



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.

Deficiencias en la reglamentación de la Consulta previa en Colombia.¹

Paola Andrea Ayala Carmona²

Universidad Católica de Colombia

Resumen

La Consulta Previa en el ordenamiento jurídico colombiano se ha definido como el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos a ser consultados cuando se tomen medidas legislativas o administrativas o cuando se va a realizar un proyecto, obra o actividad dentro de sus territorios. Lo anterior con el fin de proteger sus derechos, su integridad cultural, social y política y así garantizar su participación efectiva en las decisiones que puedan afectarlos. La obligación de realizar dicha consulta previa surge de la Ley 21 de 1991 por medio de la cual se aprobó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado en la ciudad de Ginebra en 1989. Las particularidades del ejercicio de esta consulta previa y la forma en que se desarrolla en Colombia han cambiado en los últimos años sustancialmente en parte por las decisiones de la Corte Constitucional lo cual ha desnaturalizado este derecho fundamental, el cual se ha convertido en un elemento de presión frente al gobierno y las empresas privadas que van a realizar proyectos en las zonas de influencia de estas comunidades. En razón de lo anterior, resulta pertinente analizar como este derecho fundamental ha perdido su esencia y se convertido en un obstáculo para la realización de proyecto necesario en el país.

Palabras clave: Consulta Previa, Comunidades, Derecho Fundamental, Control de Convencionalidad, Bloque de constitucionalidad, Participación.

¹ Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del Doctor Jairo Cabrera, docente de la facultad de Derecho, 2018.

² Estudiante de Derecho con materias culminadas y en proceso de grado de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil N° 2108535. Contacto: paayala35@ucatolica.edu.co

Abstract

The Prior Consultation in the Colombian legal system has been defined as the fundamental right of indigenous peoples and other ethnic groups when legislative or administrative measures are taken or when a project, work or activity is to be carried out within their territories. The foregoing in order to protect the rights of communities, their cultural integrity, and ensure their effective participation in decisions that may affect them. The obligation to carry out such prior consultation arises from Law 21 of 1991 by means of which the 169th Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries was approved, adopted in the city of Geneva in 1989. Likewise jurisprudentially the Constitutional Court has recognized prior consultation as a necessary instrument for the participation of ethnic groups. However, the particularities of the exercise of this prior consultation and the way it is developed in Colombia have changed substantially in recent years and this fundamental right has become an element of pressure against the government and the private companies that will carry out projects in the areas of influence of these communities. In view of the above, it is pertinent to analyze how this fundamental right has lost its essence and has become an obstacle to carrying out the necessary project in the country.

Key Words: Prior Consultation, Communities, Fundamental Right, Control of Conventionality, Constitutionality Block, Participation.

Sumario

Introducción. 1. Consulta Previa a comunidades étnicas e indígenas. 1.1 Alcances, naturaleza y características de la Consulta Previa 1.2 Fundamentos Convencionales, Constitucionales y jurisprudenciales de la consulta previa 2. Medidas o proyectos objeto de Consulta Previa 2.1 Extractos de la OIT sobre decisiones sujetas a consulta previa 2. 2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre decisiones sujetas a consulta previa 3. Ámbito de obligatoriedad de la consulta previa en Colombia. 3.1 Minería. 3.2 Infraestructura. 3.3 Hidrocarburos y Energía Eléctrica 4. Consulta previa y Desarrollo del estado. 4.1 Conpes3762 de 2013- Proyectos de interés nacional y estratégicos. Conclusiones. Referencias.

Introducción

La Consulta Previa representa un elemento fundamental en la participación de las comunidades en el desarrollo de obras o proyectos que puedan de una u otra manera afectar sus costumbres, a través de procesos que permitan el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten.

Lo anterior guiado por el principio de buena fe entre las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto, para la eficacia de la consulta. Es necesario resaltar que la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT (Sierra, 2017).

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que los pueblos indígenas, y demás comunidades étnicas tienen derecho a disfrutar plenamente los derechos humanos y libertades fundamentales consagradas en los instrumentos de Derecho internacional (Due Process of Law Foundation, 2014). Los cuales tienen plena cabida en el derecho interno y se constituyen en obligaciones concretas para con los pueblos tribales en el marco de un Estado social de Derecho, lo anterior en consideración de las obligaciones constitucionales y convencionales de los Estados que han suscrito y ratificado las herramientas internacionales sobre la protección de las comunidades (Cubides, Pinilla, Torres & Vallejo, 2016)

Alrededor de la consulta previa la Corte Constitucional ha realizado pronunciamientos importantes que han permitido que este mecanismo amplié su espectro de aplicación en el país, abarcando todos los aspectos formales y materiales de la consulta previa, de ahí su importancia en el ejercicio de su derecho (Martínez, 2017). Por lo tanto, se entrará a analizar la generalidad de las medidas o proyectos que de acuerdo al Convenio 169 de la OIT deben ser consultadas por la posible vulneración o afectación los derechos de las comunidades indígenas.

La falta de reglamentación del tema en Colombia ha permitido que este mecanismo pierda su esencia y se transforme en un mecanismo de presión hacia el gobierno y las empresas

privadas que deben llevar a cabo un proyecto en un área de influencia de una comunidad. Así entonces, el presente artículo de investigación se ha planteado como pregunta de investigación la siguiente, ¿La consulta previa en la actualidad en Colombia cumple con su finalidad esencial frente a los grandes proyectos estratégicos de la Nación que buscan generar y garantizar el bienestar social y económico?

Metodología

La metodología utilizada para la investigación realizada es de tipo análisis síntesis, y tiene como fuentes primarias revistas de investigación indexada y libros que abordan el tema de la consulta previa, su naturaleza y alcances en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. Generalidades de la Consulta Previa a comunidades étnicas.

El mecanismo de consulta previa se ha diseñado con el fin de proteger la identidad cultura y diversidad de las comunidades que habitan en determinado territorio. Si bien en la actualidad ha adquirido la categoría de derecho fundamental, también es una herramienta que suscita un amplio debate por sus alcances.

