



MINISTERIO DEL INTERIOR
DIRECCIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE CONSULTA PREVIA

RESOLUCIÓN NÚMERO ST- 1346 DE 04 OCT 2021

“Sobre la procedencia o no de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos obras o actividades”.

LA SUBDIRECTORA TÉCNICA DE LA DIRECCIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE CONSULTA PREVIA

En ejercicio de las facultades legales y reglamentarias en especial las conferidas en el artículo 16 A del numeral 1 del Decreto 2353 de 2019 y la Resolución 1084 del 5 de octubre de 2020 y acta de posesión de 13 de octubre de 2020 y,

CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto Ley 2893 de 2011, modificado por los Decretos 1140 de 2018 y 2353 de 2019, se modificaron los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior.

Que mediante el Decreto 2353 de 2019, se creó la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, y las Subdirecciones Técnica de Consulta Previa, de Gestión de Consulta Previa y Corporativa.

Que el numeral 1º del artículo 16 A del citado decreto, le asignó a la Subdirección Técnica de Consulta Previa de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la función de “Determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran”.

Que, en consideración con los antecedentes normativos descritos, por medio del presente acto administrativo, se procederá a desarrollar el análisis de procedencia de la consulta previa para el caso en concreto.

1. ANTECEDENTES.

Que se recibió en el Ministerio del Interior solicitud identificada con radicado externo **EXTMI2021-14714** del 07 de septiembre de 2021, el señor **MATEO DE LOS RÍOS VÉLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía N° 89.007.967, actuando como Representante legal de la firma, **VIVEKA SAS** con Nit. 900.461.668-1, solicitó ante esta Autoridad el proceso de determinación de la procedencia y oportunidad de la consulta previa para el desarrollo del proyecto denominado: **“FORTALECIMIENTO DE CAPACIDADES LOCALES PARA LA GESTIÓN DE PROYECTOS E INNOVACIÓN TERRITORIAL -INICIATIVA TUMACO”** que se localizará en el municipio de Tumaco, departamento de Nariño.

Que adjunto a la mencionada solicitud se allegó entre otra la siguiente información:

1. Solicitud formal ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.

2. Descripción pormenorizada de las actividades.
3. Localización geográfica.
4. Localización Cartográfica.
5. Copia de la cedula de ciudadanía representante legal.

Teniendo en cuenta lo anterior esta Autoridad Administrativa procederá a realizar en análisis de procedencia o no de consulta previa del asunto:

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Que la consulta previa es un derecho colectivo fundamental el cual consiste en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural a través del ejercicio del derecho a la participación efectiva de las comunidades étnicas en el marco de la implementación de medidas legislativas y/o administrativas, proyectos, obras o actividades que puedan llegar a afectarlos directamente.

Así mismo, el derecho a la Consulta Previa tiene sustento en principios reconocidos desde el mismo preámbulo de nuestra Carta Política y reiterados a lo largo del texto constitucional. En primera medida, encontramos precisamente que la Constitución Política estableció como uno de los pilares de nuestro Estado Social de Derecho el principio de participación democrática (*preámbulo, Art. 1º*), y como fin esencial del Estado, el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

Así mismo, nuestra Carta Fundamental reconoció que Colombia es un Estado pluralista que garantiza y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación (Art. 1º, 7º, 8º, 10º).

De igual manera, el artículo 330 de la Constitución Política establece con relación a los territorios indígenas, lo siguiente:

“Artículo 330: De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

(...) PARÁGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

En virtud de lo anterior y en consonancia con el compromiso de establecer especial protección a la diversidad étnica y cultural del país, el Estado Colombiano suscribió el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, adoptado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley 21 de 1991, haciendo parte del bloque de constitucionalidad¹.

El mencionado Convenio consagra en el artículo 6º, el derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, conforme al siguiente texto:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) *Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente (...).”*

A su turno, el artículo 7º ibídem, dispone:

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas,

¹ En Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional incorporó la noción de bloque de constitucionalidad, compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

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.

Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

Ahora bien, en lo que respecta al tipo de medidas o proyectos que deben ser consultados previamente con las comunidades étnicas, la Corte Constitucional ha señalado que:

“(…) no todo lo concerniente a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”.²

Por lo tanto, la consulta previa solo debe agotarse en aquellos eventos en que el proyecto, obra o actividad afecte directamente los intereses de las comunidades indígenas o tribales en su calidad de tales, es decir, que su obligación solo resulta exigible cuando la actividad pueda *“(…) alterar el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios (…)*”³.

Así mismo el Alto Tribunal Constitucional ha definido la afectación directa como *“(…) la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias”⁴*. Que se puede manifestar cuando: *“(…) (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.”⁵*

3. DE LA PROCEDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA PARA LOS PROYECTOS DE REHABILITACIÓN, MANTENIMIENTO Y/O MEJORAMIENTO VIAL

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido el concepto de afectación directa como núcleo esencial para la procedencia de la Consulta Previa a Comunidades Étnicas, dentro del desarrollo de un POA, nos permitimos hacer el siguiente análisis normativo de las características y actividades que comprenden los proyectos de rehabilitación, mantenimiento y/o mejoramiento vial:

La Ley 1682 de 2013, *“Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”*, nos define en el artículo 12 las actividades y obras de protección en las vías, así:

“Mantenimiento periódico. Comprende la realización de actividades de conservación a intervalos variables, destinados primordialmente a recuperar los deterioros ocasionados por el uso o por fenómenos naturales o agentes externos.

