

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

TRABAJO DE GRADO

**PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE FUNDAMENTAN LA
CONSULTA PREVIA.**

AUTORES

CAMILO ALFONSO MAYORGA RONCANCIO

CARLOS JOSÉ ALARCON GARZÓN

BOGOTÁ D.C. 2015

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

TRABAJO DE GRADO

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE FUNDAMENTAN LA

CONSULTA PREVIA.

AUTORES

CAMILO ALFONSO MAYORGA RONCANCIO

CARLOS JOSÉ ALARCON GARZÓN

ASESOR METODOLÓGICO

DR. DAVID GARCÍA VANEGAS

BOGOTÁ

2015

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

JUSTIFICACIÓN

PROBLEMA DE INVESTIGACION

Planteamiento del problema

Formulación de la pregunta de investigación

HIPOTESIS

OBJETIVOS

Objetivo General

Objetivos Específicos

ESTADO DEL ARTE

Marco Histórico

Resúmenes analíticos de investigación (RAI)

RAI 1

RAI 2

RAI 3

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

Marco Jurídico

CONCLUSIONES

PROPUESTA

ENFOQUE METODOLÓGICO

BIBLIOGRAFÍA

Normatividad

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Consejo de Estado.

Sitios Web Consultados

INTRODUCCIÓN

A raíz del convenio 169 de la OIT, el cual toca el tema de los principales derechos de las comunidades indígenas, o tribales, específicamente comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y ROM, a ser consultados a través de unos procedimientos establecidos, a través de sus instituciones representativas, es decir, a que se les incluyan dentro de las decisiones de las administraciones públicas, procedimientos que deben efectuarse de buena fe y acordes a las circunstancias que conllevan a determinada situación.

Ahora bien, partiendo de la premisa que Colombia con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se estableció como un Estado Social de Derecho, como una república democrática, participativa y pluralista, tiene como hito la prevalencia del interés general, razón por la cual al ser un estado garante de derechos, debe facilitar la participación de todos en las decisiones que puedan afectar a la ciudadanía de una forma u otra.

De igual manera el estado propende por la protección de la diversidad étnica, así como de las riquezas culturales y naturales de la nación, lo cual conlleva a dar cierto estatus a las lenguas y dialectos de los grupos étnicos ubicados en el territorio nacional, los cuales son oficiales en cada uno de sus territorios.

Así las cosas, la Constitución Política de Colombia propende por la participación democrática de cada una de las estructuras generadas en las comunidades indígenas o tribales, razón por la cual es importante determinar cuál ha sido el desarrollo normativo y jurisprudencial que se ha dado en materia de consulta previa dentro del territorio Colombiano, y cuál ha sido la manera de hacer efectivo el derecho a la consulta previa por el gobierno nacional.

La línea de investigación a seguir es la de Derecho Constitucional, Administración de justicia y Bloque de constitucionalidad del programa de investigaciones de la Universidad la Gran Colombia.

JUSTIFICACIÓN

Dentro del proceso de consulta previa que lidera el Ministerio del interior, a través de su Dirección de Consulta Previa, cuya creación surgió a través de la escisión de los Ministerios del Interior y Ministerio de Justicia y del Derecho, se configura el proceso consultivo, en el cual se integran los actores de la consulta previa, tales como: comunidades étnicas, los ejecutores de proyectos, obras o cualquier actividad que podría afectar el desarrollo de las comunidades y el Estado, a través del Ministerio del Interior, este último encargado de la coordinación de la consulta previa.

De igual manera cabe mencionar que existen otros intervinientes, tales como los órganos de control, autoridades ambientales, y órganos del sector descentralizado como autoridades de municipios y departamentos.

Si bien es cierto, la dirección de Consulta Previa fue creada mediante el decreto 2893 de 2011, desde el año 1992 se ha presentado un gran desarrollo jurisprudencial respecto al tema de la consulta previa, pues como se ha mencionado esta se garantiza por la constitución política de 1991; dentro de estas sentencias podemos encontrar la sentencia T 428 de 1992, incoada por el resguardo indígena de Cristianía, en el municipio de Jardín Antioquia, a la firma Solarte y Ministerio de obras públicas, como consecuencia de la construcción de la troncal del café

Al momento que se presentan interesados en ejecutar proyectos u obras en territorios que cuentan con asentamientos de comunidades étnicas, se hace necesario efectuar un trámite de solicitud de certificación ante la dirección de consulta previa del Ministerio del Interior, como requisito previo a la ejecución de contratos de obra en estos territorios específicos.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio del Interior, da inicio a los tramites que preconsulta y consulta, a fin de otorgar o negar la solicitud de certificación efectuada por los interesados; para esto es necesario conformar un equipo que se encargará de la consulta previa; para este proceso La entidad mencionada convoca a la procuraduría General de la Nación o a la Defensoría del Pueblo, según la consulta que se vaya a efectuar.

Para continuar con el proceso de la consulta previa, es necesario efectuar una reunión de presentación a la comunidad que se podría ver afectada, en la cual se expone un marco jurídico y se explica en que consiste la consulta y cuáles son los derechos y deberes que tienen sobre la misma; posterior a esto, el ejecutor presenta el proyecto que se va a efectuar, detallando los impactos que este podría generar, en dicha presentación se abre un escenario participativo para la formulación de inquietudes.

Finalmente dentro del proceso de preconsulta, en presencia de las comunidades étnicas, entidades públicas y el ejecutor del proyecto, se construye la ruta metodológica de la consulta previa, determinando los lugares y fechas en que se llevarán a cabo las reuniones necesarias.

Una vez surtido el trámite previo, se convoca a los órganos de control pertinentes, posteriormente los intervinientes dentro del proceso de consulta previa, definen las medidas adecuadas para prevenir, corregir, mitigar o compensar las potenciales afectaciones que generará cada proyecto.

Finalmente se definen los acuerdos producidos en la consulta con las medidas acordadas y los plazos de ejecución, se protocolizan los acuerdos y se establece un grupo de seguimiento para proceder a efectuar el cierre de la consulta.

Partiendo del termino de referencia que las personas naturales o jurídicas deben contar con una certificación expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio

del interior, a fin de cumplir el requisito necesario para ejecutar los mencionados contratos y evidenciando un procedimiento por parte del gobierno nacional, es necesario determinar cuál ha sido el fundamento legal que se ha tenido para garantizar los derechos de las comunidades étnicas dentro de la ejecución de contratos de obra pública en el país, pues estos conllevan un gran impacto ambiental, económico, social, entre otros, cuando recaen en territorios de poblaciones que gozan de una protección especial.

PROBLEMA DE INVESTIGACION

Planteamiento del problema

Teniendo en cuenta que la consulta previa es un dialogo que efectúa la administración del estado con los grupos étnicos establecidos en el territorio nacional, a fin de tomar decisiones relacionadas con proyectos, obras o cualquier tipo de actividad que pueda afectar el desarrollo de dichas comunidades, en procura de proteger la integridad étnica y cultural, y teniendo en cuenta que no se trata solo de una relación del estado con las comunidades, sino que también tiene una gran repercusión en el sector empresarial tanto nacional como internacional.

Formulación de la pregunta de investigación

¿Cuáles son los fundamentos constitucionales y legales de la consulta previa en el caso de la realización de contratos de obra pública en Colombia?

