



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

La Consulta Previa y su Influencia en los Proyectos de Interés Nacional Estratégico en Colombia.1

Nicolás Eduardo Gutiérrez Pinzón²

Universidad Católica de Colombia

Email: negutierrez65@ucatolica.edu.co

RESUMEN

La consulta previa es un derecho fundamental que consiste en un mecanismo de participación de las comunidades étnicas e indígenas sobre las medidas administrativas o legislativas que pueden afectar su integridad social, cultural y económica, entre otros. El desarrollo que este mecanismo ha presentado en Colombia, según cifras del Ministerio del Interior (2018) puede calificarse como desmedido. En este sentido, es necesario realizar un análisis acerca del exceso de consultas previas presentadas hoy en día en Colombia. Lo anterior, tiene como finalidad identificar las posibles mejoras que pueden desarrollarse a través de la reglamentación consiente de los procesos de consulta previa, a partir de la identificación real de las afectaciones que puede constituir cada proyecto (PINES). Ponderando el interés general y la necesidad de los proyectos que se encuentran en marcha.

Palabras clave: Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, Consulta Previa, Mecanismos de Participación, Derecho Fundamental, Reglamentación, Interés General, Proyectos de Interés Nacional Estratégicos (PINES).

1 Artículo de reflexión como trabajo de grado para optar al título de Abogado bajo la dirección del Dr. Jairo Cabrera Docente de la facultad de derecho de la Universidad Católica de Colombia. Bogotá 2019.

2 Gutiérrez Pinzón Nicolás Eduardo. Optante al título de Abogado. Correo electrónico nicogp1514@gmail.com

ABSTRACT

Prior Consultation and its Influence on Projects of National Strategic Interest in Colombia.

Prior consultation is a fundamental right that consists of a mechanism of participation of ethnic and indigenous communities on administrative or legislative measures that may affect their social, cultural and economic integrity, among others. The development that this mechanism has presented in Colombia, according to figures from the Ministry of the Interior (2018) can be described as excessive. In this sense, it is necessary to carry out an analysis about the excess of previous consultations presented today in Colombia. The purpose of this is to identify the possible improvements that can be developed through the regulation of prior consultation processes, based on the actual identification of the effects that each project may constitute (PINES). Pondering the general interest and the need of the projects that are underway.

Key words: 1991 Political Constitution, Constitutionality Block, Prior Consultation, Participation Mechanisms, Fundamental Law, Regulation, General Interest, Strategic National Interest Projects (PINES).

SUMARIO

1. Introducción. **2.** La Consulta Previa como Derecho Fundamental. **3.** Fundamento Constitucional de La Consulta Previa. **4.** Autodeterminación, consentimiento previo libre e informado de las comunidades étnicas. **5.** Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos – PINES. **6.** La Consulta Previa y los Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos – PINES. **7.** La consulta previa y la Consulta Popular y su Influencia en el Desarrollo del País. Conclusiones. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

La información desarrollada en el presente trabajo encuentra sus bases en el estudio de los diferentes cuerpos normativos de carácter nacional e internacional, así como doctrina y

jurisprudencia cuyo asunto de análisis se ocupa de los derechos fundamentales de las colectividades étnicas y su nexos con el conjunto de actividades encaminadas, por medio de la generación de proyectos económicos, sociales y culturales, a la afectación de, modo alguno, a la integridad e identidad de pueblos indígenas y comunidades étnicas.

En este sentido, como tema principal se aborda el derecho Fundamental a la Consulta Previa y su directa relación con los Proyectos de Interés Nacional Estratégicos - PINES. En el punto de partida se exponen las nociones universales para una comprensión general del concepto de Consulta Previa, su relevancia y la reciprocidad que guarda con las comunidades étnicas que le dan el valor de derecho fundamental y se ubica, el instrumento normativo, dentro del bloque de constitucionalidad y el ordenamiento jurídico nacional colombiano.

Más adelante se da profundiza en el origen, la institucionalización y la significación de lo que se conoce como Proyectos de Interés Nacional Estratégicos - PINES, se ponen en conocimiento del lector las nociones generales para comprender la correspondencia, conexión y dificultades que tienen estos dos grandes elementos y su influencia para el desarrollo económico y social del país.

Por último, se expone una gran problemática que denota una coyuntura que ataca la armonía necesaria entre la correlación y la coexistencia de los ideales de los actores intervinientes, representada en las dificultades que a lo largo de la historia han presentado los instrumentos de participación que congregan a las comunidades étnicas y al Estado con el objetivo de lograr acuerdos que permitan el desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos - PINES

La metodología utilizada para llevar a cabo la investigación que da origen al presente escrito es de tipo cualitativa, y utiliza el método de análisis síntesis para llegar a la respuesta de la pregunta de investigación planteada, a través de fuentes primarias del derecho como la constitución, la ley y los tratados internacionales y fuentes secundarias como la doctrina y la jurisprudencia.

En cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el momento de suscribir y ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Gobierno en la actualidad realiza consultas previas en la mayoría de los proyectos de minería, explotación de hidrocarburos, proyectos energéticos, de infraestructura y viales. Sin embargo, lo anterior se ha convertido en el cuello de botella del desarrollo de muchos proyectos necesarios para el avance de la nación.

Partiendo de lo anterior se crea un contexto en donde se ponderan derechos fundamentales amparados en el Carta Política. Si bien es cierto que Colombia tiene la obligación reconocer y garantizar de manera plena los derechos de los pueblos tribales, atendiendo los preceptos del Estado social de Derecho predicado en la Constitución Política de 1991 (Cubides, Pinilla, Torres, & Vallejo, G., 2016), también es cierto que en la misma se señala el interés general como principio orientador de las actuaciones del Estado, así entonces existe una coyuntura acerca del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y étnicas y la necesidad de la población en general de obtener avances en temas viales, de infraestructura y explotación.