La consulta previa encuentra su fundamento normativo en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, del cual únicamente 23 países ratificaron el mismo, siendo Colombia el territorio donde más se ha desarrollado, además de ser el país con mayor cantidad de consultas previas en el mundo (Hillón, 2014)

Respecto de lo anterior, como ya se manifestó Colombia es el país de la región latinoamericana que más procesos de consulta previa ha llevado a cabo, con un total de 2000, mientras que Brasil ha realizado 80 de estos, y Ecuador apenas 10 de estas (Ministerio de Interior y Justicia, 2017). Dejando algunos interrogantes en su aplicabilidad, teniendo en cuenta que países con mayor población indígena que la que existe en Colombia han generado menor participación en aspectos de consulta previa, no siendo claras las razones por las cuales tomo tanta fuerza en nuestro país este proceso, contrario a lo que sucedió en los demás países de la región.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que en el ordenamiento jurídico colombiano la Consulta Previa ha sido definida como el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas legislativas o administrativas o cuando se va a realizar un proyecto, obra o actividad dentro de sus territorios. El objetivo principal que persigue este proceso es proteger los derechos de las comunidades, su integridad cultural, y garantizar su participación efectiva en las decisiones que puedan afectarlos (Rodríguez, 2017).

Así las cosas, las particularidades del ejercicio de esta consulta previa y la forma en que se desarrolla en Colombia tienen las siguientes características:

1.1 Alcances, naturaleza y características de la Consulta Previa:

La Consulta Previa es un mecanismo de participación derivado de un derecho constitucional colectivo, se caracteriza por ser un proceso público especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa o proyecto público o privado, susceptible de afectar directamente las formas de vida de los grupos étnicos nacionales (Agencia Nacional de Minería, 2013).

De la misma manera la Corte Constitucional ha expresado mediante su jurisprudencia la importancia de la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico colombiano:

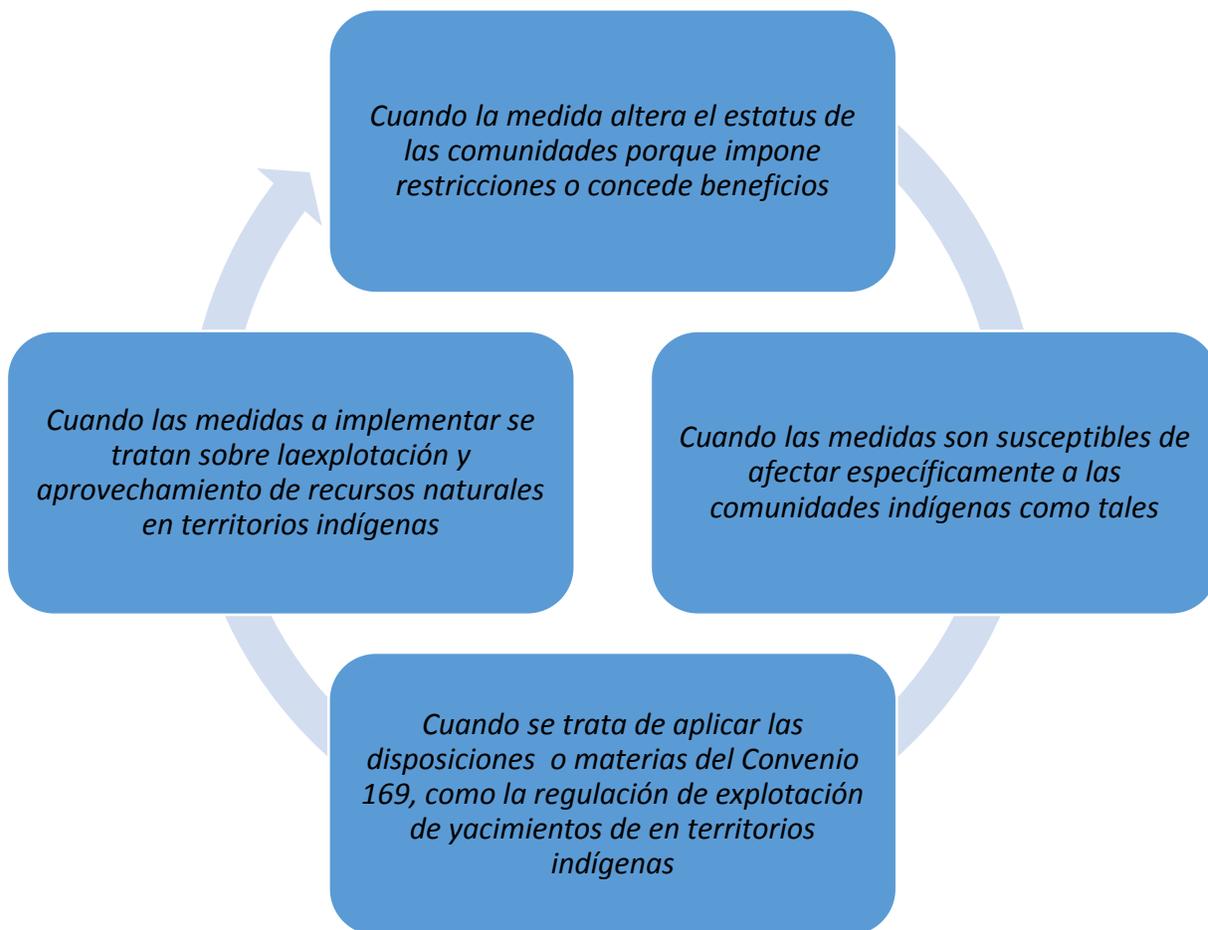
El carácter fundamental de la consulta previa es consecuencia de su vinculación con la defensa de la integridad cultural de dichas comunidades, así como de las condiciones que permiten su supervivencia como pueblos diferenciados. La consulta previa constituye una garantía específica de las exigencias de equidad distributiva y participación, -propias de la justicia ambiental, en relación con los grupos étnicos- siendo un concepto que toma como punto de partida el párrafo del artículo 330 de la Constitución Política, donde se establece la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios (Corte Constitucional, Sentencia T660, 2015).