HIPOTESIS

El derecho a la consulta previa está fundamentado en la Constitución Política de Colombia de 1991 y ratificado mediante el convenio 169 de la OIT, de igual manera la necesidad de efectuar el proceso de consulta previa tomó fuerza con la inexequibilidad de la (Ley 1382 del 2010) " Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas", mediante sentencia C-366 de 2011, es decir 20 años después de la promulgación de la Carta Política.

Como hecho paralelo, el Gobierno Nacional al momento de efectuar la escisión de los Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho, mediante el decreto 2893 de 2011 "Por la cual se modifica los Objetivos, la Estructura Orgánica y Funciones del Ministerio del Interior y se Integra al Sector Administrativo del Interior" creó la Dirección de Consulta Previa, encargada de "Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la materia", efectuando un trabajo coordinado con las "direcciones de asuntos indígenas, ROM y minorías y asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras". (DAFP, 2011)

Ahora bien, se puede evidenciar un despliegue normativo y unos procedimientos específicos para efectuar el proceso de consulta previa, que como se mencionó anteriormente tomaron fuerza desde el año 2011, además, la administración de justicia se ha pronunciado en diversas ocasiones mediante fallos en acciones de tutela, sentencias de unificación y fallos de la corte constitucional de Colombia acerca de la aplicación de dicho mecanismo que garantiza la participación de las comunidades étnicas de Colombia en la celebración de varios contratos de obra pública.

OBJETIVOS

Objetivo General

Analizar las normas constitucionales y legales que reglamentan la consulta previa en la Contratación Estatal, en particular en el contrato de obra pública

Objetivos Específicos

- Realizar un inventario y análisis de las principales normas de carácter constitucional y legal que orientan la consulta previa.
- Efectuar un recorrido histórico sobre el concepto de consulta previa y su aplicación en Colombia, estableciendo comparaciones con la legislación de otros países.
- Señalar la incidencia de la consulta previa como mecanismo que garantiza la participación de las comunidades étnicas de Colombia en la celebración de varios contratos de obra pública en los años 2012 y 2013.

ESTADO DEL ARTE

Para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos (Ariza, 2010)

El derecho a la consulta previa se encuentra amparado en la Constitución política de Colombia de 1991; en Colombia se ratificó el convenio 169 de 1989 de la OIT mediante la ley 21 de 1991.

Este panorama empezó a cambiar entre 1995 y 1998. En esa época se inició su implementación como instrumento jurídico formal de obligatorio cumplimiento, siendo en este proceso fundamental las tensiones entre los diferentes agentes implicados (incluidas las generadas al interior de las instituciones que conformaban el Gobierno nacional) sobre su definición o la forma de llevarla a la práctica (Hillon, 2010)

La Sentencia SU-039 de 1997 señaló los parámetros para la realización de las consultas previas con los grupos étnicos del país y en ella encontramos importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades

Con la expedición del decreto 2893 de 2011, el Ministerio del Interior empezó a liderar el proceso de consulta previa a través de la Dirección de Consulta Previa

Dentro del proceso, se expidió la directiva presidencial 10 de 2013, en la cual se detallan las etapas que debe surtir todo proceso de consulta previa, para el desarrollo de proyectos, obras o actividades

El contrato de obra pública, por sus caracteres, es un contrato bilateral o sinalagmático, a título oneroso, consensual, nominado, conmutativo, principal, simple y de cumplimiento sucesivo (Escola, 1979) por lo anterior se entrará a analizar la verdadera incidencia de la consulta previa en el proceso contractual de éstos.

Marco Histórico

El derecho a la consulta previa se encuentra amparado en la Constitución política de Colombia de 1991, al conformarse como un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, de igual manera la carta política garantiza derechos tales como la diversidad étnica, la participación democrática, la diversidad cultural, entre otros.

Cabe anotar que Colombia ratificó el convenio 169 de 1989 de la OIT mediante la ley 21 de 1991, el cual trata el tema de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, es decir a la luz de la constitución de 1991.

Ahora bien, “La Sentencia SU-039 de 1997 señaló los parámetros para la realización de las consultas previas con los grupos étnicos del país y en ella encontramos importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades”. (Rosario), jurisprudencia que marco un gran directriz para la realización del proceso de Consulta previa, esta situación se evidenció en el trámite del proyecto de explotación de hidrocarburos “Explotación sísmica bloque samore”

Posteriormente se generaron nuevas manifestaciones de la administración de justicia en los años 1998, 2003, 2006, 2008, 2009, 2010 y 2011 año en el cual se empezó a desarrollar de manera seria el proceso de consulta previa por el Gobierno Nacional.

La Ley 1382 de 2010, en su integridad, es inexecutable comoquiera que viola los artículos 2º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, que consideran hace parte del bloque de constitucionalidad. Lo anterior, porque no fue consultada a las comunidades indígenas y afro descendientes antes de la radicación del proyecto de ley por parte del Ministerio de Minas y Energías, ni durante su trámite en el Congreso. (Sentencia C-366/11)

Con la expedición del decreto 2893 de 2011, el Ministerio del Interior empezó a liderar el proceso de consulta previa a través de la Dirección de Consulta Previa,

articulando sus procedimientos con la dirección de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y la dirección de asuntos indígenas, ROM y minorías.

Dentro del proceso, se expidió la directiva presidencial 10 de 2013, en la cual se detallan las etapas que debe surtir todo proceso de consulta previa, para el desarrollo de proyectos, obras o actividades.

Resúmenes analíticos de investigación (RAI)

RAI 1

Andrés Felipe Figueroa Pérez, en el trabajo titulado: “La omisión de la consulta previa como causal de nulidad del acto administrativo”, desarrolla los momentos en los cuales la consulta previa se configura como un derecho fundamental, así como cuando se toma como un procedimiento necesario dentro de la planeación de intervenciones en zonas habitadas por comunidades indígenas y comunidades afro descendientes.

Dentro del documento se puede apreciar con claridad el problema planteado en cuanto al hecho de considerar la consulta previa como un simple procedimiento que podría generar eventualmente una causal de nulidad de cierto acto administrativo, o el hecho que la consulta previa a través de la jurisprudencia ya es contemplada como un derecho fundamental de las comunidades étnicas que la pueden hacer efectiva a través de diversas acciones jurídicas.

De igual manera se puede evidenciar una coherencia en el objetivo principal a desarrollar, el cual se centra en “definir si la omisión de la consulta previa debe ser considerada como una causal de nulidad del acto administrativo” junto con la problemática de la investigación enfocada hacia la distinción que hacen las altas cortes frente al concepto de la consulta previa y su incidencia respecto a la misma como causal de nulidad de actos administrativos y el desarrollo de los capítulos, pues delimita cada una de las circunstancias que pueden evidenciarse en el desarrollo de la consulta previa, y las

consecuencias jurídicas que esta puede acarrear, tales como la nulidad de actos administrativos, de acuerdo a lo contemplado en la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, lo anterior partiendo de la base que el Consejo de Estado lo ampara como requisito de procedibilidad frente a actos administrativos, mientras la corte constitucional ha elevado la consulta previa a rango de Derecho Fundamental..

Dentro de los aspectos más relevantes, el autor indica las circunstancias en las cuales se aplica la consulta previa, tanto en su sentido restrictivo, es decir, la consulta previa es un mecanismo mediante el cual la administración pública debe informar de manera previa a cualquier intervención que pueda afectar el desarrollo étnico social de las comunidades indígenas y afrodescendientes dentro de la ejecución de obras públicas o el otorgamiento de concesiones, las cuales deben dar un consentimiento expreso sobre la intervención o ejecución de proyecto a efectuar.

