

**INCIDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA EN
LA CONSTRUCCIÓN DEL EMBALSE LOS BESOTES
PARA LOS HABITANTES DE VALLEDUPAR**

ANADELINA TORIFIO SÁNCHEZ

Código 3500994

TUTOR

FABIÁN ROJAS

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
JUNIO - 2016**

**INCIDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA EN
LA CONSTRUCCIÓN DEL EMBALSE LOS BESOTES
PARA LOS HABITANTES DE VALLEDUPAR**

Anadelina Torifio Sánchez¹

RESUMEN

La Consulta Previa, es un tema de actualidad, ha sido establecida como derecho fundamental según la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y estipulada en el Convenio 169 de 1989, cuyo objetivo es la protección de los derechos colectivos de las tribus indígenas; ha sido cuestionada como figura de oposición en el desarrollo de proyectos de obras en diferentes regiones del país.

Este ensayo, aborda el tema desde la Incidencia de la Consulta Previa en la Construcción del Embalse Los Besotes, ubicado en el departamento del Cesar, como proyecto de solución en la construcción del acueducto para los habitantes de Valledupar. A partir de la Consulta Previa como problemática analizada, los actores implicados (las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de San Marta, y los habitantes de Valledupar) aún no han llegado a generar un acuerdo favorable que permita el desarrollo de un proyecto oportuno, eficaz y en pro del desarrollo para el país. A este respecto se plantea ¿Es la Consulta Previa en su forma aplicada un medio legal y pertinente más adecuado en nuestro país para la toma de decisiones tan importantes como lo es la construcción del Embalse Los Besotes? ¿Qué incidencia ha tenido la Consulta Previa frente a los derechos fundamentales de los actores implicados (habitantes de Valledupar, tribus indígenas de la Sierra

¹ Abogado, Universidad Militar Nueva Granada, actualmente veedora del debido proceso en la aplicación del reglamento del aprendiz, SENA. Candidata a Especialista en Derecho Administrativo.

Nevada)? ¿Cómo afecta la Consulta Previa en la toma de decisiones a un país como Colombia que requiere un desarrollo agrícola e industrial de la región?

Palabras claves: Consulta, Previa, protección, tribus, oposición, incidencia, conflicto, derechos, garantías, solución.

Abstrac

Prior Consultation, which is a topical issue, has been established as a fundamental right according to the International Labour Organization (ILO) Convention 169 stipulated in 1989. Its objective is the protection of the collective rights of indigenous tribes; It has been questioned as opposition figure in the development of construction projects in different regions of the country.

This paper addresses the issue from the impact of Prior Consultation on the construction of the dam Los Besotes, located in the department of Cesar, as a project solving the need of a construction of the aqueduct for the inhabitants of Valledupar. From prior consultation as analyzed problematic, the stakeholders (indigenous communities in the Sierra Nevada of Santa Marta, and the inhabitants of Valledupar) have not yet come to create a favorable agreement that allows the development of an appropriate project, effective and for development for all and the country. In this regard the questions arise: Is Prior Consultation in its applied form a legal and relevant mean more appropriate in our country for making such important decisions such as the construction of the dam Los Besotes? What impact has had Prior Consultation against the fundamental rights of stakeholders (inhabitants of Valledupar, indigenous tribes of the Sierra Nevada)? How does Prior Consultation affect decision-making in a country like Colombia which requires an agricultural and industrial development of the region affected?

Keywords: Consultation, Previous, protection, tribes, opposition, advocacy, conflict, rights, warrants, solution.

INTRODUCCIÓN

La Consulta Previa es una herramienta de protección establecida por la Organización Internacional del Trabajo mediante el Convenio 169 de 1989, y acogido por Colombia en la Constitución de 1991.

Según la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho, con democracia participativa; se establece la Consulta Previa como un derecho fundamental, cuyas características especiales son el de reconocimiento, garantía, y participación para las comunidades indígenas, comunidades negras, raizales, palanqueras y gitanos, permitiéndoles participar en las decisiones en la construcción y el desarrollo de obras de infraestructura a nivel regional y nacional, bajo los términos de la libre autodeterminación y el consentimiento libre, previo e informado.