Mantenimiento rutinario. Se refiere a la conservación continua (a intervalos menores de un año) con el fin de mantener las condiciones óptimas para el tránsito y uso adecuado de la infraestructura de transporte.

² Sentencia C- 030 de la Corte Constitucional de 2008 del 23 de enero de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

³ Sentencia C-175 de 2009

⁴ Sentencia T – 745 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Sentencia SU – 123 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimmy Yepes.

Mejoramiento. Cambios en una infraestructura de transporte con el propósito de mejorar sus especificaciones técnicas iniciales. Estas actividades están sujetas a reglamentación dentro de los ciento veinte (120) días calendario siguientes”.

Rehabilitación. Reconstrucción de una infraestructura de transporte para devolverla al estado inicial para la cual fue construida”.

En el mismo sentido, la Agencia Nacional de Infraestructura ha definido las actividades de mantenimiento vial como el *“El conjunto de actividades que deben realizarse a instalaciones y equipos, con el fin de corregir o prevenir fallas, buscando que estos continúen prestando el servicio para el cual fueron diseñados (...), tienen como finalidad principal la preservación de todos los elementos de la obra con la mínima cantidad de alteraciones”.*

El espíritu de Ley 1682 de 2013, deja de presente un elemento contundente el cual enmarca a este tipo de proyectos dentro de los que no generan un impacto y/o afectación ambiental grave, en el entendido en que el licenciamiento ambiental *“(…) es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje”.*

En coherencia con lo anterior, el artículo 44 de la citada ley dispone que los siguientes Proyectos de Infraestructura de Transporte no requerirán Licencia Ambiental:

- a) Proyectos de mantenimiento;
- b) Proyectos de rehabilitación;
- c) Proyectos de mejoramiento.

Adicional a ello, los proyectos de rehabilitación, mantenimiento y/o mejoramiento vial, son procesos de carácter temporal y periódico, los cuales, a la luz de lo esbozado con anterioridad no generan un grado de intensidad grave sobre los recursos naturales, como tampoco sobre los asentamientos, usos y costumbres, tránsito y movilidad de las comunidades que los circundan. Toda vez que son actividades que se realizan sobre vías existentes con las cuales las comunidades ya coexisten y se benefician.

Así las cosas, a la luz de lo esbozado frente a las características de los proyectos de rehabilitación, mantenimiento y/o mejoramiento vial, y a su incidencia sobre bienes de carácter público de la nación. No es dable afirmar la existencia de una posible afectación directa a las comunidades étnicas.

4. DE LA PROCEDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO “FORTALECIMIENTO DE CAPACIDADES LOCALES PARA LA GESTIÓN DE PROYECTOS E INNOVACIÓN TERRITORIAL -INICIATIVA TUMACO”

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido el concepto de afectación directa como núcleo esencial para la procedencia de la Consulta Previa a Comunidades Étnicas, dentro del desarrollo de un POA, nos permitimos hacer el siguiente análisis normativo de las características y actividades que comprenden los proyectos de rehabilitación, mantenimiento y/o mejoramiento vial:

Dentro de la solicitud presentada por el señor **MATEO DE LOS RÍOS VÉLEZ**, en calidad de Representante legal por parte de la empresa **VIVEKA SAS**, y en virtud del principio de la buena fe, se identificó que las actividades del proyecto del asunto se orientan a:

“El proyecto Fortalecimiento de Capacidades Locales para la Gestión de Proyectos e Innovación Territorial está enmarcado dentro del “Programa Colombia Sostenible en Zonas de Postconflicto (CO-L1166)”, el cual tiene por objetivo la mejora de los ingresos de pequeños productores rurales establecidos en las zonas definidas como de Postconflicto contribuyendo así, a su nivel de calidad de vida.

El proyecto será financiado por el Fondo Colombia en Paz, establecido por el Gobierno de Colombia con el firme propósito de apoyar el financiamiento de los proyectos dirigidos a maximizar los dividendos económicos, ambientales y sociales de la paz. El Fondo será apoyado por diversos instrumentos de financiamiento, entre ellos la "Facilidad Colombia Sostenible" la cual está siendo diseñada con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, como un mecanismo financiero que podrá recibir aportes de la cooperación internacional, agentes privados u otros organismos multilaterales.