Frente a la nulidad de actos administrativos por omisión del requisito de la consulta previa, detalla los momentos en los cuales un acto administrativo podría ser susceptible de nulidad, tales como:

1. La administración pública efectúa el trámite de consulta previa de acuerdo a los tiempos consagrados en la ley para la misma, sin embargo, desconoce los intereses de la comunidad étnica, así como el consentimiento expreso de la misma, expidiendo el acto administrativo de forma arbitraria y en total contravía de los derechos fundamentales de las comunidades afectadas, es acá donde la corte constitucional ha entrado a proteger el proceso de la consulta previa no solo como un trámite previo y necesario a cualquier intervención, sino como un derecho de rango fundamental de las comunidades étnicas.

2. El acto administrativo es susceptible de ser anulado cuando dentro del trámite de la consulta previa, la administración por medio de engaños o a través de la fuerza, obtiene el consentimiento expreso por parte de las comunidades que se pueden ver afectadas con la intervención, lo cual a todas luces viola el principio de buena fe y vulnera los derechos de las comunidades étnicas que tengan su asentamiento en dicho territorio.

En las referencias bibliográficas se relaciona un número considerable de autores, veinticinco (25), los cuales se citan tratando temas generales de Derecho Administrativo y algunas teorías que tratan temas específicos de la consulta previa, lo anterior debido a que el desarrollo de la consulta previa, ha sido en su gran mayoría jurisprudencial, al consagrarse la misma como un derecho fundamental con protección constitucional.

Por otra parte en el apartado de las conclusiones Andrés Figueroa, cita que la nulidad de actos administrativos por la omisión de la consulta previa, se hace extensivo cualquier acto administrativo que pueda considerarse como tal, es decir, actos administrativos propiamente dichos, contratos administrativos y convenios administrativos entre otros los cuales hayan podido ser expedidos sin el cumplimiento del lleno de los requisitos contemplados en la norma y en aras de proteger los derechos contemplados en la constitución política de Colombia, casos en los cuales el operador jurídico debe determinar los parámetros que se deben seguir en el desarrollo del trámite de la consulta previa.

De igual manera menciona el mal llamado choque de trenes de las Altas Cortes al una enfocarse en la consulta previa como requisito de procedibilidad (Consejo de Estado) mientras que la Corte Constitucional efectúa un argumento enfocado a la protección de la consulta previa como un derecho fundamental; sin embargo se esboza que al tratarse de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad (convenio 169 de la OIT), las mismas son de obligatorio cumplimiento.

El autor además concluyó que el espíritu de la ley que contempla el trámite de la consulta previa se refiere de manera expresa, que la omisión de la misma como causa de nulidad puede ser simbólica, pues al requerirse una concertación entre las comunidades étnicas con la administración pública lo que se pretende es amparar los derechos que estas mismas, a fin de evitar un menoscabo en sus estilos de vida y porque no una eventual extinción.

El análisis del trabajo de investigación conlleva una gran utilidad para el desarrollo del trabajo de grado que se está efectuando, lo anterior debido a que contiene una descripción histórica de la evolución tanto normativa como jurisprudencial que ha tenido el proceso de la consulta previa en Colombia, datos que son destacados al momento de analizar cómo ha sido la afectación que ha tenido el desarrollo de los contratos de obra a raíz de la necesidad de efectuar de manera anticipada el proceso de la Consulta Previa.

RAI 2

El trabajo de Laura Castellanos Castellanos y María Nenfert Moreno Tovar denominado “Evolución Jurisprudencial de la Consulta Previa en Materia de licencias ambientales” del año 2013, tiene como objeto realizar el análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional relacionada con la consulta previa en el tema de las licencias ambientales, entendida como un derecho fundamental para ciertos sectores de la población que tienen una protección especial del Estado.

La investigación desarrolla la problemática que presentan los proyectos de exploración minera por parte de las multinacionales sobre los espacios geográficos considerados como reserva ancestral indígenas y afrocolombianas y a su vez la protección del medio ambiente que causa dicha explotación en las cuales las afectan gravemente de materia social, política y ambiental sin que dichas comunidades hayan participado.

Los objetivos planteados por las autoras de la investigación, se enfocan a establecer como primera medida cuales han sido los avances jurisprudenciales que se han desarrollado en torno a la consulta previa como derecho fundamental en materia de licencias ambientales, por otro lado que tan relevante ha sido esta garantía otorgada por la jurisprudencia, dirigida hacia grupos de personas que gozan de protección especial por parte del Estado.

En las referencias bibliográficas se relaciona un total de siete (7) autores, los cuales se citan tratando temas Ambientales, especificaciones y precisiones sobre el trámite de la consulta previa y normas generales de Derecho Administrativo, de igual forma se citan dos (2) sitios web que contienen información relevante del proceso de consulta previa en Colombia y finalmente se contemplan cerca de ocho (8) sentencias de la Corte Constitucional, en las cuales se evidencia el aporte que esta corporación ha efectuado en pro de la protección de derechos de las comunidades que gozan de especial protección al consagrarse la misma como un derecho fundamental con protección constitucional.

Inicialmente las autoras señalan que la Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos, ha resaltado la gran importancia que existe en preservar y proteger los derechos de las comunidades indígenas y afro colombianas, específicamente al momento de otorgarse una concesión minera que afecta de manera directa el estilo de vida que dichas comunidades traen arraigado, pues en la práctica de políticas del progreso se está dejando en un segundo plano los derechos culturales de las mencionadas comunidades

A través del análisis de las diferentes sentencias de unificación, se desarrolla el estudio de la consulta previa que busca la debida participación de las comunidades involucradas, para que suministren información complementaria, lo que no desplaza el ámbito de decisión de las autoridades estatales, se considerará debidamente agotada, si se cumplen los requerimientos sustanciales y procedimentales, como la determinación del

territorio, la identificación de la comunidad afectada y se garantiza su real participación; aunado a lo anterior se hará una breve mención de los convenios internacionales suscritos por nuestro país que hacen referencia al tema en estudio y su injerencia con el estudio del bloque de constitucionalidad.

Al dársele el estatus a la consulta previa como derecho fundamental en favor de dichas comunidades se podrá estructurar la tutela como un mecanismo real de protección jurídica con que cuentan dichas comunidades, ante la ausencia de otros mecanismos pese a la amplitud de defensa de derechos y garantías de la constitución nacional.

Dentro de los aspectos mas relevantes, se indica las circunstancias en las cuales se aplica la consulta previa, tanto en su sentido restrictivo, es decir, la consulta previa es un mecanismo mediante al cual la administración publica debe informar de manera previa a cualquier intervención que pueda afectar el desarrollo etnico social de las comunidades indigenas y afrodescendientes dentro de la ejecución de obras publicas o el otorgamiento de concesiones, las cuales deben dar un concentimiento expreso sobre la intervención o ejecución de proyecto a efectuar.

