

**LAS CONCESIONES VIALES Y LA CONSULTA PREVIA – CASO RUTA DEL
SOL TRAMO 3**

POR

**DIANA MARCELA PACHECO ANGEL
JOSE MANUEL MARTINEZ GONZALEZ**

DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADO

DR. IGNACIO GONZALEZ BUITRAGO

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA
NOVIEMBRE DE 2016**

INDICE

CAPITULO I. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Problema de investigación

1.1.2. Pregunta de Investigación

1.2. HIPÓTESIS

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

1.3.2. Objetivos específicos

1.4. JUSTIFICACIÓN

1.5. MARCOS DE REFERENCIA

1.5.1. Marco Conceptual

1.5.2. Marco Teórico

1.5.3. Marco Jurídico.

1.6. DISEÑO METODOLÓGICO

CAPÍTULO II. CONSULTAS PREVIAS EN PROYECTOS VIALES

2.1. CONCEPTO DE CONSULTA PREVIA

2.1.1. Definición

2.1.2. Consulta previa en la legislación interna

2.1.3. Consulta previa en la legislación internacional

2.1.4. Cómo aparece la consulta previa en el contexto nacional

2.2. FINALIDAD DE LA CONSULTA PREVIA

2.2.1. Alcance

2.2.2. Sujetos de la consulta previa

2.3. PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA

2.3.1. Cómo se lleva a cabo

2.3.2. A quiénes va dirigido

2.3.3. Obligatoriedad de realizar la consulta previa

2.3.4. Resultado de la consulta previa - efectos

2.4 PROCEDIMIENTO PARA HACER COMPATIBLE LOS PROYECTOS DONDE DEBA REALIZARSE CONSULTA PREVIA Y LA PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDAS

CAPITULO 3: DESCRIPCIÓN DEL CASO RUTA DEL SOL TRAMO 3 – COMUNIDADES DE LA SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA

3.1. Proyecto de Concesión vial Ruta del Sol Tramo III

3.2. Ruta del Sol Tramo 3 y el Proceso de Consulta previa con las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta.

3.3. Resultados de la Consulta. Traumatismos generados en el Proyecto de Concesión derivados del proceso de Consulta Previa con las comunidades de la Sierra.

CONCLUSIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUCCIÓN

El problema que busca resolver la presente investigación gira en torno a cómo a través del derecho se puede garantizar que los proyectos de infraestructura vial, que generan desarrollo al país, se realicen de manera ágil y eficiente, sin desconocer los derechos al territorio que tienen algunas minorías que también hacen parte del Estado y que deben ser incluidas en los aspectos que cobija ese mismo Estado, buscando siempre generar un mínimo de afectación a sus valores culturales a través de la figura constitucional de la Consulta Previa.

La situación que genera la inquietud se da en desarrollo del Proyecto de Concesión Vial Ruta del Sol, específicamente en su tramo tres, toda vez que una vez concesionado dicho proyecto al Consorcio Yuma S.A., cuando dicha firma se dispuso a obtener la Licencia Ambiental de Construcción, se observó que a lo largo del trazado del Proyecto Vial se encontraban asentadas varias comunidades étnicas, entre ellas las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, lo que generó que se hiciese necesario adelantar un proceso de Consulta Previa, que representó atrasos en los cronogramas de obra, además de pérdidas de dinero, y reclamaciones al Estado por parte del contratista, culminado dicha consulta de manera insatisfactoria tanto para las comunidades, como para el constructor y para el Estado mismo.

La importancia jurídica de la investigación se encuentra fuertemente marcada en el Plan de Desarrollo del gobierno actual que ve en el progreso de la infraestructura vial uno de sus pilares fundamentales, tanto así que ha concesionado gran parte de las vías nacionales para su construcción, construcción, que conlleva una serie de trámites y permisos que involucran directamente a comunidades autóctonas del territorio nacional que se ven avocadas a la necesidad de ceder parte de su territorio para la construcción de vías. Es así entonces, que se presentan dos situaciones ambiguas que deben ser resueltas desde la perspectiva del derecho: de un lado el desarrollo vial que genera progreso a la economía del país y de otro, las posibles vulneraciones que se pueden dar a las comunidades étnicas de la nación, además, del punto medio que surge como solución, representado a través de la figura de la Consulta Previa, que si bien protege derechos de las comunidades consultadas, no tiene una regulación clara que permita un proceso expedito y transparente, que a su vez

se constituya como una herramienta que resguarde los derechos económicos de los constructores, quienes también son sujetos de derecho.