El proyecto actualmente se encuentra en fase de factibilidad, luego de haber culminado con éxito la fase preliminar de estudios (pre factibilidad), cuyo resultado fue la priorización de un (1) tramo vial para el municipio de Tumaco en el departamento de Nariño:

- *Tramo Palmaco – Bajo Jagua*

Se propone el mejoramiento de la infraestructura vial con intervenciones lineales y puntuales en los tramos viales priorizados. En el caso de las obras lineales se consideran soluciones de mejoramiento para la estructura de pavimento para atender necesidades tanto funcionales como estructurales, mediante el mejoramiento de la subrasante en caso de requerirse, la conformación de una capa de subbase, una de base y una capa de rodadura junto con la inclusión de cunetas y alcantarillas.

En el caso de las obras puntuales se plantea el uso de estabilizaciones geotécnicas comunes con sistemas de contención como gaviones, muros de contención con cimentación superficial, construcción de trinchos, empradización y perfilado de taludes.

Se consideran también soluciones complementarias al manejo de caudales específicos al proponer el uso de box culvert, zanjas de coronación, filtros y disipadores de energía. Las actividades principales que están asociadas al mejoramiento de la vía terciaria se listan a continuación, tomando como referencia el esquema general de proyecto tipo elaborado por el DNP:

- Realizar obras preliminares*
- Implementar el mejoramiento seleccionado para la estructura de pavimento*
- Construir obras de drenaje*
- Construir obras de contención*
- Interventoría*

Para el desarrollo del proyecto se consideran 2 meses para etapa de pre-construcción y 15 meses para construcción.

En resumen, para la iniciativa del municipio de Tumaco, se seleccionó el tramo vial, que por sus condiciones amerita una intervención que garantice la conectividad con los proyectos productivos y para garantizar la sostenibilidad y durabilidad de las obras, se plantea desarrollar la siguiente solución y /o intervención:

- *Mejoramiento de rasante en zonas con ausencia de estructura.*
- *Implementación de placa huella en un ancho de 5.0 metros*
- *Mejoramiento de la rasante con elevación de los terraplenes*
- *Implementación de obras transversales y rehabilitación de las existentes."*

(Tomado de las paginas 4 y 5 del al anexo 1 enviado)

Lo anterior significa que, tratándose de actividades de **mejoramiento y rehabilitación vial**, se entiende que, con la ejecución de las mismas, no se genera una afectación directa según los parámetros legales y jurisprudenciales arriba citados. Toda vez que el proyecto de la referencia (i) no perturba las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales de las comunidades étnicas; (ii) no genera un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) no imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento; (iv) no ocasiona un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio; (v) De igual forma, se resalta que el proyecto no recae sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) ni a desarrolla el Convenio 169 de la OIT; (vii) así mismo, no se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) ni se configura una interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura de las comunidades étnicas.

En consecuencia, del análisis de las actividades antes reseñadas y de acuerdo con lo dispuesto en los actos administrativos de autorización temporal, se colige que no se evidencia la existencia de afectación directa alguna a los colectivos étnicos, por lo cual, no es exigible el desarrollo del proceso de consulta previa. Toda vez que, las intervenciones pretendidas no son de una intensidad tal que coarten los usos, costumbres y territorio de las comunidades étnicas; es un mejoramiento sobre vías existentes con las cuales las comunidades han coexistido desde su construcción inicial. Así mismo, se puede determinar que el objeto del proyecto objeto de análisis busca mejorar los medios de tránsito y movilidad de la comunidad tanto étnica como no étnica; y, la explotación realizada tiene un carácter temporal y específico que busca mejorar la calidad de vida de los habitantes del municipio.

En mérito de lo anteriormente expuesto, esta Subdirección Técnica:

RESUELVE:

PRIMERO: Que para las actividades y características que comprenden el proyecto: **“FORTALECIMIENTO DE CAPACIDADES LOCALES PARA LA GESTIÓN DE PROYECTOS E INNOVACIÓN TERRITORIAL -INICIATIVA TUMACO”** que se localizará en el municipio de Tumaco, departamento de Nariño, **no procede** la realización del proceso de consulta previa.

SEGUNDO: Que la información sobre la cual se expide el presente acto administrativo aplica específicamente para las características técnicas relacionadas y entregadas por el solicitante a través del EXTMI2021-14714 del 07 de septiembre de 2021, para el proyecto **“FORTALECIMIENTO DE CAPACIDADES LOCALES PARA LA GESTIÓN DE PROYECTOS E INNOVACIÓN TERRITORIAL -INICIATIVA TUMACO”**, que se localizará en el municipio de Tumaco, departamento de Nariño.

TERCERO: Contra el presente acto administrativo procede el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, ante la Subdirección Técnica de Consulta Previa de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

COMUNÍQUESE Y NOTIFÍQUESE


YOLANDA PINTO AMAYA
Subdirector Técnico de Consulta Previa

Elaboró: Andrea Paola Martínez Meléndez- Abogada Grupo de Actuaciones Administrativas de Procedencia de Consulta Previa	Revisó: Carlos Andrés Méndez Oliveros - Abogado de Actuaciones Administrativas de Procedencia de Consulta Previa
Aprobó: Yolanda Pinto Amaya – Subdirectora Técnica DANCP.	

T.R.D. 2500.226.44
EXTMI2021-14714

Notificación: mdelosrios@viveka.com.co, emargareth70@gmail.com