En el documento, las autoras concluyen que de no ser por los pronunciamientos emanados por la corte constitucional, existiría una prevalencia hacia los derechos económicos de las multinacionales que efectúan intervenciones en territorios habitados por comunidades étnicas, pues en busca de un mal llamado progreso se está desconociendo el impacto que estos megaproyectos tienen en el territorio nacional, razón por la cual es imperativo que se expida una normatividad que regule la consulta previa como derecho fundamental de las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales y palenqueras entre otras.

El trabajo consultado, presenta un gran aporte para el desarrollo de la investigación que se está efectuando, toda vez que el mismo marca cual ha sido la línea jurisprudencial

de la incorporación de la consulta previa como derecho no solo constitucional sino también de rango fundamental.

RAI 3

El trabajo de Edwar Vargas Araujo denominado “La consulta previa, libre e informada en el Ecuador: una lectura desde el pensamiento crítico” del año 2013, tiene como objeto analizar la consulta previa no solo como un problema jurídico de índole constitucional en busca de una protección de derechos, sino enfocando su aplicación hacia el margen de los procesos de acumulación del capital.

La investigación efectuada, desarrolla la aplicación del proceso de consulta previa en el territorio del Ecuador, no solo como un amparo contemplado en la Constitución Política de dicho país, sino como una herramienta efectuada dentro de un proceso de deliberación y colaboración entre los que podrían intervenir en esta situación, tales como organismos multilaterales de crédito, empresas privadas, gobierno nacional y por ende las comunidades indígenas afectadas.

Los objetivos planteados por el autor, se enfocan a establecer como primera medida el trasfondo del trámite de la consulta previa, es decir, conociendo sus antecedentes y el impacto que esta genera en el desarrollo económico del país, por otro lado que tan efectivo se ha vuelto el trámite de consulta previa en busca de la protección de derechos fundamentales de comunidades indígenas a través de la aplicación de las leyes y de los pronunciamientos de las altas cortes.

En las referencias bibliográficas se relaciona un total de treinta y nueve (39) autores, los cuales se citan tratando temas de antecedentes históricos del Ecuador, así como el desarrollo de teorías económicas y sociales, de igual forma se citan dieciséis (16) sitios web que contienen información relevante del fenómeno económico en países que adoptan políticas neoliberales, así como temas de explotación de recursos dentro del territorio del

Ecuador; finalmente se contemplan cerca de trece (13) leyes y conceptos jurídicos, en los cuales se evidencia el desarrollo tanto legal como jurisprudencial que se ha efectuado en pro de la protección de derechos de las comunidades.

Dentro del documento el autor señala una serie de factores que entran a desempeñar un papel importante en el proceso de consulta previa en el Ecuador, lo anterior teniendo en cuenta que la misma se encuentra consagrada en la Constitución Política del Ecuador y la cual se establece como un requisito sine qua non dentro de los tramites tendientes a efectuar alguna intervención que implique explotación de recursos en tierras habitadas por comunidades indígenas, aun cuando la misma carta política señala que la explotación de dichos recursos corresponde única y exclusivamente al estado.

Una de las interrogantes que plantea el autor se enfoca en ¿Qué tienen que ver los factores de reproducción del capital con los territorios de los pueblos indígenas y con la consulta previa libre e informada? Pregunta a la cual da respuesta argumentando que si bien es cierto existe una monopolización de los territorios por parte del Estado al considerarse el subsuelo como bien del estado, y del cual hace uso teniendo en cuenta los niveles de fertilidad que estos territorios puedan tener tanto para explotación agrícola como para temas mineros y petrolíferos, esta está ligada a una reproducción capitalista en pro de un crecimiento económico de un país que en un gran porcentaje dinamiza su economía a través de los sectores económicos mencionados

Al efectuarse el trámite de consulta previa, en busca de una deliberación y colaboración armónica, se presenta la situación que la intervención a efectuarse es a todas luces desfavorable para la comunidad étnica, razón por la cual, en busca de la protección de sus derechos, las comunidades demandan la democratización de los territorios y de sus recursos productivos, convirtiéndose esta en una discusión desfavorable al tener el estado

el control de los territorios, quien a su vez tiene como fin primordial la búsqueda de un patrón de reproducción del capital.

Dentro de los aspectos mas relevantes, se indica las circunstancias que rodean el tramite de la consulta previa, degenerandola en un simple requisito de procedibilidad impuesto por los organismos multilaterales de credito tales como el banco mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, los cuales al brindar un apoyo economico a los estados que lo requieren, imponen ciertas condiciones a seguir, tales como politicas tributarias, economicas e incluso sociales; esta situación hace que la consulta previa solo haga parte de un gran engranaje dentro de una gran maquinaria que busca el desarrollo de politicas capitalistas y un “desarrollo” acelerado de las naciones.

En el documento, el autor concluye si bien es cierto la consulta previa está contemplada como derecho fundamental de las comunidades étnicas, la misma siempre va a ser desfavorable para ellas, pues al ser parte de un engranaje de las políticas económicas de los estados que dependen en su gran mayoría de la explotación de recursos tales como el petróleo y la agricultura, lo que se generará es una disputa sobre derechos colectivos, situación que finalmente trascenderá a la necesidad de efectuar la explotación aplicando algunas indemnizaciones que jamás reestablecerán las culturas ancestrales que podrían afectarse dentro de la ejecución de dichos proyectos.

El trabajo consultado, es de un aporte muy significativo dentro del desarrollo de la monografía, pues a través del derecho comparado y del análisis histórico que se efectúa no solo del territorio del Ecuador sino de Latinoamérica, se pueden esclarecer muchas dudas que apuntan a la propuesta dentro de la investigación

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. Para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia. (Ariza, 2010)

Así, los Estados deben saber que los pueblos indígenas necesitan un amplio grado de autodeterminación y control sobre su destino político para la preservación de su cultura. El derecho a elegir a sus representantes y participar en todo tipo de decisión que les afecte (o pueda afectar) significa para los pueblos indígenas una forma de supervivencia cultural y requiere de medidas estatales necesarias para garantizar que esa participación sea significativa y efectiva (Ruiz, 2007)

El Convenio 169 de la OIT es el primer instrumento internacional que recoge este derecho. El artículo 6 establece una definición general, se trataría de una disposición básica, sobre el cual recae la normatividad e interpretación que al respecto se ha desarrollado, en términos de la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones – CEACR-, se trataría de un artículo medular sobre el cual reposa la

aplicación de las demás disposiciones. Obliga a los Estados parte a implementar procedimientos apropiados que permitan a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, ejercer el derecho a ser consultados sobre los diversos aspectos que recoge el Convenio; aunque no indica el procedimiento, su segundo párrafo señala se hará de buena fe y atenderá a las circunstancias particulares de lo que se pretende consultar con la finalidad de lograr un acuerdo o consentimiento sobre cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectarles directamente. (Informe de la CEACR 2005/76ª Sesión)

Dentro de este marco, la CP hace su aparición en el derecho colombiano a través de dos vías. El año 1991 es clave. Por un lado, el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Colombia e incorporado al derecho interno a través de la Ley 21 de 1991. Por otro, se aprobó una nueva Constitución Política que estableció los ya mencionados lineamientos regionales del proyecto constitucional-multicultural: a) en materia de CP, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre los proyectos de explotación de recursos naturales que se prevean adelantar en sus territorios (Art. 330, párrafo); b) la justicia constitucional, como protectora de derechos, en cabeza de la Corte Constitucional (Arts. 239, ss.); y c) el bloque de constitucionalidad (Arts. 93 y 94), es decir, la incorporación de ciertas normas de orden internacional a la Constitución colombiana, en nuestro caso en cuestión, el Convenio 169 de la OIT. Poco tiempo después, el Congreso de la República expediría la Ley 70 de 1993 y la Ley 99 de 1993 (Art. 76), que extenderían el alcance de la CP a proyectos de explotación de recursos naturales en territorios de comunidades negras tradicionales. (Hillon, 2010)