El problema planteado para el presente ensayo aborda la Consulta Previa, ante una situación histórica concreta: La construcción del Embalse Los Besotes de cara a los derechos fundamentales de los grupos indígenas y los derechos fundamentales de los habitantes de Valledupar (insertos dentro de los derechos del pueblo Colombiano en la Constitución de 1991). Qué se está comprendiendo en dichos contextos, por violación de los derechos fundamentales razón de peso planteada para oponerse a la construcción de dicha obra y que históricamente aún continúa sin ser resuelta. Posteriormente se considerará: los conceptos de Neo constitucionalismo, la ponderación de los derechos y el análisis de documentos sobre la Consulta Previa y las normas que han reglamentado la Consulta Previa en Colombia; dichos elementos son soporte de ayuda para verificar de acuerdo a los reportes bibliográficos, cuál ha sido la incidencia de la Consulta Previa sobre esta situación y los habitantes de Valledupar, quienes además no tienen acceso al agua

como líquido vital por la falta de construcción del Embalse Los Besotes ni tampoco se genera un desarrollo agrícola, cultural, etc. de la región donde siguen implicados la población indígena y civil del país.

Al final del ensayo a modo de propuesta, el lector encontrará un planteamiento de lo que podría llegar a ser un camino de solución a dicha problemática a partir del Derecho Administrativo.

1. Importancia del Embalse Los Besotes

Desde 1969, El Embalse Los Besotes, se formuló como un proyecto en la solución del problema del agua potable para los habitantes de la ciudad de Valledupar, época desde la cual se ha trabajado el diseño y ejecución del proyecto; pero se ha convertido en un problema territorial que enfrenta a las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta y a los habitantes de Valledupar. Mediante la ley 1154 de 2007, fue declarada de Utilidad Pública, cuya finalidad era regular los caudales del Río Guatapurí para garantizar el abastecimiento de agua al acueducto de Valledupar.

Valledupar, capital del departamento del Cesar, actualmente tiene aproximadamente 1.200.000 habitantes, sin acueducto propio que abastezca a la población el suministro del agua como líquido vital para garantizar una mejor calidad de vida y salubridad para sus habitantes; este es un problema que se ha incrementado actualmente con el efecto del fenómeno del Niño, que afecta al país desde hace dos años; razón por la cual la construcción del Embalse Los Besotes se ha constituido en una de las soluciones viables para los habitantes de Valledupar.

Su construcción ha tenido problemas de tipo económico, licencias ambientales y la oposición de los pueblos indígenas basada en sus creencias, y el significado espiritual del Río Guatapurí; razón por la cual se acogen al derecho fundamental de la Consulta Previa para que sean tenidos en cuenta y se les consulte en caso de cualquier intervención en la región.

2. Derechos Fundamentales

Con la constitucionalización del derecho, los derechos fundamentales han sido incluidos en todas las constituciones del mundo. *“Los Derechos fundamentales son aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”* Sánchez (2014, p. 214).

2.1. Derechos de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas están ubicados alrededor del mundo, han sido reconocidos como sujetos de derechos y obligaciones por el derecho internacional, forman parte de la sociedad, con características propias como: identidad, costumbres y cultura; razón por la cual se ha normado la relación de las etnias y las entidades gubernamentales

La Corte Constitucional en la Sentencia SU-039/97 manifiesta:

La comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la

Constitución hace "a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana".

Los derechos de los pueblos indígenas establecidos por las Naciones Unidas son:

a. *Libre determinación*: Es decir, ellos ejercen su autonomía en la solución de los conflictos internos y de su región, a tener su propia estructura institucional, mantener su cultura, costumbres y tradiciones, derecho a participar en las Consultas Previas cuando ven afectados sus derechos, a ser informados, a tener representación por medio de sus instituciones

b. *Derecho a las tierras, territorios y recursos*: Se debe reconocer que a través de los tiempos, los indígenas han tenido arraigo a sus tierras, por lo que se les debe respetar el derecho a su tenencia, ha sido la base de su desarrollo, sus tradiciones, su cultura, su supervivencia e incluso su vida espiritual.

c. *Derechos económicos, sociales y culturales*: Es decir el derecho a desarrollar su propia economía, tener derecho a la seguridad social, educación, empleo, vivienda, desarrollar su propia cultura, y sus tradiciones.

d. *Derechos colectivos*: los indígenas se agrupan; razón por la cual también tienen derechos colectivos, especialmente el cultural.

e. *Igualdad y no discriminación*: El derecho a que se les tenga en cuenta, puedan participar, se les respete su origen y su identidad

f. *Derecho a la Consulta Previa*: Es decir a participar de las decisiones que puedan afectar sus derechos fundamentales, lo cual se debe llevar a cabo bajo los principios de su consentimiento libre, previo e informado.