La jurisprudencia ha ejercido una influencia marcada sobre el ejercicio al derecho de la consulta previa, y la ha interpretado de una manera que ha dado paso para una implementación ineficaz e ineficiente de este mecanismo. En ese sentido, es posible aducir que los jueces en este tema han usurpado la función del legislador (Fajardo, 2017).

En este sentido, es absolutamente necesario expresar que la falta de reglas claras sobre la consulta previa y su alcance ha generado en Colombia un exceso en cuanto a su desarrollo. Como lo indica el Ministerio del Interior (2018) en la actualidad se encuentran en desarrollo alrededor de 10.300 procesos de consulta previa para la ejecución de 1.177 proyectos.

Es necesario realizar un análisis de la forma en la cual se viene desarrollando el proceso de consulta previa en Colombia, y de esta manera lograr identificar las causas del exceso de la misma que se presenta hoy en día en Colombia.

Para lo anterior, el presente artículo de reflexión se ha planteado como pregunta de investigación la siguiente, ¿Cómo afecta la consulta previa el desarrollo de los Proyectos de Interés Nacional Estratégico en Colombia?

La metodología utilizada para la investigación realizada es de tipo cualitativa, y utiliza el método de análisis síntesis para llegar a la respuesta de la pregunta de investigación planteada, a través de fuentes primarias del derecho como la constitución, la ley y los tratados internacionales y fuentes secundarias como la doctrina y la jurisprudencia.

2. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La consulta previa es un derecho fundamental que tienen las comunidades indígenas y demás grupos étnicos de participar activamente en las decisiones que puedan generar una afectación de tipo directa a las formas de relacionarse como grupo étnico con su entorno natural y social, ya sea por medio de proyectos, obras u actividades dentro de sus territorios, que influyan en su dinámica social, económica y cultural. Es el derecho que tienen estas colectividades a decidir las prioridades dentro de su propio proceso de desarrollo.

Para el comité permanente de análisis, investigación, redacción y conformación de la Guía de Consulta previa de la Dirección General de Asuntos Indígenas y la Dirección General de Comunidades Negras del Ministerio del Interior la consulta previa es un valioso instrumento que permite impulsar el respeto por los derechos étnicos y los derechos humanos colectivos de las comunidades indígenas y negras, como lo son el derecho al territorio, a la identidad, a la autonomía, a la participación plural y en general a su plan de vida (Dirección General de Asuntos Indígenas, Dirección General de Negritudes, Ecopetrol, Ministerio del Medio Ambiente, Unidad de Planeación Minero – Energética, 1999).

De conformidad con el artículo 330. de la Carta Política, en cabeza del Estado recae la responsabilidad de proteger la integridad social, cultural y económica y garantizar el derecho de participación de las comunidades étnicas en la toma de decisiones que supongan una perturbación, cambio o transformación en aspectos de vital importancia por el contenido de su alcance, como: el uso del suelo, poblamiento de sus tierras, políticas, planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, promover inversiones públicas, percibir, distribuir y velar por la preservación de sus recursos naturales y otros que influyan de manera directa en su integridad e identidad como comunidades étnicas. Dicha integridad se establece como derecho fundamental debido a su intrínseca relación con la pervivencia como colectividad humana y como cultura de estos pueblos. El “Estado está obligado a implementar procesos de dialogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles” (Yrigoyen Fajardo, 2009, pág. 49).

La Corte Constitucional en la sentencia SU-039,1997 se ha pronunciado acerca de los objetivos de la consulta previa y ha definido que la misma debe establecer:

Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar a una afectación o menoscabo a los elementos que son la base de su cohesión social, cultural, económica y política, y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

Que se le dé oportunidad para que los pueblos indígenas libremente y sin interferencias extrañas, pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma

de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser cordada o concretada (Rodríguez. 2017).

Aunado a lo anterior La Consulta Previa viene a ser un mecanismo de protección de carácter Público especial, obligatorio, intercultural e interinstitucional que establece la participación libre e informada de las comunidades étnicas, con el objetivo de alcanzar las formas necesarias para instituir acuerdos o consensos en donde puedan coexistir los intereses de los pueblos indígenas con los intereses de la población en general y el estado.

Por lo anterior se ha establecido que la consulta previa sea concebida como derecho fundamental que debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los usos y las costumbres de cada comunidad en particular. Lora & Muños (2008). En consecuencia, como garante de los derechos fundamentales se le ha atribuido la administración de protección inmediata, al juez de tutela, quien tiene a cargo la función de proteger, asegurar la información oportuna sobre los proyectos que impacten de forma directa su vida y territorios y evaluar e incidir en la decisión que los trata.

Así las cosas se evidencia la protección especial por carácter de fundamental, al derecho a la consulta previa, que consagran las diferentes fuentes del derecho, pasando por la Constitución Política Colombiana, la normatividad internacional y por la variada jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional que ha falta de contenido legislativo, ha generado la pautas para una aplicación y desarrollo efectivos que garanticen los derechos de las comunidades étnicas en el país.

3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA CONSULTA PREVIA

El carácter de constitucional del derecho a la consulta previa está incluido en el concepto de Bloque de Constitucionalidad que en su definición estricta es el mecanismo que permite incorporar normas de carácter internacional, al ordenamiento jurídico de un determinado Estado, dando un revestimiento de superior al precepto no nacional.

Por medio del mecanismo del Bloque de Constitucionalidad, Colombia acoge el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que es donde tiene su origen la consulta previa y lo ratifica a través de la expedición de la Ley 21 de 1991 que señala la consulta

previa como un mecanismo de participación que constituye un derecho fundamental de las comunidades indígenas y étnicas.

El convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad especialmente por lo establecido en su artículo 17 que prevé el derecho fundamental a la consulta previa que además de ser una norma internacional de aplicación directa que no se encuentra expresamente consagrada en la carta política ha dado lugar una cantidad razonable de amparos proferidos en favor de las comunidades indígenas

En este contexto, este derecho a la consulta previa, ese de gran trascendencia. Para la Corte Constitucional, los derechos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no pueden suspenderse ni aun en situaciones excepcionales, por estar ligados a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana (CP, 1991 art. 1° y 7°), en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el *núcleo duro* de los derechos humanos, y dado que la protección contra el etnocidio es un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos (ONU, 2001a)

Acerca de la importancia de este mecanismo, García (2012) ha expresado lo siguiente:

Un gobierno que aplica de manera efectiva el derecho a la participación de los pueblos indígenas, estará en capacidad de formular una política pública que promueva su bienestar con respeto de su identidad y con reconocimiento y protección de sus derechos y los pueblos indígenas serán actores en los procesos de desarrollo en sus territorios y partícipes directos de los beneficios que se generan de la aplicación de esos planes (p.31).

Colombia como Estado social de derecho, país miembro de la ONU y en ratificación del Convenio 169 de la OIT debe garantizar la promoción y el respeto por los derechos de las comunidades indígenas y afro, generando herramientas de cohesión y canales de comunicación donde se haga visible la participación de estos pueblos en las políticas públicas de desarrollo económico y social, en los planes nacionales de desarrollo (PND) y planes de ordenamiento territorial (POT) y demás actuaciones administrativas, legislativas y/o judiciales que puedan influir en su identidad colectiva.

4. AUTODETERMINACION, CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO DE LAS COMUNIDADES ETNICAS.

La Consulta Previa e informada a comunidades étnicas e indígenas sobre aquellas medidas administrativas y legislativas que puedan llegar a afectar a estos pueblos se ha definido como un derecho fundamental a partir de los instrumentos de derecho internacional que posteriormente fueron ratificados por el Estado Colombiano.

El principio de diversidad cultural promueve el respeto y la garantía por las diferentes formas de vida que existen en una sociedad y su relación con los valores y nociones particulares con otros modos de vida específicos. Tiene un alcance de derecho personalísimo e individual que al agrupar a varios individuos que comparten las mismas características, se puede identificar de manera colectiva y por lo tanto diferenciar respecto de otras.

Así las cosas, en cabeza del Estado se encuentran el deber de reconocer las diferentes formas de agrupación cultural y social y sus necesidades particulares, tal como lo manifiesta la sentencia T-153 de 1997 de la Corte Constitucional.

Esta categoría de diversidad cultural se fundamenta en la acción individual como unidad básica, que se presenta a la merced de una ética del mercado que le provee de los “valores” que orientan el comportamiento individual: libertad, igualdad, fraternidad y principio de justicia (Rawls, 2006) todo esto encaminado a construir una teoría de acción colectiva tendiente a la elección racional de bienes y servicios según las necesidades de un grupo específico de la clase social. (Rodríguez Bernal, 2008)

El consentimiento expreso garantiza la objetividad durante el dialogo que se desenvuelve entre las partes para proponer condiciones previas necesarias sobre los proyectos planteados, además da validez al ejercicio de la consulta.

Informado: las comunidades deben tener un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como sobre los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución como lo enuncia en la Sentencia C-891 de 2002.

Libre: El Convenio 169 en su artículo 6.1.b. señala que los gobiernos deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones que les conciernen.

Previo: Se ha establecido en distintas disposiciones que los pueblos tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales en sus tierras, que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación. (Quesada Tovar, 2013)

Por medio de la garantía, por parte del Estado, del derecho del consentimiento previo libre e informado que tienen las comunidades indígenas y étnicas se abre el paso para la aplicación efectiva del derecho a la consulta previa. “la relación entre estos derechos es evidente: no podrían existir el uno sin el otro. En este sentido es que estos derechos son considerados interdependientes e indivisibles” (Urteaga Crovetto, 2009)

Por su parte y sin ser menos importantes, es necesario tener en cuenta, de igual forma, la relación del estado con los pueblos indígenas en aislamiento o contacto inicial pues es inevitable plantearse la pregunta acerca de si es imperiosa la implementación de la consulta previa a estas comunidades.

En un primer escenario hay que tener en cuenta que el derecho a la autodeterminación que poseen significa el respeto a las estrategias de supervivencia física y cultural que adoptan, esto, teniendo en cuenta sus costumbres que pueden comprender el aislamiento como forma selectiva de convivencia.

Con respecto de lo anterior “la comisión considera que, en atención del principio *pro personae* y asumiendo el principio de no contacto como una condición fundamental, los factores principales a considerar cuando se analiza si los pueblos en aislamiento voluntario dan su consentimiento o no a la presencia de personas ajenas a su pueblo en territorios ancestrales, son: 1) el rechazo manifiesto de personas ajenas a su pueblo en sus territorios y

2) su decisión de mantenerse en aislamiento respecto de otros pueblos y personas” (CIDH, 2013, p, 3).