Este panorama empezó a cambiar entre 1995 y 1998. En esa época se inició su implementación como instrumento jurídico formal de obligatorio cumplimiento, siendo en este proceso fundamental las tensiones entre los diferentes agentes implicados (incluidas

las generadas al interior de las instituciones que conformaban el Gobierno nacional) sobre su definición o la forma de llevarla a la práctica (Hillon, 2010)

En medio, las comunidades indígenas, las cuales no tomaron una posición homogénea al respecto, sino dependiente del debate y las coyunturas específicas que se presentaran en cada caso. Algunos pueblos reclamaban su realización y aceptaban participar en los procesos de consulta. Otros rechazaban este mecanismo por considerar que no representaba una garantía para sus derechos, toda vez que los proyectos objeto del mismo podían llegar a implementarse aún en contra de su voluntad. (Hillon, 2010)

El derecho a la consulta previa, significa un consentimiento expresado libremente y con pleno consentimiento, en donde los pueblos indígenas tendrán el derecho de ser tomados en cuenta antes de la realización de trabajos de explotación, así como a beneficiarse de éstas actividades y recibir una indemnización por posibles daños. La carta política de 1991 reconoció el derecho de las comunidades indígenas de ser consultadas obligatoriamente sobre cualquier intervención dentro de su territorio, y es así como este mecanismo se encuentra previsto en el artículo 330 de la Carta Política, donde se constituye en obligatorio para la inviolabilidad del territorio y de los recursos naturales (Ariza, 2010)

En el Derecho Colombiano la formación de la institución contractual pública, presenta cinco etapas: Primera etapa: La cual corresponde a todo el siglo XIX, en la que los contratos de los entes públicos se sometían exclusivamente al Derecho Civil, sin que se aplicaran normas de naturaleza diferente. En el periodo del Estado Federal comprendido entre 1859 y 1886, las concesiones de servicios públicos, tales como salinas, petróleos o bitúmenes de la tierra se limitaban al ámbito del Derecho privado. (Escobar, 1983)

El legislador, teniendo presente que en las entidades las obras de mayor magnitud se contratan luego de tramitar una licitación pública, obligó que la vigilancia o

interventoría del contrato se realice por una persona externa a la entidad y no con sus funcionarios, con el ánimo de procurar una mayor garantía y respaldo económico en esa labor (Pino, 1999)

En conclusión, el contrato de obra pública, por sus caracteres, es un contrato bilateral o sinalagmático, a título oneroso, consensual, nominado, conmutativo, principal, simple y de cumplimiento sucesivo (Escola, 1979)

Marco Jurídico

Para efectuar un análisis de la situación planteada, es necesario profundizar en lo que se ha planteado por la jurisprudencia y la ley sobre el tema, dentro de las cuales se encuentran las siguientes normas y sentencias:

El derecho a la consulta previa se encuentra amparado en la constitución Política de Colombia de 1991, al conformarse como un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, de igual manera la carta política garantiza derechos tales como la diversidad étnica, la participación democrática, la diversidad cultural, entre otros; garantías que se encuentran consagradas en los artículos 1, 2, 7, 8, 10, 13, 70, 40-2 y 329

Cabe anotar que Colombia ratificó el Convenio 169 de 1989 de la OIT mediante la ley 21 de 1991, el cual trata el tema de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, es decir, a la luz de la constitución de 1991.

Sentencia T-428 de 1992, incoada por el “resguardo indígena cristiana, ubicado en el municipio de jardín, Antioquia a la compañía solarte y el Ministerio de Obras Públicas, por la construcción de la troncal del café”, en la cual dentro de las consideraciones, podemos encontrar que el problema jurídico se centra en la ejecución de obras dentro de territorios ocupados por comunidades indígenas, las cuales iniciaron sin agotar el trámite de consulta previa, desconociendo el régimen civil y territorial de la comunidad,

constituyéndose como una violación de los derechos culturales de la comunidad.
(Sentencia T 428 de 1992, 1992)

Esta sentencia marco un referente para dar inicio a los procesos de consulta previa en el país, pues se evidencia la necesidad de tramitar procesos conducentes a la protección de los derechos de las comunidades étnicas;

De igual manera en sentencia de unificación SU – 039 de 1997, la corte precisa que la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que puedan llegar a afectar el desarrollo normal de la comunidad, como consecuencia de intervenciones tales como explotación o ejecución de obras públicas, la misma adquiere a connotación de derecho fundamental al estipularse como un mecanismo básico para preservar la integridad tanto social como económica, étnica y cultural, preservándola como grupo social conformado, razón por la cual no puede considerarse como un simple trámite previo, sino como un mecanismo de protección de los derechos de las comunidades (Sentencia SU – 039 de 1997, 1997)

Mediante este fallo, se reitera la necesidad de hacer el trámite de la consulta previa, pues se le da la categoría de derecho fundamental, en aras de proteger los derechos de las comunidades vulnerables.

Posteriormente la corte constitucional en sentencia T 652 de 1998, dando aplicación a la sentencia de unificación reitero la necesidad de efectuar el trámite de consulta previa, este por tener el rango de derecho fundamental, ordenando la inaplicabilidad del Decreto 1320 de 1998 debido a que es contrario a la constitución y a lo estipulado en el convenio 169 de la OIT razón por la cual es necesario que se atiendan las pautas tanto de negociación como de estudios de impacto sobre las áreas afectadas, a fin de efectuar su debida mitigación, de igual manera buscar una mayor participación en los beneficios que dicha intervención otorgaría a las comunidades afectadas (Sentencia T 652 de 1998, 1998)

Posteriormente en sentencia de unificación SU – 383 de 2003, la corte señala que es necesario reiterar que el Convenio 169 de la OIT no solo consagra la consulta previa como un instrumento de participación de las comunidades indígenas, sino que este debe ser visto desde las perspectiva de derechos laborales y por ende fundamentales de las comunidades étnicas para que estas tengan una participación efectiva respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios ancestrales, pues el fin primordial del derecho amparado es la preservación de las culturas como comunidades reconocibles. (Sentencia SU – 383 de 2003, 2003).

Para el año 2006, la corte constitucional en sentencia T 880 de 2006, señaló en sus consideraciones; “con miras a preservar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, tal como lo prevé el artículo 7° de la Carta Política los procesos de consulta previa, previstos en el Convenio 169 de la OIT, tendrán que comprender todas las medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales directamente, en particular los relacionados con “el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, con el fin de salvaguardar plenamente sus derechos, así “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”. –Artículos 13 y 14 Ley 21 de 1991-.” (Sentencia T 880 de 2006, 2006)

Así mismo, en acción de inconstitucionalidad, se demandó la ley 1151 de 2007, “por la cual se expide el plan anual de desarrollo 2006 – 2010”, por no realizarse la consulta previa con los pueblos indígenas, como lo determina el convenio 169 de la OIT, manifestándose la corte mediante sentencia C-461 de 2008, en la cual argumenta que la consulta previa es una garantía de orden procedimental, es decir un requisito sine qua non, que pretende respetar y proteger los derechos de subsistencia, integridad y preservación cultural de las comunidades étnicas.