Es por ello que el objetivo principal del trabajo que se presenta consistirá en identificar el impacto generado en los últimos tres años por el proyecto de concesión vial denominado Ruta del Sol Tramo 3, sobre las zonas de reserva indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta, previstas en el proyecto de consulta previa.

El enfoque metodológico del presente proyecto de investigación es analítico y sociológico, toda vez que se pretende desarrollar de manera específica la problemática sobre la afectación que puede llegarse a presentar sobre una comunidad étnica en la ejecución de una obra pública de concesión vial, y en este sentido, identificar de qué manera incide el proceso de consulta previa constitucionalmente establecido en la construcción de la vía. La investigación será de tipo descriptivo toda vez que observara las características del caso particular del proceso de consulta previa desarrollado con las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta en desarrollo de Proyecto de Concesión Vial Ruta del Sol – Sector 3.

La técnica que utilizaremos para llevar a feliz término nuestra investigación se basará en el análisis de cualitativo de documentos, que se centraran en la observación del Proceso de Consulta Previa realizado a las Comunidades Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta en desarrollo del Proyecto de Concesión Vial Ruta del Sol Sector 3 y su duración en el tiempo desde el año 2011 al año 2014; además, se hará observancia y recolección de conceptos de autoridades en materia de infraestructura, investigaciones, jurisprudencia, norma y doctrina para abordar el problema de investigación de una manera clara, concisa y concreta.

La importancia social de la investigación que planteamos recae sobre las posibles soluciones plausibles que podamos aportar al conflicto que se genera entre los proyectos de infraestructura vial, y algunas formas de vida indígena que se ven muchas veces afectadas por estos proyectos; teniendo en cuenta que el derecho es para todos, queremos plantear posibles puntos de acuerdo que beneficien tanto al desarrollo desde la infraestructura, como a la protección que se le debe brindar a las diversas formas de vida

étnica de nuestro país, todo esto concatenado con la entidad solidaria que fomentan los programas de pregrado y de postgrado de la UGC y que buscan que el Humanismo Solidario facilite la participación de los sectores marginales de la sociedad en procesos de apropiación del conocimiento y en el desarrollo económico - social general.

Jurídicamente la investigación y su desarrollo a lo largo del programa formativo de especialización en derecho administrativo pretende dar pequeñas bases para el establecimiento de lineamientos concertados entre Comunidades Indígenas, grandes Constructores de infraestructura vial y del Estado mismo, para la regulación de los procesos de consulta previa específicamente en cuanto a sus costos y tiempos de duración, parámetros que aun hoy día no se encuentran establecidos ni regulados en el ordenamiento jurídico nacional.

La presente investigación pretende hacer una observación a través de un caso específico, al problema que ha generado el derecho constitucional de realizar consulta previa a comunidades étnicas, en desarrollo de las obras de infraestructura vial del plan de gobierno, y, se ubica en la línea de investigación de la Universidad La Gran Colombia denominada, Derecho Constitucional, Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad y en la sub línea de investigación Derecho para la justicia, la convivencia y la inclusión social.

El primer capítulo de la investigación dará cuenta de los antecedentes del problema a abordar y en sí mismo, presentara el problema como tal, rodeado de su objetivo específico al cual pretendemos llegar a partir de tres sub-objetivos u objetivos generales, se encuentra planteada la hipótesis y la justificación que ha llevado a emprender la presente investigación.

El segundo capítulo de la investigación abordara el marco Constitucional y el desarrollo jurisprudencial de la figura de Consulta Previa, además de su marco legal internacional y la forma como se ha implementado en el Estado Colombiano, específicamente bajo el amparo de los procedimientos de licenciamiento ambiental requeridos para desarrollar intervenciones de infraestructura que requieran de alguna manera acometer territorios que se puedan ver afectados en su habitad o irrumpen en las

cosmovisiones de comunidades étnicas, asentadas en los lugares por los cuales pretendan pasar las obras. Se abordaran además, temas tales como la finalidad de la Consulta Previa, y el alcance que tiene la misma de conformidad a la Constitución Política.