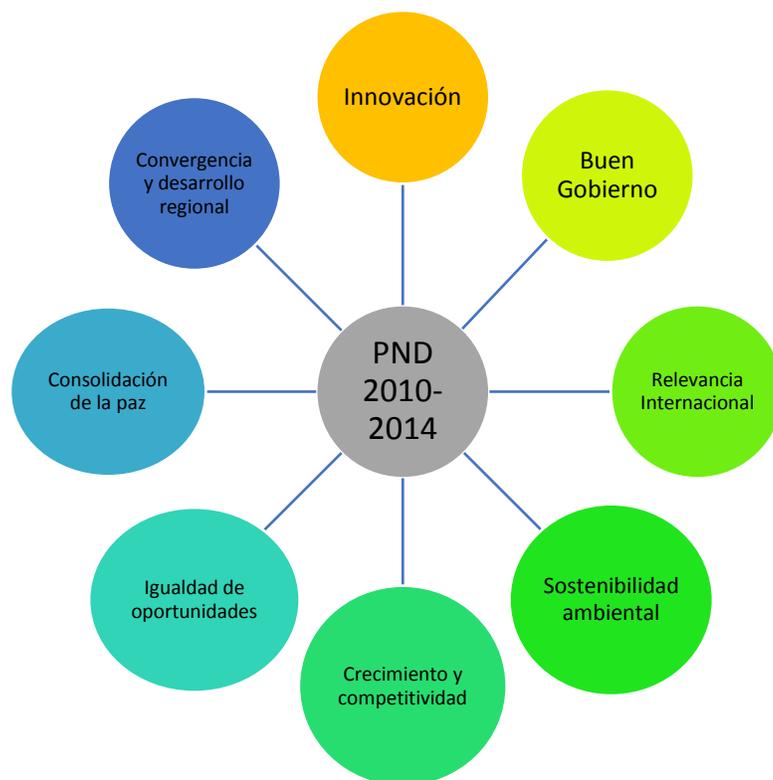
Así entonces no cabe duda que el contacto con las comunidades en aislamiento depende únicamente de la postura que estas adopten para permitir algún tipo de interacción, suma relevancia al hecho que en Colombia aún se encuentren poblaciones de este tipo. Siguiendo al profesor Roberto Franco se resalta el hecho de que “en Colombia existen en el territorio de la Amazonía comunidades aisladas que requieren protección ante múltiples amenazas. La llegada de agentes extraños a sus territorios implica poner en riesgo culturas de gran importancia y valor y, en consecuencia el Estado debe establecer políticas y normas para su protección.” (Franco 2012, p. 130).

5. PROYECTOS DE INTERES NACIONAL Y ESTRATEGICOS –PINES.

Los Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos, mejor conocidos como PINES, surgieron por la iniciativa gubernamental expresada en el documento CONPES 3762 de 2013 que se expide como resultado de la concreción del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: Prosperidad para Todos que enfatiza en la importancia de los proyectos de Infraestructura, minería, energía e hidrocarburos, y su impacto directo sobre el crecimiento y el desarrollo del país.

Precisamente, como ejes del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Prosperidad para todos, se consideraron 8 ejes que buscaban potenciar la potencialidad que tiene el país en diversas áreas, con el fin de abrir paso a la inversión extranjera y el desarrollo del país. En la figura 1 que se muestra a continuación, se pueden observar los ejes de este plan.

Figura 1. Ejes Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Prosperidad para todos



Fuente: Elaboración Propia (2018)

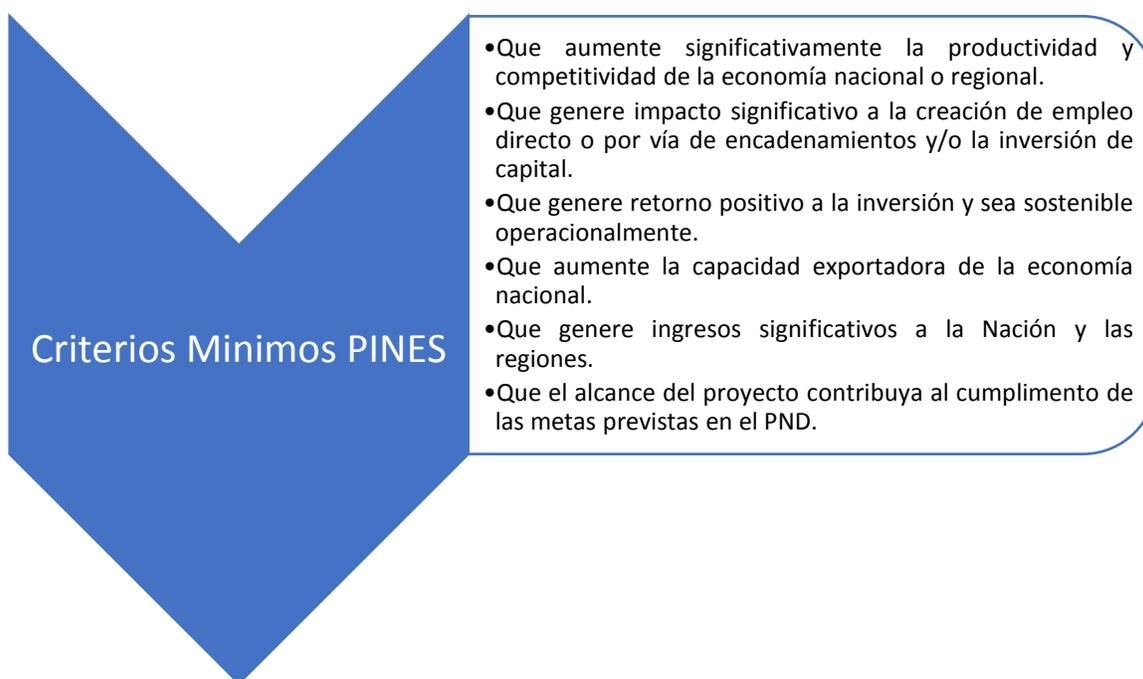
Como lo expresa González (2015) si bien el PND 2014-2018 no indicó de manera explícita la importancia que se le daría al sector extractivo en el país, esto fue evidente con la inclusión de estas actividades como pilares fundamentales de los ejes mencionados anteriormente. En este sentido, es claro que los proyectos de minería, hidrocarburos, generación de energía e infraestructura tendrían una importante relevancia durante estos cuatro años.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el PND se expidió el documento CONPES 3762 de 2013 que somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES-, los lineamientos de política pública para la para la identificación de los proyectos en infraestructura, hidrocarburos, minería y energía considerados como de interés nacional y estratégicos – PINES. Al respecto el Documento Conpes 3762 (2013) afirma categóricamente, lo siguiente:

Un proyecto de interés nacional y estratégico puede ser de origen público o privado, pues es habitual que el único ejecutor de proyectos no sea el Estado; un privado puede desarrollar proyectos que, si bien no cuentan con recursos públicos, tienen un impacto en el desarrollo del país y coadyuvan a su crecimiento económico y social. Por tal motivo, se precisan criterios comunes y específicos que se determinan en virtud de las características propias del desarrollo de estos proyectos (p.12).-

De acuerdo a los criterios expuestos en este documento, los proyectos deben cumplir al menos uno de los requisitos expuestos en la figura 2, para que se puedan considerar como PINES:

Figura 2. Criterios mínimos PINES



Fuente: Elaboración Propia de información tomada de CONPES 3762 de 2013

La finalidad de identificar los PINES es generar condiciones de eficiencia para permitir que se desarrollen en un tiempo razonable, debido a la importancia que tienen para el país.

Para llegar a cumplir el anterior objetivo se deben diseñar en primer lugar estrategias de planeación integral con coordinación interinstitucional, en segundo lugar medidas estructurales para optimizar procedimientos y trámites en todos los proyectos de inversión y medidas especiales para los proyectos de interés nacional y estratégicos- PINES, y en último lugar herramientas de gestión, seguimiento y coordinación interinstitucional de PINES (Simbaqueba, 2017).

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (2017) en su informe de gestión indico que al año 2017 el gobierno había identificado como PINES a 59 Proyectos de Infraestructura, 21 Proyectos de Hidrocarburos, 12 Proyectos de Minería, 9 Proyectos de Energía, 4 proyectos de Comercio, 1 Proyectos de Comunicaciones y 1 Proyecto de Salud.

6. LA CONSULTA PREVIA Y LOS PROYECTOS DE INTERES NACIONAL ESTRATEGICOS - PINES

Es necesario advertir que actualmente no existen unas reglas claras que permitan limitar la consulta previa en razón de la afectación real que pueden causar a los pueblos indígenas y étnicos, para lo cual se hace necesario fijar unas reglas de juego consistentes en la identificación precisa de la afectación que pueden llegar a generarse con los Planes de interés Nacional y Estratégicos (PINES.)

Teniendo en cuenta que como lo expresan Gálvez & Sosa (2013) el tema de la consulta previa aborda temas importantes que son de alta complejidad ya que están en juego la autodeterminación de los pueblos indígenas y étnicos por un lado; y por otro la necesidad del estado de ejecutar proyectos que son necesarios para el desarrollo estatal y la obtención de recursos. Así mismo, es necesario indicar que el tema de la autodeterminación es un espacio difícil de abordar en cuanto el consenso que hay alrededor del mismo es casi nulo (Figuera & Ariza, 2015).

Ahora bien, frente a las medidas que deben ser objeto de consulta previa cabe destacar que esta se circunscribe a aquellas decisiones de tipo administrativo y legislativo que pueda llegar a afectar a las comunidades indígenas y étnicas. No obstante, lo anterior resulta ser bastante amplio y a la vez muy relativo ya que al no tener definido de manera exacta los

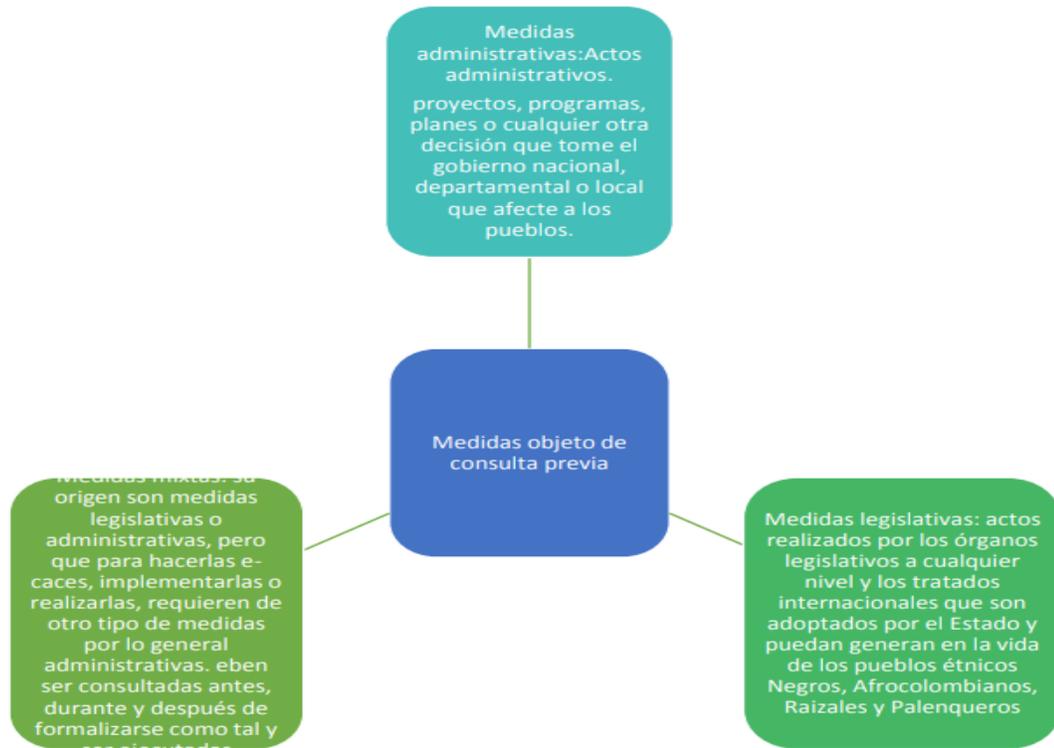
criterios de afectación, cualquier incidencia así resulte insignificante será la causa de que la medida deba ser consultada de manera obligatoria.