De igual manera el pronunciamiento señala que el trámite de consulta previa no es el único mecanismo de protección de los derechos de las comunidades étnicas, toda vez que en el momento que se genere una afectación adicional o perjuicio inminente dentro de la realización de intervenciones en sus comunidades, siguen abiertas las demás herramientas jurídicas para la protección de sus derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos.

Finalmente resalta que el solo hecho de efectuar el trámite de consulta previa no es una justificación para generar un perjuicio o una vulneración de derechos a las comunidades afectadas en las intervenciones de proyectos en concreto. (Sentencia C 461 , 2008)

Un año más tarde en sentencia T 769 de 2009, la corte Constitucional reiteró, que de acuerdo a la línea jurisprudencial, se ha generado un reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de las comunidades, de gran importancia para la nacionalidad colombiana, al consagrarse dentro de la constitución política como una república unitaria, democrática, participativa, pluralista, descentralizada y autónoma en sus entidades territoriales, de igual forma la carta política otorga a las comunidades étnicas una protección especial respecto a las decisiones que puedan afectarlos.” (sentencia T 769, 2009)

Así mismo, en sentencia T 547 de 2010 se reiteró lo señalado en la sentencia SU 383 de 2003, precisando y resaltando la importancia y el valor que tiene para el país, la preservación de la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, razón por la cual el mecanismo de la consulta previa determina de manera inmediata la participación de las comunidades en las decisiones que puedan afectarlos, garantizando así la integridad tanto étnica como cultural, social y económica de las comunidades étnicas, asegurando así su existencia y preservación como grupo social. (sentencia T 547, 2010)

Mediante sentencia T-129 de 2011, la corte evidencia una falta de efectividad en los criterios enmarcados respecto de la consulta previa, debido q que si bien es cierto, existe normatividad aplicable al trámite de consulta previa, aunado a los pronunciamientos de la corte constitucional que ya han generado un precedente jurisprudencial, es necesario generar los espacios idóneos que permitan el acercamiento entre el gobierno nacional y las comunidades que puedan verse afectadas en cierta forma, así como es de vital importancia el respeto de los procedimientos garantistas dentro del trámite de consulta previa, pues el mismo se ha visto desdibujado en solo un requisito de procedibilidad y una justificación para vulnerar los derechos fundamentales de las comunidades negras e indígenas, razón por la cual dichas conductas deben ser reprochables y sancionables y siempre se debe buscar la participación y búsqueda de planteamientos mínimamente lesivos para las partes. (Sentencia T 129 , 2011)

Por otra parte, en la sentencia T-1045A de 2010, la Corte amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad afrocolombiana perteneciente al Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, el cual había sido vulnerado por el otorgamiento un particular de una concesión minera para la explotación aurífera, dentro del territorio de su asentamiento ancestral. (Sentencia T-1045A , 2010)

Las sentencias T-693 de 2011 y T-698 de 2011, recogen la línea jurisprudencial enmarcada en el campo de la consulta previa, resaltando el deber de garantizar el Derecho a la consulta previa cuando a esta haya lugar, en procura de garantizar los derechos fundamentales de las comunidades étnicas. (Sentencia T 693 , 2011) (Sentencia T 698, 2011)

En materia de educación, conexo con el derecho a la consulta previa, la corte mediante sentencia T 907 de 2011 ordenó al Estado Colombiano en cabeza de la Alcaldía Municipal de Sincelejo y en colaboración con el Ministerio del Interior, adelantar el

proceso de consulta previa que conlleve a la designación de los etnoeducadores en el resguardo indígena Zenú de san Andrés de Sotavento Córdoba Sucre, para que una vez surtido el proceso se nombre en propiedad los docentes que sean escogidos, por otra parte solicito legalizar los nombramientos en provisionalidad de los docentes que se encuentran vinculados para tal fin, esto si, sin afectar el normal desarrollo de las actividades que allí se generan. (Sentencia T 907, 2011)

Recientemente mediante sentencias T-376, T-693, T-993 y T-1080, todas del año 2012, la Corte continuó dando aplicación a lo señalado en la sentencia de Unificación SU 383 de 2003, al estar enmarcado este derecho como derecho fundamental; por lo anterior en la primer jurisprudencia enunciada el magistrado argumenta que la consulta previa debe considerarse como una garantía aislada, es decir independiente de las demás acciones individuales y colectivas que se puedan tomar, la cual constituye un punto de partida que además articula los derechos de las comunidades étnicas, otorgando así una mayor eficacia en la participación y toma de decisiones, basándose en intereses, sociales, culturales y económicos.

De igual manera precisa que la participación de las comunidades étnicas se concreta en tres facetas, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, las cuales son:

- Una simple participación ligada a la intervención de las comunidades con los órganos que cuentan con capacidad de toma de decisiones de impacto nacional, así como la incidencia que estas puedan tener de manera directa o por cualquiera de sus organizaciones en escenarios que por cualquier motivo puedan interesarles

- La consulta previa frente a cualquier situación que pueda afectarlos directamente

- La consulta previa como un trámite que busca el consentimiento previo, libre e informado, sobre una situación que pueda producir una afectación de sus derechos territoriales. (Sentencia T 376, 2012).

Consecuentemente en sentencia T-693 de 2012, la corte se pronuncia reiterando que la consulta previa efectuada en las comunidades étnicas, propende a la participación en la toma de decisiones que puedan afectar el desarrollo normal de su entorno, en aras de garantizar una protección efectiva de su identidad ancestral y su arraigo territorial. (Sentencia T 693, 2012)

Al ser un derecho fundamental, se legitima la posibilidad de buscar el amparo del derecho a la consulta previa mediante la acción de tutela, como lo menciona el magistrado dentro de las consideraciones de la sentencia T-993 de 2012 en la cual precisa que al elevarse la consulta previa a derecho de categoría fundamental en cabeza de las comunidades étnicas, no existe un mecanismo diferente ni eficaz al de la acción de tutela que permita acceder a la administración de justicia a las comunidades afectadas en busca de proteger de manera inmediata y efectiva, su derecho a ser consultados en aras de preservar y garantizar su derecho a subsistir en la diferencia; por ende el operador jurídico debe emitir pronunciamientos que tiendan a asegurar la supervivencia de las comunidades étnicas. (Sentencia T 993 , 2012) (Sentencia T1080, 2012)

Dentro de las jurisprudencias relevantes más recientes, podemos encontrar la sentencia T 172 de 2013, en la cual se reitera la jurisprudencia mencionada anteriormente, en el sentido de amparar el derecho a la consulta previa como derecho fundamental para las comunidades étnicas del territorio Colombiano y se señalan algunas de las características que posee esta garantía constitucional, en el entendido que al tener la consulta previa un sustento constitucional basado en la visión pluralista de la carta política, es imperioso tomar medidas de protección especiales que garanticen los derechos de estas personas que gozan de protección especial, al conllevar las mismas un interés patrimonial e histórico para la nación, y al estar determinadas con la condición de minorías