2.2. Derechos de los Colombianos

La Constitución de 1991 establece los derechos fundamentales para todo colombiano sin discriminación como: el derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a la igualdad y No discriminación, derecho a la intimidad, derecho al buen nombre, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, libertad de cultos, libertad de pensamiento, libre expresión, la honra, la paz, presentar peticiones, derecho al trabajo, debido proceso, a un territorio, ambiente sano, acceso al servicio de agua potable, que es fundamental para la vida humana, entre otros.

En conclusión: Toda persona, llámese indígena, gitano, afrodescendiente, campesino, sin distingo de sexo, raza o religión, nacionalidad están amparados por los derechos fundamentales.

3. Percepción sobre la construcción del Embalse Los Besotes y la Consulta Previa

La Construcción de El Embalse Los Besotes se considera la base para la construcción del acueducto que provea agua a la ciudad de Valledupar; además como una fuente de generación de empleo, y el desarrollo económico de la región; que permita una mejor calidad de vida para sus habitantes; al respecto se han dado dos posiciones contrarias: **la de los pueblos indígenas** de la región que han debatido y controvertido esta obra, defendiendo sus intereses territoriales, la protección de sus derechos fundamentales a la cultura, su vida, sus creencias, sus tradiciones, y la religiosidad que representa para ellos el río Guatapurí, al que consideran como un sitio sagrado y de **los habitantes de Valledupar** quienes

necesitan la construcción del acueducto para satisfacer sus necesidades primarias que les permitan una vida digna y el desarrollo agrícola e industrial de la ciudad.

En el año 2007, se empezó a realizar el trámite correspondiente a obtener la Licencia ambiental, requisito previo para desarrollar obras y proyectos; este fue suspendido por no haberse dado el trámite correspondiente a la Consulta Previa y realizar el acercamiento con los pobladores de la región, con el fin de identificar con claridad los grupos que deben hacer parte de todo el procedimiento, entre ellos: los representantes de los pueblos indígenas que habitan en la zona, -deben estar autorizado hacer tomar decisiones a nombre de sus comunidades - , los entes gubernamentales tales como: el Ministerio del Interior el encargado de garantizar el proceso de la Consulta Previa, la Procuraduría General de la Nación,- quien defiende y garantiza los derechos fundamentales-, la Defensoría del Pueblo - da a conocer los derechos fundamentales - los representantes de las entidades encargadas de la realización del proyecto y los demás que estén interesados en la misma.

Afirma: Alfonso, Grueso, Prada, Salinas (2011). El 8 de mayo del 2007, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial suspendió los términos dentro del trámite de licenciamiento ambiental para el Proyecto multipropósito Los Besotes, en espera a que se cumpliera adecuadamente el proceso de Consulta Previa. En su oficio, el ministerio invoca la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de Consulta Previa para la elaboración del estudio, teniendo en cuenta que se debe garantizar la efectiva participación de las comunidades (oficio 2400- E2-5871/2007). En diciembre del 2008, la Alcaldía del municipio de Valledupar y Emdupar, informaron al Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que habían realizado las reuniones dentro del proceso de licenciamiento ambiental con sectores no

indígenas. Explicaron que el proceso de ajuste del PMA –programa de medio ambiente -requerido no había evolucionado por falta de voluntad de los pueblos indígenas para reunirse. Seis meses después, el Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante auto 1685 del 2009 reconoció al INCODER como solicitante de la licencia ambiental vinculándolo directamente al proceso como titular del proceso de licenciamiento ambiental. (p.162)

Este Embalse Los Besotes, ha sido considerado un proyecto de gran envergadura por parte del gobierno nacional, pero su proceso ha sido lento, han existido factores legislativos tales como: ley 191/1995 art. 9, Ley 843/2003, Ley 2ª/1959, decreto 1320/1998 T-769/2009; que regulan el tema del manejo de las reservas naturales y la conservación de recursos naturales renovables; administrativos, se han llevado a cabo varias audiencias públicas con la participación de las tribus indígenas ubicadas allí; quienes han manifestado no están de acuerdo con la obra, pues consideran el sector un lugar espiritual, de acuerdo a sus creencias; sin que se desarrolle el procedimiento administrativo de la Consulta Previa.