A través de consulta a la documentación de las Entidades del sector de la infraestructura se contextualizara los modelos de contratación pública actuales y su vínculo con los Procesos de Consulta Previa, además, observar particularmente el proceso de Consulta Previa desarrollado en el marco del Proyecto de Concesión Vial Transversal Ruta del Sol – Sector 3 y su resultado, para así determinar la compatibilidad de los Proyectos de Infraestructura y su estructuración con la protección de comunidades sujetas a protección especial. Finalmente se buscara plantear un procedimiento que hagan compatibles los proyectos de infraestructura vial, con la protección de los grupos étnicos y su ambiente en determinados territorios.

RESUMEN.

El objetivo fundamental de este trabajo es determinar el proceso normativo que sigue la Concesión, teniendo en cuenta el proceso de Consulta Previa que debe darse en desarrollo de los proyectos viales que requieren Licencia Ambiental, la cual tienen como componente la realización de Consulta Previa cuando así sea requerido dentro del trazado concesionado.

Como contextualización al desarrollo de este trabajo se observará el desarrollo histórico de dos temas fundamentales para este, a saber: concesión vial y desarrollo de la infraestructura en Colombia, aplicación de Consulta Previa en obras de infraestructura vial.

PALABRAS CLAVES

Consulta Previa, Infraestructura, Comunidades Indígenas, Tratados Internacionales, Desarrollo, Igualdad, Contrato de concesión, Etnia.

ABSTRACT

The main objective of this work is to determine the regulatory process following the concession, considering the process of prior consultation should be developing road projects that require environmental license, which have as a component performing prior consultation as well is required within the concessioned route.

highway concession and infrastructure development in Colombia, implementation of prior consultation on road infrastructure: As contextualization to the development of this work the historical development of two key issues for this, namely observed.

KEYS WORD

Prior Consultation, Infrastructure, Indigenous Communities, International Treaties, Development, Equality, Concession Contract, Ethnicity.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación pretende hacer una observación a través de un caso específico, al problema que ha generado el derecho constitucional de realizar consulta previa a comunidades étnicas, en desarrollo de las obras de infraestructura vial del plan de gobierno, y, se ubica en la línea de investigación de la Universidad La Gran Colombia denominada, Derecho Constitucional, Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad y en la sub línea de investigación Derecho para la justicia, la convivencia y la inclusión social

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los últimos años uno de los aspectos más relevantes de las políticas públicas ha sido el enfoque cada vez mayor que se le ha dado al desarrollo de la infraestructura en nuestra nación, principalmente a la ejecución de obras viales que produzcan corredores que permitan la interconexión del país, sin embargo, en el afán de abastecer a la nación y a sus habitantes con vías de primer nivel, el Estado ha entrado en conflicto con poblaciones étnicas asentadas a lo largo del territorio nacional de las cuales se requiere su consentimiento para la construcción de obras en sus lugares de habitación; tal es el caso de lo ocurrido en la costa norte de Colombia en donde el Proyecto de Infraestructura Vial denominado Ruta del Sol Tramo 3 ha tenido que recurrir a la figura de la Consulta Previa con los pueblos indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta para la ejecución de la obra vial, esto lleva a que se genere un choque entre un interés general tal como lo sería el desarrollo de la infraestructura vial del país y el derecho de unas minorías a conservar determinados territorios, sin desconocer su importancia cultural dentro de la Nación.

1.1.1. Problema de investigación

Cabe anotar que existe una consolidada posición ente los indígenas respecto a que los procesos de consulta que se han dado en la Sierra Nevada de Santa Marta en el marco del Proyecto Vial Ruta del Sol Tramo 3 son atípicos, porque como lo señalan algunos de los representantes de estas comunidades, Santiago S. “primero se comete el daño y después

se llama a los pueblos a consulta, se ha generado una desconfianza a los pueblos indígenas por la falta de seriedad por parte del gobierno nacional y de las empresas que desarrollan esas actividades de intervención en el territorio tradicional”. Diario El Pílon (21 de octubre de 2013). Es así, como pareciera que no se tiene miramiento alguno hacia los parámetros fijados por el decreto 1320 de 1998, que señala que cuando se pretenda realizar grandes obras de infraestructura que de una u otra forma vinculen resguardos indígenas o comunidades étnicas, se debe realizar una Consulta Previa a fin de incluir los lineamientos necesarios para analizar los componentes socioeconómicos y culturales de las comunidades indígenas, buscando siempre las alternativas conjuntas con relación a temas que pudiesen afectar a dichas comunidades.