La consulta previa a pueblos indígenas y grupos étnicos se ha convertido en uno de los temas más difíciles y controvertidos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. En efecto, en apenas dos décadas, desde la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, pasó de ser un asunto relativamente especializado e invisible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se juegan tanto intereses económicos como la supervivencia de pueblos indígenas y otras comunidades étnicas alrededor del mundo. Una disputa más reciente e igualmente visible es la que surgió en Perú en el 2009, a propósito de la falta de consulta a los pueblos indígenas amazónicos de leyes que afectaban directamente su economía y su cultura, y que generaron un violento enfrentamiento de profundas repercusiones políticas. A pesar de la importancia económica, política y social de la consulta previa, los ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho internacional se caracterizan por una notable dispersión y una marcada incertidumbre. No obstante la existencia de un instrumento internacional específico sobre el tema (el Convenio 169 de la OIT) y del impulso adicional a la consulta en la Declaración de la onu sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), muy pocos tribunales domésticos e internacionales, y escasos parlamentos nacionales, han desarrollado jurisprudencia y legislación adecuados sobre el asunto. Los avances, aunque importantes, siguen siendo la excepción a la regla, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hasta la las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Parte del desfase entre la importancia práctica y los magros avances jurídicos de la consulta, se debe a la proliferación de normas de todo tipo que regulan el problema.

Si bien este pluralismo jurídico no es infrecuente (especialmente en el ámbito del derecho internacional), la falta de sistematización de los estándares existentes puede ir en detrimento de la protección eficaz de los derechos de las poblaciones protegidas por ellos;

en este caso, los pueblos indígenas y otros grupos étnicos (como las comunidades afrodescendientes en América Latina). Tal es, ciertamente, el caso de la consulta previa.

Un segundo obstáculo para la garantía del derecho a la consulta previa es la tendencia de los analistas, los jueces y los gobiernos a tratar el problema como si fuese un todo, es decir, como si el dilema consistiera sólo en hacer o no hacer una consulta. Lo que esta perspectiva pierde de vista es el hecho de que la consulta consiste en un procedimiento con varios pasos y dilemas (desde la publicidad de los pormenores de un proyecto económico que se planea ejecutar en territorio indígena, hasta los participantes y la duración de la consulta), en cuyos detalles se juega el nivel de protección a los derechos de los pueblos y comunidades resguardadas. Por ello, en lugar de un estudio global del problema, se requiere de un análisis desagregado de los temas y pasos fundamentales de la consulta y de las repercusiones que tienen para los Estados, los pueblos indígenas, el sector privado y otros actores.

Tal es el caso del resguardo indígena colombiano Cañamomo-Lomapieta, quien fue vulnerado en su territorio por la puesta en marcha de la expansión en telecomunicaciones de la empresa Comcel S.A. Repercusión que inicialmente tuvo un desalentador episodio por parte del aquo y adquem que conocieron del asunto, ya que fue desconocido su derecho por estos haciéndose interpretaciones de tipo técnico y desconocimiento el reconocimiento internacional que para la consulta previa se ha dado. Ante este problema jurídico, la Corte Constitucional haciendo uso del bloque de constitucionalidad, esboza que el entorno socio-cultural de los grupos indígenas han sido reconocidos como lo mencione anteriormente por el derecho internacional y que es propio de los estados garantizar toda forma de desarrollo de estas poblaciones generando ambientes de educación y de respeto por la vida ancestral de los pueblos.

Actuando por intermedio de su Gobernador, promovió acción de tutela para obtener el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la integridad de los pueblos indígenas; a la protección de las prácticas sociales y culturales; a la consulta previa y al consentimiento previo, libre e informado; a decidir sobre su propio desarrollo; al territorio y al debido proceso, presuntamente vulnerados por la Alcaldía de Riosucio, Caldas, al autorizar la construcción de una antena de comunicaciones en su territorio ancestral, sin agotar la consulta previa, libre e informada exigida por la Carta Política y por el bloque de constitucionalidad.

CONCLUSIONES

Es notable que dentro de las acciones que se generan dentro del territorio colombiano respecto a explotación de recursos naturales, otorgamiento de concesiones y ejecución de obras públicas, existe un riesgo inminente de efectuar una vulneración de derechos por parte de la administración pública hacia las comunidades étnicas que tienen un arraigo territorial y cultural en el país, lo anterior partiendo de la premisa que por ubicación geográfica, los territorios más fértiles y habilitados para este tipo de intervenciones, son los habitados por dichas comunidades.

Ahora bien, una vez analizadas las normas que regulan el trámite de la consulta previa en Colombia, se puede evidenciar que la misma ha sido incorporada en los cuerpos normativos de los territorios latinoamericanos tales como Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia, a raíz de la expedición del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, situación que llevo a garantizar el derecho a la consulta dentro de las cartas políticas de cada país.

Cabe resaltar que en Colombia el tema de la consulta previa se ha considerado como un trámite adicional dentro de la ejecución de los contratos de obra pública y concesiones, de ta manera que se agotaba como simple requisito y no de acuerdo a la esencia de lan norma, la cual es buscar la garantía de los derechos de las comunidades étnicas, razón por la cual ha sido necesaria la intervención de la Corte Constitucional como organo encargado de garantizar el cumplimiento de la carta politica a través de sus pronunciamientos.

Como consecuencia de lo anterior la Honorable Corte Constitucional, generando un precedente jurisprudencial, elevó el derecho a la consulta previa a un derecho de rango fundamental, situación que otorga de manera inmediata a los afectados el mecanismo

constitucional de la acción de tutela, con esto se busca que los derechos de las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueras, ROM y minorías sean salvaguardados de forma inmediata.

Por otra parte el hecho que la consulta previa sea considerada un derecho fundamental, obliga a que el gobierno nacional genere las estrategias necesarias para garantizar su cumplimiento, por lo que a raíz de la escisión del Ministerio del Interior y de justicia, se creó la Dirección de Consulta previa, en el seno del Ministerio del Interior, encargándose de efectuar los trámites necesarios para que el derecho de la consulta previa otorgado a las comunidades étnicas sea otorgado en debida forma.

Es claro que el Estado Colombiano, ha dejado el tema de la consulta previa en un segundo plano, toda vez que actualmente se siguen generando situaciones de vulneraciones de derechos a las comunidades étnicas, aun cuando se agota el trámite de la consulta previa, lo anterior debido a que se desonocen los criterios de participación y consentimiento libre e informado, esta situación sucede debido a que no solo intervienen en el proceso de consulta previa el gobierno nacional y las comunidades afectadas, sino que lleva inmerso un interés económico que recae, tanto en particulares como en organismos multilaterales internacionales, siendo estas últimas las que de alguna manera imponen las políticas económicas que cada país en vía de desarrollo debe implementar.

Al tener la consulta previa este componente económico, se continuara presentando la situación de generar una vulneración de derechos, toda vez que al estar en un país que impulsa su economía a través de la explotación de recursos naturales, en muchas ocasiones prevaleceran los intereses de la nación versus organismos internacionales, que los derechos ancestrales de las comunidades étnicas.

PROPUESTA

Teniendo en cuenta que tan solo a partir del año 2011, el trámite de la consulta previa empezó a tomar una verdadera estructura, es necesario que dentro de la misma se incluya la obligatoriedad de desarrollar dicho trámite dentro de la etapa de planeación y etapa precontractual de todos los contratos de obra pública y de concesión que puedan generarse en el país, lo anterior teniendo en cuenta que en muchas ocasiones se llega a la ejecución contractual sin tener en cuenta la necesidad de consultar de manera previa una posible afectación de derechos individuales o colectivos de miembros de comunidades étnicas.