Como se puede observar la Consulta Previa representa un elemento fundamental en la participación de las comunidades en el desarrollo de obras o proyectos que puedan de una u

otra manera afectar sus costumbres. Valbuena, García, Bernal & Rodríguez (2017) expresan que este mecanismo es un proceso de diálogo y concertación intercultural que busca garantizar la participación real, oportuna (previa) y legítima de las comunidades étnicas en la toma de decisiones, proyectos o actividades que los afecten.

Obsérvese, como al no tenerse claridad de la aplicación de la consulta desde el punto de vista normativo, ha sido la Corte Constitucional a través de sus decisiones, quien ha establecido sub-reglas, principios y criterios para su ejercicio. Así por ejemplo la Sentencia T-660 de 2015 fijo una serie de aspectos para identificar la existencia de una afectación directa a las comunidades, los cuales serán evidenciados en la figura 1:

Figura 1. Criterios para identificar afectación real de proyectos a comunidades



Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, en cuanto al alcance de la Consulta Previa es necesario dejar por sentado que lo que se busca en la realización de estos procesos es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten, lo anterior guiado por el principio de buena fe entre las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto, para la eficacia de la consulta. Es necesario resaltar que la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT (Sierra, 2017).

Puede observarse, que la consulta previa en Colombia ha tenido un desarrollo basado en la aplicación de normativa internacional e interna que ha permitido que se fortalezca este mecanismo de participación. En este sentido pues como lo indica Orduz (2014) la experiencia colombiana de consulta previa tiene algunos ingredientes como la institucionalización normativa temprana de este derecho, que se reconoció en la Constitución Política de 1991 y también con la adopción del Convenio 169.

Este tema ha sido abordado en dos décadas de debates internos, sin embargo, no existe en el país una ley que haya reglamentado este tema, por lo tanto la jurisprudencia se ha encargado de dar las directrices de este proceso en Colombia, lo anterior ha generado que no exista certeza sobre los alcances o la identificación del concepto de afectación directa obras que realmente incida sobre los derechos de las comunidades étnicas e indígenas.

1.2 Fundamentos Convencionales, Constitucionales y jurisprudenciales de la consulta previa:

Como ya se ha expuesto, el Convenio 169 de la OIT establece la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos que puedan afectarlos directamente Morris, Garavito, Salinas & Buriticá (2009). Este Convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad o por lo menos llegar a un acuerdo. A solicitud de varios Estados y comunidades indígenas y étnicas se desarrolló la Guía de Aplicación del Convenio 169 para hacer más entendible su aplicación.

Frente a este instrumento Salinas (2011) explica que Colombia ratificó dicha Declaración con una serie de salvedades; en primer lugar, la de no admitir que deba obtenerse el consentimiento libre, previo e informado para ninguna situación, en segunda lugar no se acepta la desmilitarización del territorio indígena, ni la propiedad de estos pueblos sobre el subsuelo.

Respecto de los fundamentos constitucionales puede decirse que en varios de los artículos de la Constitución Política de 1991 se sustenta de manera indirecta los fundamentos de la consulta previa. Así por ejemplo el artículo 1 establece que Colombia es un Estado Social de Derecho y es una nación democrática, participativa y pluralista.

Al no existir mayor reglamentación sobre la consulta previa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha hecho importantes aportes a la construcción de este proceso en Colombia. Al respecto ha expresado que:

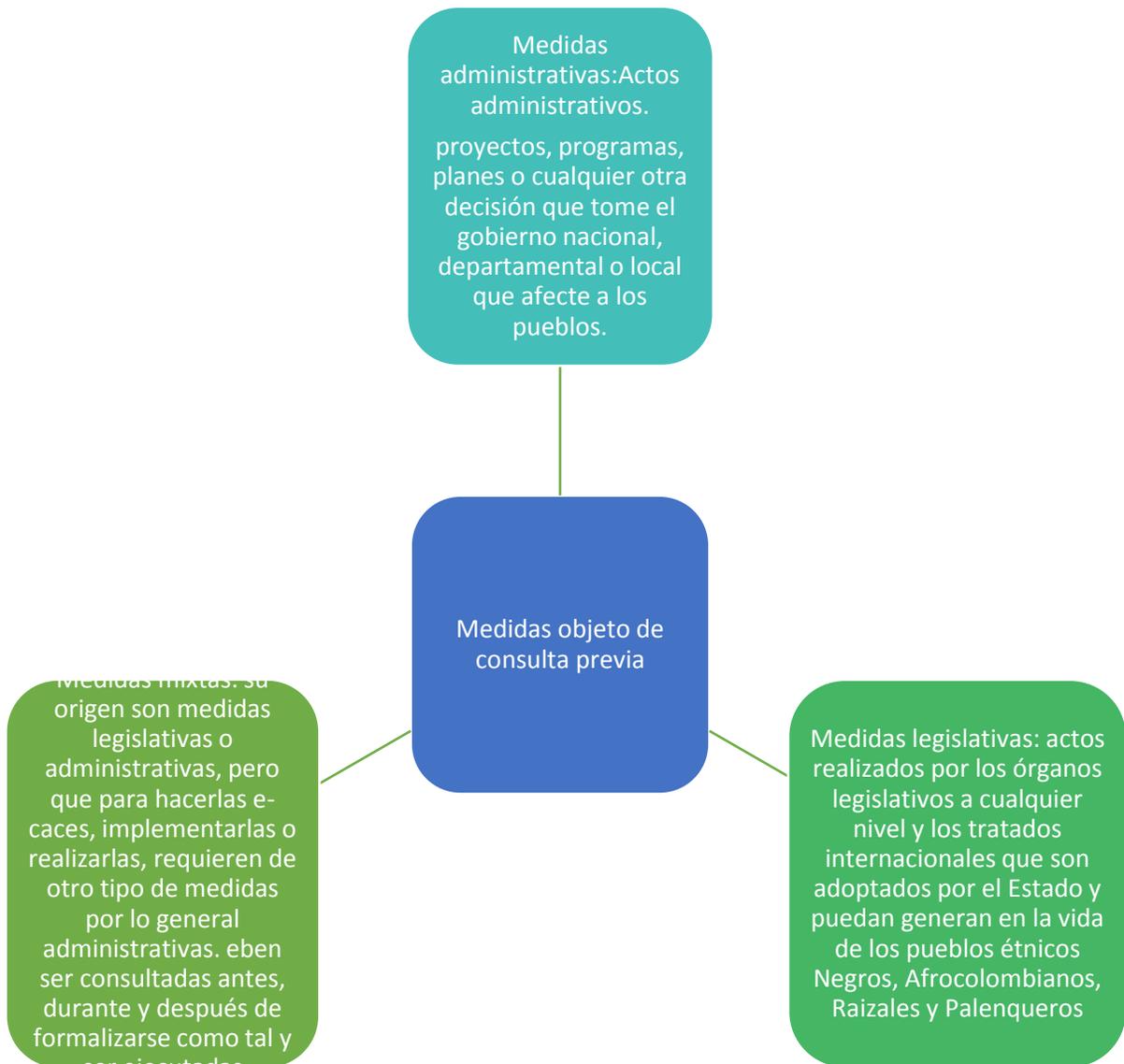
La consulta busca permitir la identificación y el consenso frente a los impactos positivos y/o negativos de los proyectos en cuestión y salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales existentes en la región de que se trata, para lo cual debe facilitarse y permitir la participación activa de los grupos interesados en las discusiones previas, así como en la efectiva toma de decisiones, las cuales deberán ser concertadas, en la medida de lo posible, siempre salvaguardando la buena fe (Corte Constitucional, Sentencia C641, 2011).