La Consulta Previa es un trámite administrativo, que debe llevarse a cabo de acuerdo a los lineamientos establecidos en las normas que la rigen, la no correcta aplicación del procedimiento incide y por lo tanto afecta derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y los habitantes de Valledupar especialmente el derecho a una vida digna al no poder acceder al servicio de agua potable como fuente de solución de las necesidades básicas y establecido en la Constitución Políticas colombiana; generando un conflicto entre las dos partes, en cuanto se refiere a los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución de 1991 y las normas internacionales.

En Conclusión, la Consulta Previa como procedimiento administrativo debe agotar cada una de las etapas, los participantes tienen derecho a conocer cuál es el trámite

de ésta, y buscar el acercamiento entre las partes que les permita una solución equitativa para todos y satisfechas sus necesidades.

4. El Neo constitucionalismo

El neo constitucionalismo surge después de la segunda Guerra mundial, se dan procesos de evolución o transformación del derecho con los cambios socio-políticos; para lo cual se debe adecuar el ordenamiento jurídico de las naciones, se da importancia a la Constitución dando origen a la Constitucionalización del derecho, se consagran los derechos fundamentales y se tiene como base la dignidad humana.

Santiago (2008) firma: *“el neo constitucionalismo, a través de la función los jueces, contiene una posibilidad de lograr que los derechos constitucionales estén más asegurados frente a la distracción, desentendimiento o violación por parte de los otros poderes de gobierno”* (p.145).

El Neo constitucionalismo considerado como un nuevo modelo de ordenamiento jurídico se caracteriza por el reconocimiento de los principios como fuente principal del derecho objetivo constitucional.

El profesor Prieto Sanchís destaca cinco características del neo constitucionalismo: el predominio de los principios sobre las reglas, el empleo de la técnica de la ponderación, la presencia activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica y finalmente el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del derecho. Nieto (2015, p. 330).

5. Teoría de las reglas y principios: elementos de comprensión en la Consulta Previa

La Consulta Previa establecida como un derecho fundamental debe responder al principio de buena fe, por lo tanto se definirán los términos: Principios, normas, y sus diferencias con el fin de comprender e interpretar el contenido del convenio 169 de la OIT.

5.1. Definición de Principio.

Según Moller (2008), es posible definir los principios jurídicos como normas jurídicas de fuerte carácter axiológico, que ocupan posición fundamental en los sistemas y subsistemas como razones de justificación propia y de otras normas. Poseen generalmente estructura diferenciada que no impone una solución única, pero en el sentido de la protección de determinados bienes, interaccionando con otras normas contrarias a través de proceso de ponderación. (p.297)

5.2. Definición de norma:

La constitución de 1991, es la norma de normas en Colombia.

Alexy (1993, p.3). Las Constituciones democráticas modernas contienen dos tipos o categorías de normas. A la primera pertenecen las que constituyen y organizan los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, es decir el Estado; aquí lo central es la atribución de poder. En la segunda se incluyen las que limitan y dirigen el poder estatal; aquí deben nombrarse primeramente los derechos fundamentales.

5.3. Diferencia entre reglas y principios

Los principios constitucionales algunos los han definido como una garantía, para otros son normas imperativas (de mandato), un punto de apoyo en el momento de razonar una situación, son generales,

Según Ávila (2013). Para Dworkin “los principios en sentido genérico se refieren a todo el conjunto de los estándares que no son normas. Un principio es un estándar que ha de ser observado, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. Para Alexy la distinción entre reglas y principios constituye el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales...y un punto de partida acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Para Manuel Atienza y Ruiz Manero: En primer lugar, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios.