Al respecto de aquellas medidas que deben ser consultadas la Corte Constitucional (2008) ha explicado lo siguiente:

Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de *directa* que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de *aplicar las disposiciones del Convenio*. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectiva (Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008)

Las medidas a consultar se pueden observar mejor en la figura 3 que hace referencia a cada una de ellas, sin embargo, es clave que no se pierda el concepto de afectación directa a las comunidades indígenas y étnicas, tema que se ha desdibujado en los últimos años en Colombia.

Figura 3. Medidas objeto de consulta previa



Fuente: (Ayala 2018, p.10).

Realizadas las anteriores precisiones, se procederá a realizar un análisis acerca de cómo la Consulta Previa se ha convertido en los últimos años en una de las causas más relevantes de los retrasos en obras y proyectos de explotación minera y de hidrocarburos.

El estado Colombiano debe fortalecer los mecanismos que facilitan la comunicación entre las comunidades y el gobierno de turno, esto con el fin de crear espacios donde se puedan dar a conocer las incidencias de determinados proyectos PINES en la población y la comunidad y las posturas de los pueblos consultados con el fin de armonizar el desarrollo de la nación y la cosmogonía de las comunidades, garantizando así los derechos fundamentales de las mismas en correlación con los derechos de la población en general.

La falta de atención, relevancia y voluntad política y gubernamental han determinado, por un lado, que no se garantice el respeto y la protección de los derechos de las comunidades étnicas y por el otro, que no se permita el desarrollo de proyectos de índole minero,

energéticos de infraestructura, viales y demás que traen consigo avances en términos económicos y sociales que a su vez benefician a la comunidad en general.

El deterioro en el acercamiento entre estado y comunidades ha derivado en arbitrariedades en contra de los pueblos indígenas y afros y esto, de igual forma, ha propiciado una utilización desmedida ineficaz e ineficiente de la herramienta de la consulta previa, situación que no soluciona los problemas ni de las comunidades afectadas ni de los interesados en ejecutar los proyectos ya sean privados para el beneficio público o estatales de igual manera para el beneficio público o la comunidad en general que requiere del desarrollo para la satisfacción de sus necesidades básicas

7. LA CONSULTA PREVIA Y LA CONSULTA POPULAR Y SU INFLUENCIA EN EL DESARROLLO DEL PAÍS.

Los mecanismos de participación implementados en Colombia, concretamente la consulta previa y la consulta popular han afectado significativamente el desarrollo de los Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos –PINES, ya que se han convertido en herramientas a través de las cuales se solicitan incentivos por parte de las comunidades para permitir el avance de los proyectos.

Es claro que la Consulta previa como derecho fundamental y mecanismo de participación persigue el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y étnicos que hace referencia a la autonomía respecto a las decisiones sobre su futuro. En este contexto, es importante resaltar que este concepto se ha extendido de tal manera que en la actualidad representa una coyuntura respecto de la soberanía del Estado y sus autoridades.

Respecto de lo anterior, Machuca (2016):

La larga trayectoria del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, junto a los diversos obstáculos que fueron señalados durante las negociaciones de la declaración en el 2007 y las posteriores discusiones resaltadas, son muestra tanto de los límites como de las oportunidades que ofrece el derecho internacional para llegar a transformar e incluir nuevas normas y principios que en algunas ocasiones, como en esta, pueden controvertir elementos fundamentales del derecho internacional como la soberanía estatal (p.173).

En este contexto es necesario resaltar que en la actualidad se ha desbordado de tal manera el concepto de autodeterminación que esto ha tenido una incidencia notoria en el ejercicio de derecho a la consulta previa que no se circunscribe en la actualidad a los criterios de afectación directa y al no tener una reglamentación específica termina afectando el interés general de todos los habitantes del país.

La utilización ineficaz del mecanismo de Consulta Previa en Colombia se constituye en un elemento que en primer lugar logra aumentar el costo de los proyectos de manera significativa teniendo en cuenta que la financiación de estos procesos esta en cabeza del estado y de la empresa que va a llevar a cabo el proyecto objeto de la consulta, lo que resulta una inversión de recursos públicos innecesaria cuando no es evidente la afectación directa del proyecto a las comunidades indígenas y étnicas.

Estos procesos representan unos costos adicionales que se derivan del proceso de consulta previa, los cuales se logran evidenciar de manera concreta en la figura 4 que se muestra a continuación.

Figura 4. Costos derivados de la Consulta Previa



De acuerdo con literal f, Numeral 4 de la Directiva Presidencial 001 de 2010, las entidades u organizaciones interesadas en llevar a cabo el desarrollo de un Proyecto de Interés Nacional Estratégico en Colombia deben contar con los recursos presupuestales necesarios para adelantar cada uno de los mecanismos requeridos para la ejecución y garantía del derecho a la consulta previa, costos que deben ser asumidos por el ejecutor del proyecto. No obstante el vacío en cuanto a una identificación de normas claras y específicas que guíen el camino que debe recorrer este mecanismo para alcanzar su finalidad, genera una subjetividad por parte del interprete que ocasiona una inestabilidad jurídica que se contrapone al espíritu mismo de la norma y abre el camino a una ponderación abstracta de derechos en conflicto entre sí.