Hecho el anterior análisis se procederá a analizar concretamente el ejercicio de la Consulta Previa en Colombia, su alcance y obligatoriedad.

2. Medidas o proyectos objeto de Consulta Previa

Existen una serie de medidas que deben ser objeto de Consulta previa desde los fundamentos legales y jurisprudenciales de derecho internacional y de derecho interno (Ministerio del Interior, 2000). Las cuales se resumen a continuación:

Figura 2. Medidas objeto de consulta previa.



Fuente: Elaboración Propia. Información tomada de Ministerio del Interior (2015).

En este mismo sentido la OIT y la Corte Constitucional ha realizado una serie de precisiones sobre los proyectos que deberían ser sometidos a consulta previa por los países que han ratificado el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Alba, 2014), algunos de estos serán analizados a continuación.

2.1 Consideraciones de la OIT sobre decisiones sujetas a consulta previa:

La OIT ha expresado que el Convenio No. 169 de la OIT tiene como principios fundamentales de la gobernanza democrática, la consulta y la participación. Así mismo, dicho convenio busca garantizar que los pueblos étnicos e indígenas participen de manera plena en decisiones de los gobiernos centrales o locales que podrían llegar a afectarlos (OIT, 2016).

Ahora bien, frente a las decisiones que deben ser objeto de consulta previa, se ha expresado lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen el mismo derecho que el resto de la ciudadanía a participar en la vida democrática general del Estado y a votar en dichos procesos. Asimismo, los Estados tienen la obligación de consultar expresamente a los pueblos indígenas y de asegurar su participación, siempre que se consideren medidas susceptibles de afectarles directamente. Esto no quiere decir que los pueblos indígenas tengan derechos especiales, sino que, dada su situación, se requieren medidas especiales de consulta y participación para salvaguardar sus derechos en el marco de un Estado democrático (OIT, 2016, p.3).

Como se puede observar, la OIT plantea la obligatoriedad de consultar previamente a las comunidades étnicas e indígenas en los casos que se vayan a tomar decisiones que les afecten directamente, lo anterior teniendo en cuenta el derecho de estos grupos de participar activamente en el desarrollo del país.

En concordancia con lo anterior, la OIT ha reiterado los casos en los que se debe realizar consulta previa:

La consulta previa prevista en el Convenio se refiere principalmente a medidas legislativas y administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, o a aquellas relacionadas con la exploración o explotación de recursos minerales o del subsuelo en los territorios donde habitan. Este último ha sido el tema más debatido en la región (OIT, 2011, p.1).

Realizadas las anteriores precisiones, se procederán a continuación a realizar una revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de las decisiones que deben ser sometidas a consulta previa.

2.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre decisiones sujetas a consulta previa:

La Corte Constitucional en la Sentencia C-882 de 2011 hace referencia a que deben someterse al proceso de consulta previa en primer lugar las decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros; en segundo lugar los presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional que afecten directamente a las comunidades indígenas; en tercer lugar las decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades y por ultimo las medidas legislativas.

Es evidente de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional que el ámbito de aplicación de la consulta previa se ha extendido más allá de lo previsto en el Acuerdo 169 de la OIT. Esto se ha generado también por la omisión del legislador de reglamentar el tema y definir cuáles son las decisiones que realmente afectan de manera directa a las comunidades, así las cosas, la Corte Constitucional es quien ha definido el alcance del tema, y su dimensión en la actualidad es desbordada.

En cuanto los criterios para identificar la afectación directa la Corte Constitucional en la Sentencia C-175 de 2009 señala lo siguiente:

La afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados (Corte Constitucional, Sentencia T201 de 2017).

Por lo anterior, se logra inferir que la Corte Constitucional ha sido la encargada de definir los parámetros de la consulta previa en Colombia, ante la falta de una ley que haga lo propio.