Las reglas son el camino, estas indican que hacer, son precisas, exigentes.

Romero (2013) Afirma: que Ávila entiende a las reglas como normas inmediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas y con pretensión de decidibilidad y comprensión,... los principios son entendidos como normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción.

5.4. Derechos fundamentales:

Para algunos autores los derechos fundamentales son conocidos como principios: *“La idea de que los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización, implica desconocer la indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales y soslayar la discrecionalidad del juez constitucional”* (Pulido, 1989, p. 282).

Cuando existe un conflicto entre principios y/o derechos fundamentales, se hace necesario buscar el medio de resolverlos, de tal manera que les permita a todos los participantes de la Consulta Previa satisfacer sus intereses y realizar los proyectos para el desarrollo socio económico de la región,

6. La ponderación un camino de viabilidad administrativo

La Constitución de 1991, es la norma de normas para el derecho colombiano y toda decisión debe hacerse conforme a lo allí estipulado, su carácter es vinculante, como también lo es el convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, dos normas en las que se reconocen los derechos fundamentales para los colombianos y para los grupos étnicos, afrodescendientes, rom, palenqueros y raizales respectivamente; las cuales precisamente en su aplicación en el caso de la Consulta Previa enfrentan un choque de derechos fundamentales.

Vintimilla (2010), manifiesta que: El jurista Pulido explica claramente que las reglas se aplican por medio de la subsunción, en cambio, los principios se aplican mediante la ponderación, a veces conocida como razonabilidad, proporcionalidad en lato sensu o interdicción de la arbitrariedad. Por ello, la ponderación se ha transformado en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales, aunque diría con más concreción para la aplicación de los derechos constitucionales vigentes donde se busca fomentar una prohibición de excesos o defectos. (p.54)

Jiménez (2009). Afirma: R. ALEXY la denominada ley de colisión, en virtud de la cual las circunstancias que integran la condición de la relación de precedencia son el presupuesto de hecho de una regla cuya consecuencia jurídica es el juicio de deber ser que se deriva del principio precedente. De este modo, la resolución de una colisión de principios a través de la ponderación, es decir, mediante el establecimiento de una relación de preferencia condicionada, implica la creación de una nueva norma en virtud de la cual, si se dan las circunstancias señaladas, deberá aplicarse la consecuencia jurídica que se deriva del principio al que se ha otorgado prevalencia. (p.8)

La ponderación, surge como un método para resolver este tipo de conflictos, es considerado una fórmula de pesos que permite establecer cuál de los derechos fundamentales prevalece y se ajusta al caso.

Manifiesta Guibourg(s.f):de acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización y el principio de la optimización es la clave de bóveda de la racionalidad. La optimización es fácil en economía, porque disponemos de la moneda como instrumento de medida. Pero en un conflicto entre principios jurídicos, optimizar significa encontrar la mejor solución mediante su ponderación. (p.4).

Los métodos al ser aplicados requieren de un procedimiento; en el caso de la ponderación de ben seguir tres pasos:

En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del

principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro. Alexy (p. 7).

En Colombia, el método de la ponderación debe ser contemplado, de acuerdo a lo estipulado por la Corte Constitucional, así lo manifestó en:

Sentencia No. T-425/95. En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad.

Para la doctrina jurídica la ponderación también tiene significado e importancia.

Burga, (p. 267) manifiesta: *“considero que el principio de proporcionalidad debe ser utilizado no como respuesta a una situación de conflicto de derechos, sino como una garantía de racionalidad para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador...”*

En conclusión, el conflicto de los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución de 1991 para todos los Colombianos y los adoptados para los grupos amparados por el convenio 169 de la OIT, no debe ser un obstáculo si se tiene en cuenta que existen métodos como la ponderación que al ser aplicada en el caso de la Consulta Previa vs Constitución 1991, se puede dirimir el choque que existe entre los derechos fundamentales de los habitantes de las ciudad de Valledupar y los

grupos indígenas de la zona en la cual está proyectada la obra del Embalse Los Besotes.