La inexistencia de una regulación eficiente en cuanto al despliegue de la figura de la Consulta Previa, además de obstruir el desarrollo económico y cultural de la región, genera un efecto contraproducente teniendo en cuenta el objetivo pues crea un aspecto de inseguridad alrededor de un mecanismo que no cumple con las expectativas de las partes afectadas pues la interpretación queda sesgada a un ámbito personal y no general tal y como debería ser.

Tenido en cuenta la relevancia que reviste el derecho a la consulta previa para la supervivencia de los pueblos indígenas y étnicos, su influencia en el desarrollo de los proyectos de interés nacional estratégicos – PINES y sin desmedro de los esfuerzos adelantados por los diferentes gobiernos por crear mecanismos que permitan un acercamiento entre las partes intervinientes e interesadas; se encuentra la existencia de diversos factores que suponen dificultades al momento de garantizar una adecuada protección de los derechos fundamentales y generar espacios que posibiliten consensos que permitan tanto el reconocimiento de las comunidades como el de la necesidad de implementar obras que posibiliten la satisfacción de necesidades básicas de la población en general.

Dichos conflictos se convierten en afectaciones de todo tipo tanto para las comunidades indígenas y étnicas como para el Estado, los demás pobladores del lugar y los particulares interesados en adelantar ese tipo de proyectos. “Todos partimos de que los fallos de ccc son

de obligatorio cumplimiento. Pero son otras las realidades: si bien los involucrados aceptan las decisiones judiciales, en la práctica las rehúyen. La sentencia solo funciona como un documento que requiere una segunda lucha legal, pues sus ejecutores se enfrentan con todo tipo de obstáculos e intereses económicos, políticos internacionales y militares que impiden su materialización” (Ariza Santamaría 2012, Pág. 295)

Así las cosas, entre otras vicisitudes se encuentran:

- La certificación de existencia de pueblos indígenas
- Proyectos inconsultos en área de influencia indígena
- Orden Público
- Información ambiental
- Garantía del debido proceso
- Ausencia del Estado

De conformidad con la ONIC y CNOA (2011, Págs. 9-10) se encontraron las siguientes barreras que repercuten en el ejercicio adecuado del derecho fundamental a la consulta:

- El estado tiene dificultades enormes para proteger el derecho a la consulta previa.
- No hay capacidad del Estado para garantizar el derecho a la consulta previa: no tienen personal debidamente capacitado para el asunto ni recursos económicos suficientes.
- No hay un marco legislativo ni un procedimiento construido participativamente con grupos étnicos que garantice el derecho a la consulta previa de medidas legislativas y administrativas.
- Los grupos étnicos parten de condiciones socioeconómicas difíciles.
- Existe asimetría de información en las partes.
- Hay diferencias entre las partes sobre lo que es la consulta previa y el consentimiento previo libre e informado.
- Los procesos se surten atendiendo a los tiempos del gobierno o de los interesados (empresas, universidad, gobierno) sin tener en cuenta los usos y costumbres de los grupos étnicos.

- Hay desconocimiento de las autoridades legítimas y representativas del grupo étnico implicado.
- En ciertos casos no se toma en cuenta la presencia de grupos étnicos y no se titula la tierra, para evitar el deber de consultar con la población implicada.

En ocasiones los procedimientos implementados obvian los procedimientos internos de toma de decisiones de los grupos étnicos.

La implementación actual hace que el Estado colombiano de los procesos de consulta previa no garantiza el consentimiento previo libre e informado.

CONCLUSIONES

Se evidencia una falta de regulación a la Consulta Previa en Colombia, esto hace que sea un mecanismo que crea una coyuntura en la ponderación entre la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y raizales y el principio constitucional del bien común.

Tanto se ha dicho Sobre la participación y la consulta previa que pareciera que se trata de un tema agotado. Pero no es así. Por el contrario. Es el momento ideal para fortalecer estos derechos.

La participación es un derecho fundamental que involucra procesos de trabajos conjuntos, que puedan conducir a la superación de problemas y a la generación de determinaciones concertadas relacionadas con intereses similares constituyéndose en una forma de intervención social de gran importancia, en tanto permite la interacción entre diferentes actores buscando incidir en las decisiones que se establecen y haciendo posible un dialogo en el que distintas opiniones y visiones del mundo son contrastadas y analizadas, pues aunque se tengan intereses disímiles, posibilita la deliberación con miras a lograr un propósito, un proyecto o la toma de una determinación sobre un asunto de conveniencia para todos. Esto implica entonces, que la participación tiene tanto un valor instrumental como sustantivo. (Rodríguez, 2015, pp. 351-377).

Es conveniente que se creen escenarios que materialicen lo dispuesto en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de la corte constitucional respecto de la protección de los derechos fundamentales, principalmente del derecho a la consulta previa, pues en la teoría se garantiza la protección de estos bienes jurídicos pero cosa muy distinta ocurre en la práctica. La falta de participación de las comunidades étnicas en la creación de mecanismos jurídicos y administrativos que propendan por la solución de las necesidades existentes, ocasiona que el instrumento de la consulta previa no surta efectos necesarios para llegar a esos consensos de los que tanto necesita la nación.

Lo anterior significa que en estos momentos encontremos una brecha importante entre la consagración y efectivo cumplimiento de los derechos como lo plantea el profesor Juan Pablo Muñoz Onofre (2016), ya que en efecto, los procesos a través de los cuales se otorgan las autorizaciones ambientales que se están dando en Colombia, derivan en conflictos ambientales y en ellos es posible evidenciar, además de afectaciones a los recursos naturales y al entorno, un limitado acceso a la información, escasos espacios de incidencia social, carencia de mecanismos de prevención y una marcada tendencia a la judicialización de las disputas.

Existe una desproporción entre la cantidad de Consultas Previas que se vienen realizando en comparación con los proyectos PINES que se pretenden ejecutar en el territorio colombiano.