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, se entrará a analizar los ámbitos de aplicación por sectores de la consulta previa en Colombia.

3. Ámbito de obligatoriedad de la consulta previa en Colombia

Como ya se manifestó, las actividades o proyectos que en la actualidad requieren cumplir el requisito de consulta previa son también al mismo modo Proyectos De Importancia Estratégica Nacional, los cuales sin lugar a dudas tienen impactos sobre el territorio y por ende deben sobrepasar los requisitos de la consulta previa para su ejercicio.

3.1 Minería:

La minería es una de las actividades económicas que más genera ingresos para el Estado colombiano y su territorio, esto debido a que la riqueza que se encuentra en el subsuelo es propiedad del Estado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 332 de la Constitución política de Colombia de 1991 y es el Estado quien funge como administrador de estos bienes primarios representado por el Ministerio de Minas y Energía ha realizado un gran despliegue jurídico y económico para explotar los recursos minerales que posee en el subsuelo. Históricamente estos recursos han sido y seguirán siendo aprovechadas por el Estado teniendo en cuenta la cantidad de recursos con los que cuenta el país. (Correa, 2017).

Al ser la minería una actividad que se basa en la explotación de recursos naturales requiere de la consulta previa si estos se encuentran en un área en la que habitan comunidades indígenas, étnicas, negras o raizales. Así lo dispuso la Corte Constitucional en su Sentencia SU-039 de 1997 que indica lo siguiente:

La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino

que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades (Corte constitucional, Sentencia SU039, 1997).

Así entonces, como lo indica la Corte Constitucional la consulta previa en materia de explotación de recursos naturales las comunidades deben considerarse como sujetos de derechos fundamentales teniendo en cuenta que el reconocimiento que hace la Constitución Política a la diversidad étnica y cultural del territorio colombiano.

3.2 Infraestructura:

En materia de proyectos asociados a obras de infraestructura tal y como lo indica Fajardo (2017) se han generado una serie de discusiones frente a si este tipo de proyectos al ser de interés general deben ser sometidos a Consulta previa considerando que esto implica un retraso relevante en su ejecución.

Respecto de lo anterior Hernández (2015) realizó un estudio que le permitió determinar que los costos de los proyectos se incrementan de manera significativa en razón a las dilaciones extraordinarias en los procesos, por efectos del cumplimiento del requisito de Consulta Previa. En dicho estudio se evidencia que en algunos procesos se cuenta un costo adicional por los condicionamientos efectuados por agentes externos que intervienen en los procesos de Consulta Previa.

Un ejemplo de los inconvenientes que se presentan en estos procesos, entre muchos otros es el de la Concesión Córdoba – Sucre, en la que el concesionario indica que entre los años 2011 y 2013 se realizó todo el proceso de consultas previas y licencias con las comunidades que estaban censadas en ese entonces por el Ministerio del Interior y posteriormente aparecieron dos nuevas comunidades que no se incluyeron en el proceso de consulta previa, lo anterior genera un desgaste económico y temporal importante en la ejecución de las obras y dificulta los procesos de consulta previa (Cámara Colombiana de la Infraestructura, 2016).

Este es uno de los tantos proyectos retrasados por el proceso de consulta previa, entre otros como la Ruta del sol II o la vía Cali - Buenaventura, Pasto – Ipiales que demuestran las dificultades del gobierno a la hora de aprobar o ejecutar estos proyectos, pues al no existir

reglas claras, cada consulta se encuentra supeditada al arbitrio de las comunidades, sin claridad sobre la norma, tiempo y/o derechos a reconocer.

3.3 Hidrocarburos y energía eléctrica:

En materia de explotación de hidrocarburos y proyectos de energía infraestructura de energía eléctrica la Consulta previa es un requisito necesario cuando la actividad se realice en áreas donde exista presencia de grupos étnicos, negros, raizales y palanqueros. Precisamente en razón de lo anterior la Agencia Nacional de Hidrocarburos (2014) ha desarrollado una guía que desarrolla las buenas prácticas para la exploración y explotación de hidrocarburos que de manera expresa hace referencia a la Consulta previa indicando que en el marco de la buena gestión empresarial la consulta previa representa un mecanismo de interlocución entre la empresa y las comunidades étnicas que están presentes en el área del desarrollo del proyecto.

Respecto de lo anterior, la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia ha expresado la necesidad de consultar las decisiones sobre proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos:

El área de influencia directa es aquella en la cual se van a presentar los impactos sobre el medio biótico, abiótico y socioeconómico causados por las actividades de construcción y operación. Ello implica que este es un concepto amplio, pues no se adscribe únicamente al lugar en el que se pretende ejecutar el proyecto, obra o actividad, sino que se extiende a las áreas en las que se causen afectaciones o intervenciones al statu quo de la comunidad. Ahora, al tratarse de comunidades étnicas, dichos impactos se predicarán respecto de su integridad cultural, su autonomía política y organizativa, y en general del goce efectivo de sus derechos (Corte Constitucional, Sentencia T313, 2016).

Con fundamento en lo expuesto, es importante observar que la consulta previa en este tipo de proyectos se ha vislumbrado como un requisito fundamental para dar inicio a los procesos de exploración, teniendo en cuenta que desde las mismas entidades se ha diseñado una estrategia territorial de hidrocarburos, la cual como primera línea de acción tiene la verificación de las comunidades que se encuentren en el área de influencia de los proyectos. No obstante, como se puede observar en diferentes casos, y en especial en la Sentencia T-011 de 2018 de la Corte Constitucional se cuestiona un proyecto en el que se pretende hacer

una actividad de exploración *off shore* o costa afuera con Ecopetrol se evidenció que en primera instancia aparecieron en el proceso de consulta previa 17 organizaciones indígenas y tres años después existían 77 de estas organizaciones. Lo anterior demuestra que, en la ejecución de los procesos, no solo no se tiene certeza de las comunidades involucradas, sino que en el transcurso y ejecución de la consulta previa aparecen nuevas comunidades que hacen más dificultosa la actividad a desarrollar por el gobierno o las empresas privadas.