El problema que busca resolver la presente investigación gira en torno a cómo a través del derecho se puede garantizar que los proyectos de infraestructura vial que generan desarrollo al país, se puedan realizar de manera ágil y eficiente, sin desconocer los derechos al territorio que tienen algunas minorías que también hacen parte del Estado y que deben ser incluidas en los aspectos que cobija ese mismo Estado buscando siempre generar un mínimo de afectación a sus valores culturales.

1.1.2. Pregunta de investigación

Con base a lo hasta aquí sustentado, plantearemos como pregunta para observar nuestro tema de estudio la siguiente:

¿Qué consecuencias produjo la consulta previa a la comunidad afectada de la Sierra Nevada de Santa Marta en el trazado del proyecto de concesión vial Ruta del Sol Tramo 3?

1.1.3. Hipótesis

Considerando que se hace necesario mejorar los niveles de desarrollo del país y que la infraestructura de transporte es una de las variables propulsoras de crecimiento económico al permitir la accesibilidad, conectividad y movilidad de la población para satisfacer necesidades, producir y comercializar bienes y servicios. No es posible generar una solución viable para las comunidades indígenas kogui, Arhuacos, Wiwas y Ankuamos

que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta. El impacto que ha generado el Proyecto de concesión vial denominado Ruta del Sol Tramo 3, en los últimos tres años ha sido un impacto negativo, puesto que el Proceso de Consulta Previa, finalmente condujo al respeto “según la comunidad”, de los territorios para ellos sagrados, por lo que el desarrollo representado por la infraestructura vial, al no ir de la mano con la cosmovisión de las comunidades de la Sierra, debió realizarse una reestructuración y cambio de planes, respecto del trazado inicial; lo que generó como se podrá evidenciar más adelante, nuevos desafíos en cuanto a la nueva inversión tanto de recursos como de tiempo, que debió realizar el contratista para llevar a cabo el proyecto.

Además, los procesos de Consulta Previa son desgastantes para los constructores, les consumen tiempo y recursos, configurándose así como un impacto negativo no solo para las comunidades sino para los empresarios de la infraestructura del país.

La hipótesis de investigación es la siguiente:

Las consecuencias de los resultados de la consulta previa a la comunidad afectada en la Sierra Nevada de Santa Marta, planteó un cambio en la forma de asumir proyectos que implican afectación a comunidades ancestrales, en el sentido de comprender sus cosmovisiones.

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo general

Identificar el impacto generado en los últimos tres años por el proyecto de concesión vial denominado Ruta del Sol Tramo 3, sobre las zonas de reserva indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta, previstas en el proyecto de consulta previa.

1.2.2. Objetivos específicos

- Observar legal y constitucionalmente la figura de la consulta previa en proyectos viales.
- Plantear un procedimiento que hagan compatibles los proyectos de infraestructura vial, con la protección de los grupos étnicos y su ambiente en determinados territorios.

- Analizar la capacidad estatal para el cumplimiento del derecho a proteger la identidad cultural consignada en la Constitución Política de 1991 respecto de las comunidades constitucionalmente protegidas.

1.3. JUSTIFICACIÓN

La reglamentación que rige las concesiones en Colombia comprende, entre otras, la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación, la Ley 105 de 1993, que impartió funciones a las entidades del sector transporte, y la Ley 99 de 1993, mediante la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente y se establecieron políticas de protección ambiental.

En Colombia existe un rezago general en la infraestructura de las vías tanto carreteras como férreas, en los puertos y en los aeropuertos. La apoteósica tarea de interconectar al país está en cabeza del Estado a través del Ministerio de Transporte, antes de 1990, esta Entidad del Nivel Central era la encargada de construir y mantener las vías del país, ante la apertura económica a la que nos lanzó el presidente Gaviria con su frase “Bienvenidos al Futuro” se hizo necesario para el Estado reacomodarse para garantizar los fines de la nueva constitución garantista que se implementaría en 1991.

Para suplir las necesidades en infraestructura del Estado a través del Decreto 2171 de 1992 se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte, y, se define la integración del sector transporte. Dentro de las Entidades del sector se crea el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Transporte, que tuviera como objetivo ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación. A través de las leyes 80 y 105 de 1993 se continuo con la política organizadora del sector transporte y se dio facultad al INVIAS para implementar la figura de la Concesión, contando inicialmente dentro de su estructura jerárquica con una oficina interna denominada Oficina de Concesiones. El crecimiento económico del país y la necesidad de mejorar los canales de comunicación impulso a la creación de otra Entidad que administrara los temas referentes a las Concesiones, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

Mediante el decreto 1800 del 26 de Junio de 2002 nació a la vida jurídica el INCO (Instituto Nacional de Concesiones), el 3 de noviembre de 2011 a través del Decreto No. 4165, cambió su naturaleza jurídica de establecimiento público a Agencia Nacional de Infraestructura – ANI; La Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, esta es una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte.

La Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, tiene por objeto planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada - APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional, respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo. Dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación. (Agencia Nacional de Infraestructura, 2016).

Finalmente el contrato de concesión encuentra su más precisa definición en la Ley 80 de 1993:

[...] son los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien.

La consulta previa es un derecho reconocido en el Convenio 169 de la OIT¹ que en su artículo 6 estipula que se deberá (...) consultar a los pueblos interesados, mediante

¹ Convenio 169 de la OIT.

procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (1989). Por consiguiente, al ser ratificado el Convenio por nuestro Estado e incorporado en la legislación nacional por la Ley 21 de 1991, el Estado se compromete a respetar los derechos de los indígenas y a realizar procesos de Consulta Previa cuando así se requiera, por ejemplo para la obtención de licencias ambientales en los contratos de Concesión Vial.

Una vez adoptado el Convenio 169 de la OIT y con el deber constitucional de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (Const., 1991, art. 7, 70), el ejecutivo procedió a reglamentar los procesos de Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios (Decreto 1320, 1998).

La importancia social de la investigación que planteamos recae sobre las posibles soluciones plausibles que podamos aportar al conflicto que se genera entre los proyectos de infraestructura vial, y algunas formas de vida indígena que se ven muchas veces afectadas por estos proyectos; teniendo en cuenta que el derecho es para todos queremos plantear posibles puntos de acuerdo que beneficien tanto al desarrollo desde la infraestructura, como a la protección que se le debe brindar a las diversas formas de vida étnica de nuestro país, todo esto concatenado con la entidad solidaria que fomentan los programas de pregrado y de postgrado de la UGC y que buscan que el Humanismo Solidario facilite la participación de los sectores marginales de la sociedad en procesos de apropiación del conocimiento y en el desarrollo económico - social general.

Jurídicamente la investigación y su desarrollo a lo largo del programa formativo de especialización en derecho administrativo pretende dar pequeñas bases para el establecimiento de lineamientos concertados entre Comunidades Indígenas, grandes Constructores de infraestructura vial y del Estado mismo, para la regulación de los procesos de consulta previa específicamente en cuanto a sus costos y tiempos de duración, parámetros que aun hoy día no se encuentran establecidos ni regulados en el ordenamiento jurídico nacional.

Personalmente la presente investigación surge como disyuntiva de la reflexión acerca de que a pesar de la realización de los Procesos de Consulta como requisito para construir y de que a través de ellos se llegue a acuerdos concertados con las comunidades indígenas, los valores inherentes a su cultura (la de las comunidades indígenas), siempre serán trastocados en aras del progreso que representan las mega obras de infraestructura para la Nación, surgiendo un problema de carácter más que jurídico, político y social, de un lado se debe analizar si se respeta la tradición ancestral de los indígenas del territorio de Colombia y no se invaden sus tierras con obras de infraestructura vial, y, de otra parte observar si la invasión de estos territorios con la finalidad de poner a la vanguardia al país en materia de infraestructura vial es lo mejor.

1.3. MARCOS DE REFERENCIA

1.3.1. Marco conceptual

El sistema de concesión de carreteras es una estrategia que funciona con recursos de inversión privada. Las entidades estatales encargadas (INVIAS – ANI), establecen un contrato con una o varias firmas, entregándoles por un tiempo determinado la rehabilitación, mantenimiento o construcción y operación de una carretera; al finalizar el periodo pactado la vía concesionada retorna al Estado. El fundamento del sistema es la aplicación de los recursos provenientes de los peajes. En Colombia este cobro tiene su origen en 1830; en 1988 se empleó para construir el camino Cartago-Novita, pero sólo hasta 1955 el Ministerio de Obras Públicas fue facultado para cobrarlo y utilizarlo como fuente de financiación para mantenimiento y construcción de vías.

Uno de los esquemas de trabajo empleados en el desarrollo de las concesiones se denomina B.O.M.T., que significa Construir, Operar, Mantener y Transferir para asegurar la ejecución de las obras viales de gran magnitud por parte del sector privado.