7. Consulta Previa

En los últimos 20 años, los organismos internacionales Derechos Humanos, la OIT y la ONU han trabajado arduamente en el tema de los grupos étnicos para posesionarlos y proporcionarles garantías de sus Derechos Humanos; surgiendo de esta manera la necesidad de buscar un mecanismo de defensa por el respeto por sus territorios, creencias y la participación en la toma de decisiones en proyectos realizados cerca o en sus territorios, por lo que surge la Consulta Previa.

El tema de la Consulta Previa ha sido estudiado por diferentes autores, revisemos algunos fundamentos expuestos por estos: *“La Consulta Previa tiene un reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos, La Constitución, la Ley, la Jurisprudencia constitucional, administrativa, y la doctrina”* Morales (2014, P.38)

Según Vela. (2014). La Consulta Previa puede definirse como un instrumento o mecanismo que permite a los pueblos indígenas participar ante los poderes Estatales, en la toma de decisiones que les afecten en forma directa, y de esta manera, delimitar sus prioridades y tomar partido en la definición de sus políticas y directrices, lo cual asegura además, que sus otros derechos sean respetados, que sus intereses sean tenidos en cuenta como válidos, y que se propenda por la preservación de su integridad étnica, social, económica y cultural, pues esto asegura su subsistencia como grupo social.

Para Rodríguez (2011). La consulta se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos y comunidades de decidir sus propias prioridades en

lo que concierne al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural...

La jurisprudencia colombiana también se ha pronunciado con respecto al trámite que se debe llevar en la Consulta Previa, y el derecho de inclusión de los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre las obras que han de construirse dentro de su territorio.

La Consultas Previa, es un verdadero trámite administrativo basado en la buena fe mediante el procedimiento establecido y con el respeto por el debido proceso; es obligatoria, exige como requisito a las empresas para obtener la licencia ambiental, la participación en la elaboración de los planes y estudios del impacto sobre los recursos naturales y la afectación sobre los territorios indígenas; es necesario dar estricto cumplimiento a las etapas de: Pre consulta, se busca el acercamiento con los indígenas, se informa sobre el proyecto y sus incidencias, Consulta Previa; una vez se conoce quienes son los representantes y partes involucradas – autoridades- empresa encargada de la obra, se informa cuáles son las actividades que han de llevarse a cabo, el impacto de la misma , las medidas a tomar en el desarrollo del obra y los compromisos adquiridos por las partes, se hacen cuerdos y se adquieren compromisos; para lo cual se elabora un acta en donde se plasma todo el procesos, compromisos y responsabilidades; Pos consulta, se hace el respetivo seguimiento a los pactado; el principio fundamental de la Consulta Previa es la Buena Fe; además se debe garantizar la participación de las comunidades quienes deben ser informadas sin reparo sobre este procedimiento.

La Corte Constitucional en la sentencia C-891 de 2002 reitera que al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos. En fin, el Convenio establece claramente cuándo las consultas son obligatorias.”

Este megaproyecto no ha sido desarrollado y fue excluido del plan nacional periodo 2014-2018, su futuro es incierto y la discusión continua, la posición de las partes no han sido reconciliadas, y adicionalmente detrás de esta obra surgen otros intereses de explotación como la minería, las audiencias realizadas no han sido fructíferas y el Proceso de Consulta Previa requisito indispensable no ha sido desarrollado.

Según C-849/14, la Corte Constitucional analiza el caso y establece que “la Consulta Previa no debe considerarse como una garantía aislada. Constituye el punto de partida y encuentro de todos los derechos de los pueblos indígenas, en tanto condición de eficacia de su derecho a adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales”. Tiene esa doble connotación de derecho fundamental y obligación del Estado a celebrar consultas con los pueblos indígenas, la cual se fundamenta en el reconocimiento universal “de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la

necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas”.

8. Conclusiones

Colombia ha sido cuna de pueblos indígenas, actualmente están reconocidos 102 pueblos; también hay varios que están corriendo el peligro de ser extinguidos; pero es el Estado el responsable de la protección de los habitantes de Colombia; y es precisamente ahí en donde la Consulta Previa se instituye como fórmula de garantía para la protección de los derechos colectivos de estos grupos; cuya decisión puede afectar los intereses de los indígenas y los intereses de los demás habitantes de la región.