Lo anterior, genera incertidumbre jurídica para quienes pretendan invertir en Proyectos Estratégicos Nacionales, esto conlleva a que la consulta previa se haya convertido en un obstáculo a este tipo de proyectos, lo que requiere la intervención del legislador, para que se generen unas reglas claras en la implementación de estos proyectos.

4. Consulta previa y el Desarrollo del estado

En primer lugar, se hará una referencia breve a lo que se considera la autodeterminación de los pueblos con el fin de dejar claro este concepto para el desarrollo del texto. Así entonces, como lo indican Figuera & Ariza (2015) la autodeterminación hace referencia a la posibilidad de las comunidades de escoger su propio devenir y el de su etnia o grupo en las dimensiones política, económica, cultural, territorial, entre otras. Sin embargo, este concepto es incierto en Colombia ya que a pesar de que hay normas jurídicas que hacen referencia a dicha autodeterminación la efectividad de la misma se encuentra en duda.

Ahora bien, en segundo lugar, es necesario dejar por sentado que el Estado colombiano en el cumplimiento de los fines que dispuso la Constitución Política debe ejecutar una serie de obras y proyectos que garanticen el interés general de los asociados. En razón de lo anterior el gobierno colombiano ha diseñado una serie de estrategias y políticas públicas que permitan a las entidades ejecutar los proyectos de manera eficaz.

4.1 Conpes 3762 de 2013- Proyectos de interés nacional y estratégicos:

Este documento Conpes contiene los lineamientos de política para el desarrollo de proyectos de interés nacional y estratégicos (en adelante PINES). Como lo afirma Simbaqueba (2017)

esta política se desarrolló ante la evidencia por parte de las entidades estatales de las múltiples dificultades que afectan la agilidad y viabilidad del desarrollo de los proyectos, lo que hacía necesario que se buscara una solución respecto de los atrasos y sobrecostos en los que caían la mayoría de proyectos.

El documento anterior busco fijar una serie de reglas que permitan identificar los PINES, el cual tiene como propósito identificar con el fin de aumentar significativamente la productividad y competitividad de la economía nacional o regional, que genere impactos en la creación de empleo directo o por vía de encadenamientos y/o la inversión de capital, que genere retorno positivo a la inversión y sea sostenible operacionalmente, además de que genere ingresos significativos a la Nación y las regiones (CONPES 3267, 2014).

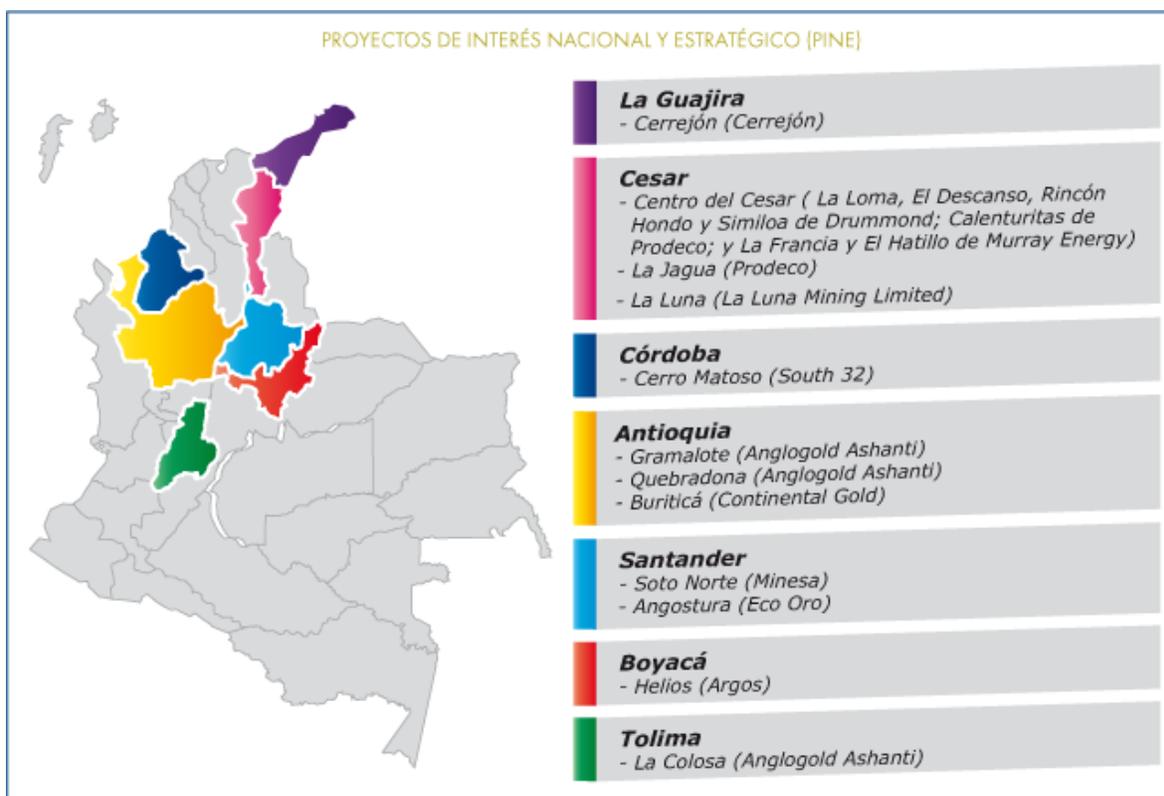
Ahora bien, la validación de los PINES corresponderá al Ministerio cabeza del sector administrativo en donde se encuentre el mayor alcance en el objeto del proyecto. Posteriormente la Comisión Intersectorial de Infraestructura, describirá y justificará el cumplimiento de los criterios y los motivos que lo llevaron a definirlo como tal, para luego someterlo a validación.