Así las cosas, el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior en colaboración con la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, podría generar unos parámetros de obligatorio cumplimiento, haciendo uso de los elementos normativos estipulados para la contratación estatal, respecto a los Estudios previos, del sector y demercado, así como las herramientas tecnológicas del sistema electrónico de la contratación pública SECOP.

ENFOQUE METODOLÓGICO

La estrategia a desarrollar, se efectuará por medio de un diagnóstico a través de revisión documental, comparación normativa (derecho comparado) a través de técnicas cualitativas de análisis, sobre el tema a tratar, identificando las contrataciones que se vieron afectadas por la consulta previa y la ejecución de contratos que se efectuaron con desconocimiento de la misma.

Así las cosas, la estrategia desarrollada se refiere a la teoría crítica, por cuanto guarda una estrecha relación entre la teoría y la práctica, a través de la utilización de paradigmas críticos que aportan un tinte diferente a los paradigmas de la investigación, razón por la cual la presente investigación trata un enfoque descriptivo-analítico, toda vez no solo se limita al estudio de la norma y la jurisprudencia, sino que también toma en cuenta las variables que puedan afectar la situación planteada, tales como comportamientos sociales, políticos y económicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Jaramillo, Luis Fernando. *Antecedentes y presentación general de la ley 1437 de 2011*. En: Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. <http://190.24.134.67/pce/publicaciones>
- Anaya, James (2013). “*Prologo*” en María Clara Galvis Patiño y Ángela María Ramírez Rincón *Digesto de Jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Washington D.C., Fundación para el Debido Proceso
- Ardila Duarte citado por Escobar Gil (1989). *Historia de la legislación contractual*, Cámara de Comercio de Bogotá. Contratos Administrativos. Bogotá
- Ariza Santamaría, Rosembert (2010) *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. Editorial Servicios especiales del IIDH Colombia
- Buitrago Valencia, Susana. *Aportes del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al ordenamiento jurídico colombiano*. En: Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Visible en: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones>
- Cruz Rueda, Elisa. *Mecanismos de Consulta a los Pueblos Indígenas en el marco del convenio 169 de la OIT: El caso Mexicano*. En: Revista Pueblos y Fronteras Digital. Universidad Autónoma de México. No. 5. Junio – 69 Noviembre. 2008. <http://www.pueblosyfronteras.unam.mx>.
- Escola, Héctor Jorge (1979). *Tratado Integral de los contratos administrativos*. Volumen II. Edición de Palma. Buenos Aires.
- Galvis, María Clara. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. [<http://www.dplf.org>]
- Galvis, María Clara. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. [<http://www.dplf.org>]
- Hillon Vega, Yulieth Teresa (2010). *La consulta previa como mecanismo de solución de conflictos sociambientales en espacios subalternos*. Evento: VII Congreso internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica RELAJU. Perú

- Morales Alzate, John Jairo (2013). *La Consulta Previa un Derecho Fundamental*. Editorial Consulta Previa Consultores.
- Ordúz Salinas, Natalia (coord.). *Tejiendo Derechos. La Consulta previa y el consentimiento libre e informado*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-De justicia. 1° Ed. ISBN 978-958-99142-4-3. 2011
- Ordúz Salinas, Natalia (coord.). *Tejiendo Derechos. La Consulta previa y el consentimiento libre e informado*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-De justicia. 1° Ed. ISBN 978-958-99142-4-3. 2011.
- Ospina Garzón, Andrés Fernando (2009). *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ¿un viaje de ida y vuelta?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pino Ricci, Jorge (1999). *Régimen de contratación estatal*. Universidad Externado de Colombia.
- Pólit Montes de Oca, Berenice (2010). *La Consulta Previa: En Materia Ambiental y en Relación a Los Derechos Colectivos de Las Comunidades y Nacionalidades*. Cevallos Editora Jurídica,
- Rodríguez Garavito, César (2012). *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá, De justicia,
- Ruiz Chiriboga, Oswaldo (2007). *El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano*. Boletín Mexicano de Derecho comparado. Volumen XL No 118 Enero- Abril
- Salazar, Katya (2010). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas*. En: Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal. Numero 14. Septiembre de 2010. [<http://dplf.org/uploads/1285264789.pdf>].
- Salazar, Katya. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas*. En: Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal. Número 14. Septiembre de 2010. [<http://dplf.org/uploads/1285264789.pdf>].
- Salinas Alvarado, Carlos Eduardo (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*. En: Revista de Derecho del Estado. No. 27. Universidad Externado de Colombia. Julio-Diciembre. 2011. Págs. 235-259.
- Salinas Alvarado, Carlos Eduardo. *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a*

comunidades indígenas y tribales en Colombia. En: Revista de Derecho del Estado. No. 27. Universidad Externado de Colombia. Julio-Diciembre. 2011. Págs. 235-259.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2007). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, II, III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2007). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, II, III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tornero Cruzatt, Yuri A (2013). *Derecho a la Consulta Previa de Los Pueblos Indígenas*, EAE.

Normatividad

Constitución Política de Colombia 1991.

Convenio 169 de 1989 de la OIT ratificado mediante la ley 21 de 1991

DAFP. (11 de Agosto de 2011). Decreto 2893 de 2011. Decreto 2893 de 2011. Bogotá D.C.

Informe de la CEACR 2005/76ª Sesión. Observación individual sobre el Convenio núm.

169 sobre Pueblos

Jurisprudencia

Corte Constitucional

- Sentencia SU-039 de 1997. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-652 de 1998. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-169 de 2001. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia SU-383 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-737 de 2005 M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-737 de 2005 M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-880 de 2006. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-030 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-461 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- Sentencia C-175 de 2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia SU-917 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio.
- Sentencia T-769 de 2009 M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia T-745 de 2010 M. P. Huberto Sierra Porto.
- Sentencia T-129 de 2011 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia C- 129 de 2011. M. P. Jorge Iván Palacio.

- Sentencia T-698 de 2011 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia T-348 de 2011. M. P. Jorge Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-376 de 2012 M. P. María Victoria Calle Correa.

Consejo de Estado.

- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 13 de Septiembre de 1968. C.P. Hernando Gómez Mejía.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Septiembre 30 de 1975. C.P. Gustavo Salazar Tapiero.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 3 de agosto de 1988, C.P. Álvaro Lecompte Luna.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 4 de marzo de 1997. C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez. Rad. S-673.
- Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 2 de febrero de 2006. C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
- Concepto de 17 de mayo de 2007. C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 20 de mayo de 1999. C. P. Juan Alberto Polo Figueroa. Rad. 5091.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de junio de 2004. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 15705.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 6 de 2007. C. P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de febrero de 2009. C. P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 15797.
- Sentencia de 22 de Julio de 2010. C. P. María Claudia Rojas Lazo. Rad. 11001-03-24-000-2002-00373-01

Sitios Web Consultados

<http://www.urosario.edu.co>

<Http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/>

<http://www.ambitojuridico.com>

<http://190.24.134.67/pce/publicaciones>

<http://www.pueblosyfronteras.unam.mx>.

<http://www.dplf.org>

<http://dplf.org/uploads/1285264789.pdf>.

<http://dplf.org/uploads/1285264789.pdf>.