; no a las minorías. Eso viciaría la CP. Los asesores de los grupos étnicos deben participar, por supuesto, pero a quien debe consultarse es a las minorías.
12. **¿Quién representa legítimamente a los grupos étnicos?** Las minorías étnicas tienen instituciones distintas a las de las mayorías colombianas, u “occidentales”. La representación democrática y la democracia participativa pueden ser instituciones -incluso nociones- extrañas para ellas, pero han sabido adaptarse a la vida en el contexto que las rodea, lo que incluye nociones como “autoridad” y “representante”. Como consecuencia, no es obvio que desarrollar una CP con las “autoridades tradicionales” sea garantía de que esos interlocutores tengan legitimidad suficiente para que la CP sea exitosa. En todo caso, una participación más amplia de la comunidad consultada, más allá de sus autoridades “tradicionales” y de sus autoridades “ancestrales”, es deseable para hacerla legítima.
13. **Videos y actas.** Conviene documentar todas las jornadas de las CP con videos y actas que registren con fidelidad lo ocurrido.
14. **Defectos y virtudes.** Tanto la sociedad mayoritaria como los grupos étnicos tienen virtudes y defectos. Las dos tienen conocimiento en algunos temas y son ignorantes en otros, Las dos tienen integrantes honestos y corruptos, virtuosos y delincuentes, líderes y seguidores. Ni todos son santos ni todos son demonios.
15. **Transparencia.** La transparencia conviene para todos los efectos. Conviene hacer visible ante todos los participantes las erogaciones que la minoría, el Gobierno y la empresa hagan en el proceso: el presupuesto para los asesores de la comunidad y los costos de la logística, los pre-acuerdos y acuerdos para gestionar las afectaciones negativas y positivas, por ejemplo, y expresarlos de manera que resulten comprensibles para todos los participantes.
16. **Rotación funcionarios estatales.** A veces las instituciones estatales participantes en CP cambian a los funcionarios que van a las sesiones. Hay que procurar ponerlos en antecedentes siempre con anticipación para no descuadernar el diálogo. Ojalá los funcionarios que llegan por primera vez al proceso tengan la oportunidad de conocer la perspectiva de todos los actores antes de intervenir.

--XXX--