El proceso de la Consulta Previa, se ha convertido en una limitante en el desarrollo de Obras a Nivel Nacional porque: 1) el proceso administrativo en caso de no ser realizado bajo los parámetros establecidos por la normas internacionales, constitucionales y jurisprudenciales resultan Consultas Previas nulas, 2) la oposición de los pueblos indígenas de la región por afectación a sus territorios ancestrales, 3) el conflicto de intereses entre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y los derechos fundamentales de los colombianos. Por lo que se hace necesario buscar el punto de equilibrio que permita a todos los involucrados una solución viable.

Los conceptos jurisprudenciales han resuelto conflictos por participación y acceso a la información y decisiones en obtención de licencias ambientales que puedan afectar a los integrantes de las tribus indígenas en cuyos territorios se ha desarrollado megaproyectos, para salvaguardar culturas indígenas; pero para los habitantes de la ciudad de Valledupar, el estado colombiano ha olvidado la manifestación hecha por la Corte Constitucional mediante T-413 de 1995: *“el agua como un derecho fundamental, y que constituye fuente de vida y la falta del servicio*

atenta directamente contra el derecho fundamental a la vida de las personas”; es decir, el bienestar de los habitantes de Valledupar es una obligación del estado, quien debe buscar fórmulas inmediatas para resolver el conflicto de intereses entre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y los derechos fundamentales de los habitantes de Valledupar para quienes debe primar el servicio de agua potable como un mínimo vital para sobrevivir, tener una buena calidad de vida, excelentes condiciones de salud y el desarrollo económico, social y cultural para la región.

El conflicto de intereses entre los derechos fundamentales establecidos en el convenio 169 de la OIT y la Constitución política colombiana, han de buscarse mediante un estudio minucioso de cada uno de los derechos fundamentales de las dos partes – indígenas de la región y los habitantes de Valledupar - utilizando el método de la ponderación, mediante el cual se podrá determinar cuál o cuáles son los derechos fundamentales que sopesan y que permitan nuevos conceptos jurídicos para reglamentar la Consulta Previa, su aplicación y la protección al derecho a acceder al agua potable y el bienestar de los habitantes de Valledupar.

Referencias

Alexis Robert, (2008). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Pág.

3. *Recuperado de www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf*

Alfonso T, Grueso L, Prada M y Salinas Yamile (2011). Derechos enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia, nueve casos de estudio. Colección Estudios CIJUS, Universidad de los Andes, p162. Bogotá.

Arroyo, J.L. (2009). Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. InDret revista para el análisis del derecho. Madrid, p.8.

- Ávila, R.J (2013). Sobre La Distinción Entre Reglas y Principios: Algunas Precisiones Conceptuales.
Recuperado.<https://constitucionmedica.wordpress.com/.../sobre-la-distincion-entre-re...>
- Bernal, P.C. (2007). Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? *Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 30, p.282.
- BURGA, C. A. M. Doctrina constitucional. El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta constitucional* N° 47. Recuperado de www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.../Burga_Coronel.pdf
- Guibourg . R.A. (2015). Alexy y su fórmula del peso. Recuperado de www.derecho.uba.ar/.../2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf
- Jahncke B. J y Meza R. (2010). Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas. Lima, Peru.
- Moller, M. (2008). La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos. Tesis doctoral, Universidad de Burgos. España
- Nieto, E.H. (2008). El neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación ¿son realmente proyectos convergentes? *Revista IUS* No. 36, p.330.

Rodríguez, G.A. (2014). De la consulta previa, el consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas. Colección diversidades étnica y cultural. 1ª. Edición, 2014.

Sánchez M, A. L (2014). Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales. Revista Filosófica Eikasia, p. 214.

Santiago A, (2008). Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Neoconstitucionalismo sesión privada del Instituto de Política Constitucional (p.145).Recuperado [ancmyp.org.ar/user/files/02 neoconstitucionalismo.pdf](http://ancmyp.org.ar/user/files/02_neoconstitucionalismo.pdf).

Sentencia T-413 de 1995.T- Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia SU 039/1997. Magistrado ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-891/2002. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería

Sentencia T-849/2014. Sala octava de revisión Ref.: Exp.T-4.426.463 Magistrada Ponente Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.