La declaración de los PINES tiene la finalidad de que se realicen de manera eficaz los procedimientos de consulta previa con el fin de que se ejecuten de manera rápida los proyectos que generan alto impacto en la política económica y social del país, lo cual en la realidad se convierte en el primer obstáculo para su puesta en marcha y ejecución. Además, un proyecto de esta clase tendrá una licencia ambiental global de expedición privativa del Ministerio de Ambiente, independiente de la naturaleza y componentes técnicos del proyecto.

En razón de lo anterior la Presidencia de la República expidió la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 que contiene una Guía para la realización de la consulta previa, la cual debe utilizarse como herramienta de coordinación interinstitucional, para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno. En los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para el desarrollo de estos proyectos y el decreto 2613 de 2013, que adoptó el protocolo de coordinación interinstitucional para la consulta previa (Rodríguez, 2017).

Ahora bien, para determinar la efectividad de los lineamientos sobre PINES, se trae como referencia la siguiente grafica que da cuenta de este tipo de proyectos en el sector minero:

Figura 2. PINES en el sector minero



Fuente: Ministerio de minas y energía (2018)

Como puede observarse en la gráfica anterior muchos de los proyectos que se describen en esta gráfica, han presentado una serie de retrasos en su ejecución por diferentes causas, así que a pesar de ser PINES no se ha logrado el propósito que se buscó en el Documento CONPES 3762 de 2013, lo que evidencia algún tipo de fallas en los trámites previstos.

Se puede evidenciar que los PINES resultan una iniciativa viable en cuanto han llevado al gobierno a que formalice de cierta manera los trámites correspondientes a la consulta previa y es que debido a los múltiples pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional al

respecto no se tiene mucha claridad sobre el tema en la actualidad, no hay reglas claras ni una ley que se haya ocupado del tema.

En este orden de ideas la Consulta previa en Colombia frente a los PINES actualmente presenta una serie de deficiencias que han hecho que este mecanismo de participación pierda su esencia y se convierta en un mecanismo de presión para el Gobierno. El primer problema que se presenta, es la falta de reglamentación de este mecanismo en el país, ya que no se cuenta con una Ley que defina de manera clara los casos en los cuales se afecta realmente los derechos de una comunidad étnica o indígena, para que su aplicación no se extienda de manera indefinida a toda clase de proyectos (Obregón, 2015), y evite que las comunidades hagan una lista de exigencias frente al proyecto con el propósito de avalar o no en razón del cumplimiento de dichas exigencias.

Como consecuencia de lo anterior, el mecanismo de la consulta previa en Colombia se ha monetizado, ya que los líderes de las organizaciones indígenas y étnicas ponen como condicionamiento a la aprobación de los proyectos una serie de contraprestaciones de carácter dinerario, lo que desvirtúa la figura de participación de toda la comunidad en el proceso y deja la decisión en manos de unos pocos.

Santamaría (2017) indica que es necesario que se definan las situaciones donde se configura una afectación a las comunidades que pueda intervenir en el ejercicio de sus derechos, ya que como se observa desde la experiencia internacional de países como Brasil o Ecuador que limitan las materias que deben ser objeto de consulta previa, teniendo en cuenta la finalidad de la misma.

Lo anterior, es explicado por Orduz (2014) de la siguiente manera:

Dado que en Colombia no hay ley de consulta previa, pero sí una considerable exigencia de su cumplimiento y una extendida práctica de consultas, se ha expandido la idea, por parte de actores no indígenas, que la gran mayoría de problemas relacionados con la consulta previa se resolverían legislándola de forma adecuada. La visión más común sobre la consulta previa que han ayudado a propagar tanto gobernantes como medios de comunicación en los últimos años, es la consulta previa como un requisito para proyectos y leyes, que por no estar regulada, es un caos en la práctica y por lo tanto, un freno al desarrollo (p.23).

Los vacíos jurídicos que se presentan sobre el tema de consulta previa en Colombia han abierto un espacio para que como se ha reiterado en el presente escrito sea la Corte Constitucional quien mediante sus sentencias fije los criterios y alcance de este mecanismo, lo cual ha desencadenó que todas las medidas o proyectos deban someterse a este instrumento, obviando lo principal que es verificar la existencia de la afectación de la comunidad.

Es notorio que el trámite de consulta previa en Colombia, representa un estancamiento en el desarrollo de proyectos de interés nacional, como lo ha identificado en Consejo de Política Económica y Social (2013):

Los principales cuellos de botella que afectan la agilidad y viabilidad del desarrollo de los proyectos en estos sectores son, entre otros, procesos relacionados con la adquisición de predios, con la consulta previa a comunidades, las relaciones con las comunidades de las diferentes regiones, y con los permisos y trámites ambientales; adicionalmente se presentan dificultades internas en las entidades públicas para la resolución de problemas jurídicos asociados a los proyectos (CONPES 3762, 2013).

En razón de los argumentos expuestos anteriormente, es necesario que se replantee el proceso de consulta previa en Colombia, para que cumpla con los fines propuestos, y no se extienda de manera ilimitada a materias que no son necesarias, lo anterior teniendo en cuenta los recursos y el tiempo que se invierte en estos procesos, razón por la cual es necesario crear instrumentos jurídicos que delimiten su alcance y pongan reglas de juego claras para el ejercicio de tan importante derecho.

Conclusiones

La consulta previa es un instrumento importante dentro del ordenamiento jurídico de los países, pues permite proteger la identidad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y étnicas. Su importancia radica en la integración de las decisiones de las comunidades en el desarrollo del país, por esto la comunicación antes de poner en marcha cualquier proyecto para conocer las necesidades de las comunidades e incluirlas en la creación de planes de ordenamiento territorial y en el desarrollo de los proyectos, es parte fundamental para hacer a estas comunidades parte de las decisiones y para no hacerlas sentir aisladas.