En el ordenamiento jurídico colombiano es inexistente una regulación que permita una utilización eficaz del mecanismo de consulta previa.

El legislador ni las autoridades Colombianas competentes se han permitido dar alcance a una distinción acerca de en qué casos existe una “afectación directa” a las comunidades étnicas y raizales con ocasión a la realización de proyectos de interés nacional y estratégicos PINES, definición fundamental para entender el alcance del mecanismo de la Consulta Previa.

La ausencia de unos lineamientos precisos entorno al mecanismo de la Consulta Previa en Colombia conlleva a una interpretación subjetiva de la norma que a su vez genera desconfianza por parte de los actores interesados.

Se hace necesaria una reglamentación clara sobre el alcance de la Consulta Previa en Colombia con el objetivo de satisfacer las necesidades de los interesados, suscitadas con ocasión a la ejecución de proyectos de interés nacional y estratégicos PINES.

Los vacíos normativos en temas concernientes a la sistematización de la Consulta Previa en Colombia impactan de forma negativa el desarrollo económico y cultural de la población.

REFERENCIAS

Ariza Santamaría, R (2012). Consulta previa. Dilemas del ejercicio de un derecho. En: Toro Perez C., Fierro Morales, J., Coronado Delgado, S.y Roa Avendaño T. (Eds.), *Minería territorio y conflicto en Colombia* P. 295). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico sociales Gerardo Molina (unijus).

Ayala, P. A. (2018). Deficiencias en la reglamentación de la consulta previa en Colombia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/20747>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2013). *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*. Informe OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09

CONPES. (2013). CONPES 3762 sobre lineamientos de política para el desarrollo de proyectos de interés nacional y estratégicos- PINES. Recuperado de http://www.icde.org.co/sites/default/files/12.CONPES%203762%20de%202014_0.pdf

Cubides, J., Pinilla, J. E., Torres, J. & Vallejo, G. (2016). Derecho público en el siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

- Fajardo Rojas, L. M. (2017). La errónea interpretación de la jurisprudencia en relación con la consulta previa y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/15373>
- Figuera, S., & Ariza, A. (2015). Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista De Estudios Sociales* No.35, 53, 65-76. Recuperado de <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/res53.2015.05>
- Franco, R (2012). *Cariba malo: episodios de resistencia de un pueblo indígena aislado del Amazonas. Documentos históricos Imani, 2*. Leticia: Universidad Nacional de Colombia, sede Amazonía – Instituto Imani
- Gálvez, Á., & Sosa, P. (2013). 'El problema del indio': una mirada a la implementación de la consulta previa desde la lógica del Estado y sus funcionarios. *Revista Argumentos*, 7(5), 7-15. Recuperado de http://revistaargumentos.iep.org.pe/wp-content/uploads/2014/03/argumentos_diciembre2013_2_2_-1.pdf#page=8
- García, M. (2012). La protección internacional del derecho a la consulta previa. In C. Consejo de Estado (Ed.), *El Derecho de las Minorías Étnicas a la Consulta Previa* (Ed. Rev., pp. 30–39). Recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/Libros/DerechoMinoriasEtnicasConsultaPrevia.pdf>
- González, A. (2015). La paradoja del sector minero-energético en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: financiador de la paz y generador de tensiones en el territorio. In C. Isaza (Ed.), *Seguimiento y análisis de políticas públicas en Colombia. Anuario 2015* (pp. 105–118). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Lora, A. M., & Muños, L. y. (2008). *Manual de acceso a la información y a la participación ambiental en Colombia*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

- Machuca, D. (2016). El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas: límites y alcances de la declaración de Naciones Unidas 2007. *Reflexión Política*, 18 (35), 166-175. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11046399014>
- Ministerio del Interior. (2015). Protocolo de consulta previa Cumplimiento Sentencia T-576 de 2014. Bogotá. Recuperado de http://dacn.mininterior.gov.co/sites/default/files/protocolo_consulta_previa_comunidades_negras.pdf
- Ministerio del Interior. (2018). “Hay 10.300 consultas previas en el marco de 1.177 proyectos”. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/hay-10300-consultas-previas-en-el-marco-de-1177-proyectos-nancy-patricia-gutierrez-2815510>
- Muñoz Onofre, J.P. (2016) *La brecha de implementación. Derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.
- ONIC y CNOA (2011). *Sistematización de procesos de consulta previa en Colombia. Informe de la Confederación Nacional de Organizaciones Afrocolombiana (CNOA) y la Organización Nacional Indígena (ONIC), con el apoyo de Oxfam*. Colombia: Unión Europea, Oxfam, CNOA, ONIC
- Quesada Tovar, C. E. (2013). Economía campesina y crisis de la cultura: una reivindicación de la extensión de la consulta previa a todas las comunidades agrarias. En G. Mesa Cuadros, *Estado Ambiental de Derecho o 'Estado de cosas inconstitucional ambiental': derechos colectivos y ambientales bajo amenaza en la era de las locomotoras normativas* (pág. 82). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. P. 78
- Rodríguez Bernal, A. (2008). *Eje de Buen Gobierno y Resolución de Conflictos*. Gobierno y Políticas Públicas, 17. Bogotá, Colombia: Esap.

Rodríguez, G.A. (2015) Participación y consulta previa en materia ambiental. En: *Memorias Encuentro Constitucional por la tierra*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia

Simbaqueba, S. (2017). Proyectos de interés nacional estratégicos -PINES-, minería y consultas populares en Colombia (Tesis de Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana Facultad De Ciencias Políticas Y Relaciones Internacionales. Bogotá. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/21239/SimbaquebaPerazaJuanSebastian2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Yrigoyen Fajardo, R. Z. (2009). De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. *El Otro Derecho* (40), 49.