Ahora bien, para responder a la pregunta de investigación propuesta debe indicarse que las faltas de reglamentación sobre los lineamientos de la consulta previa en Colombia han permitido que la esencia de la Consulta Previa se pierda por completo y que lo que en principio se planteó como un mecanismo de participación efectiva, hoy sea un mecanismo de presión hacia el gobierno y las empresas privadas en cumplimiento de Proyectos de Interés Estratégico

Precisamente no tener definidas reglas claras sobre cuáles son los proyectos, y medidas legislativas y administrativas que realmente pueden afectar la identidad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, se ha permitido que la consulta previa se extienda de forma injustificada a proyectos que no alteran de ninguna forma a las comunidades.

Así mismo el desarrollo que ha dado a este mecanismo por la Corte Constitucional al no tener una reglamentación interna adecuada, se ha basado netamente en las disposiciones de carácter internacional que son apenas las bases de la consulta a nivel general, pero no han entrado específicamente a regular la materia.

Por lo tanto, resulta absolutamente necesario que se expida una Ley estatutaria que reglamente todos los aspectos relativos a la Consulta previa, ya que esta podrá definir la afectación que puede tener determinado proyecto o medida sobre las comunidades, y realmente definir los proyectos que deben ser objeto de consulta previa, con el fin de que este mecanismo conserve su esencia, y no sea un mecanismo de presión como hoy en día.

Referencias

- Alba, A. (2014). El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional (1st ed.). Madrid: Publicaciones de la Universidad de Usto.
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. (2014). Guía Técnica Colombiana Buenas Practicas sociales para la exploración y explotación de hidrocarburos. Bogotá: ICONTEC. Recuperado de <http://www.anh.gov.co/Seguridad-comunidades-y-medio-ambiente/Documents/GUIA%20TECNICA%20COLOMBIANA%20-%20FINAL.pdf>
- Agencia Nacional de Minería. (2013). Consulta Previa. Bogotá. Recuperado de https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/consulta_previa.pdf
- Cámara Colombiana de la Infraestructura. (2016). El proceso de consulta previa en el sector de la infraestructura. Bogotá. Recuperado de https://www.infraestructura.org.co/filef_contenido.php?IDe=848
- 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
- Correa, D. M. (2017). La consulta previa frente a la minería. Estudio de caso en los resguardos indígenas del noroccidente colombiano. Revista Luna Azul, 46. Recuperado de <http://200.21.104.25/lunazul/index.php/component/content/article?id=277>
- 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.

- Due Process of Law Foundation. (2014). Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas. Washington: DPLF. Recuperado de http://www.dplf.org/sites/default/files/manual_de_pueblos_indigenas.pdf
- Fajardo, 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>
- Hernández, J. (2015). Gestión en infraestructura: efectos de la consulta previa. Asociación Nacional de Instituciones Financieras de Colombia-ANIF. Bogotá. Recuperado de <http://www.anif.co/sites/default/files/investigaciones/premio-icp-reseje0614.pdf>
- Hillón, Y. (2014). La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales. Revista de Derecho, (41), 83-111. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/851/85131029004/>
- Martínez, A. (2017). Garantía de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en el multinacionalismo y el neoconstitucionalismo. Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política, 11(2), 19-51. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1514
- Ministerio del Interior. (2000). ley 70 de 1993 (agosto 27) "Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Recuperado de <https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/ley-70-de-1993-agosto-27-por-la-cual-se-desarrolla-el-articulo-transitorio-55-de-la-constitucion-politica>
- Morris, M., Garavito, C. R., Salinas, N. O., & Buriticá, P. (2009). La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Documentos Número 2. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 1-52. Recuperado de http://www.observatorioetnicocecoin.org.co/files/ConsultaPreviaDjusticia_php.pdf

- Obregón, F. (2015). Procedimiento administrativo de consulta previa frente al contrato estatal de concesión de obra en Colombia. (Tesis de especialización.). Universidad Militar Nueva Granada Dirección De Posgrados De La Facultad De Derecho Especialización En Derecho Administrativo. Bogotá: Colombia. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7598/1/Obreg%C3%B3nRomer%20Faber2015.pdf>.
- OIT. (2011). El Convenio 169 de la OIT: pueblos indígenas e inclusión social. Recuperado de http://www.oit.org/americas/oficina-regional/direcci%C3%B3n-regional/WCMS_178820/lang--es/index.htm
- OIT. (2016). Procedimientos para la celebración de consultas con los pueblos indígenas. Experiencias de Noruega. Ginebra, Suiza: OIT. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_534669.pdf
- Orduz, N. (2014). La consulta previa en Colombia. Santiago de Chile. Recuperado de <http://www.icsoc.cl/wp-content/.../07/La-Consulta-previa-en-Colombia-Natalia-Orduz.pdf>
- Rodríguez, G. (2017). De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia (1st ed.). Bogotá: Editorial Universidad Del Rosario.
- Salinas, C. (2011). La Consulta Previa Como Requisito Obligatorio Dentro De Trámites Administrativos Cuyo Contenido Pueda Afectar En Forma Directa a Comunidades Indígenas Y Tribales En Colombia. Revista Derecho del Estado, 1(27). Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3019>
- Santamaría, A. (2017). La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa. Revista Derecho del Estado, 1(26). Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4579/5374>
- Sierra, J. (2017). La importancia de descolonizar la enseñanza del derecho internacional de los derechos humanos: el caso de la consulta previa en Colombia. Revista Derecho

Del Estado, 1(39). Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5042>

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>

Valbuena, D., García, E., Bernal, P., & Rodríguez, S. (2013). Buenas prácticas en Consulta Previa. Bogotá: Asociación Colombiana del Petróleo. Recuperado de https://acp.com.co/web2017/images/pdf/buenaspracticasygestionsocial/ACP_Toolkit-PIEZA_Buenas_practicasyconsulta_previa.pdf

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-882 de noviembre 23. M.P Jorge Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-660 de octubre 23. M.P Jorge Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-313 de junio 17. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-201 de abril 3. M.P José Antonio Cepeda Amarís.