Forma de Contratación de las concesiones: La infraestructura vial concesionada comprende fundamentalmente el transporte terrestre, que a su vez ha sido denominada de acuerdo a las modalidades bajo las cuales se concibió el contrato de concesión, como de primera, segunda, tercera y cuarta generación.

Primera generación: Debido a las debilidades físicas y estructurales que poseían la infraestructura vial y la limitación de los recursos públicos para su modernización, el Gobierno Nacional emprendió la búsqueda de mecanismos alternativos para la atracción y participación del sector privado en la construcción y mantenimiento de carreteras. Entre todos los sistemas en consideración se escogió el Sistema de Concesiones, debido a las ventajas de la experiencia positivas que se habían tenido en varios países de la región, especialmente en Argentina.

Bajo este plan se constituyeron trece proyectos iniciales, correspondientes a lo que se denominó Primera Generación, a través de los cuales se esperaba rehabilitar y mantener 1220 kilómetros de vías existentes y la construcción de 306 kilómetros de nuevas vías, con una inversión aproximada de 900 millones de dólares.

Segunda generación: El proceso de Concesiones de Segunda Generación se inició en 1995 siguiendo los lineamientos del CONPES del 26 de abril de 1995, buscando solucionar los problemas identificados durante el proceso de Concesiones de Primera Generación. Estos proyectos de Segunda Generación presentaron mejoras sustanciales en cuanto a conceptos tales como asignación de riesgos y conceptualización legal y financiera.

Tercera generación: El proceso de concesiones de Tercera Generación se inició en 1998 siguiendo los lineamientos del Plan Nacional de desarrollo 1998 – 2002 “Cambio para construir la Paz”. Este nuevo programa de concesiones viales busca contextualizar el sistema de concesiones dentro de los planes del Gobierno Nacional de impulsar la competitividad internacional del país mediante la consecución de una infraestructura vial estratégica, capaz de atender las necesidades presentes y futuras de los sectores productivos colombianos frente al proceso de internacionalización de la economía.

Cuarta generación: Las vías 4G, También llamadas carretera 4G, es un programa de infraestructura vial en Colombia que plantea la construcción y operación en concesión de más de 8.000 kilómetros de carreteras, incluyendo 1.370 kilómetros de doble calzadas, y 159 túneles, en más de 40 nuevas concesiones. El objeto principal es mejorar la competitividad del país, disminuyendo el costo y tiempos de transporte de personas, y en especial de carga desde los puntos de manufactura hasta los puertos de exportación.

Es uno de los proyectos más ambiciosos de la historia de la infraestructura Colombiana, con una inversión estimada de \$47 billones de pesos.

Se proyecta que las obras se ejecutarán en máximo 6 años a partir de la fecha de adjudicación. (Valle, 1999).

Surgimiento de la consulta previa en obras de infraestructura: La consulta previa es un derecho reconocido en el Convenio 169 de la OIT que en su artículo 6 estipula que se deberá (...) 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 afectarles directamente (1989). Por consiguiente, al ser ratificado el Convenio por nuestro Estado e incorporado en la legislación nacional por la Ley 21 de 1991, el Estado se compromete a respetar los derechos de los indígenas y a realizar procesos de Consulta Previa cuando así se requiera.

Una vez adoptado el Convenio 169 de la OIT y con el deber constitucional de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (Const., 1991, art. 7, 70), el ejecutivo procedió a reglamentar los procesos de Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios (Decreto 1320, 1998).

Según los parámetros fijados por el Decreto 1320 de 1998 cuando se pretenda realizar grandes obras de infraestructura que de una u otra forma vinculen resguardos indígenas o comunidades étnicas, se debe realizar una Consulta Previa a fin de incluir los lineamientos necesarios para analizar los componentes socioeconómicos y culturales de las comunidades indígenas, buscando siempre las alternativas conjuntas con relación a temas que pudiesen afectar a dichas comunidades.

En el año 2011 (Decreto 2893, 2011), se modifica la estructura orgánica y funcional del Ministerio del Interior incluyendo dentro de sus parámetros la creación de la Dirección de Consulta Previa, que será la oficina encargada de conocer de los procesos de Consulta Previa que adelanten las diferentes entidades estatales, cuando así se requiera. Esta oficina del Ministerio del Interior certificará la existencia de comunidades étnicas en el territorio

nacional, fijará los parámetros para el desarrollo de los procesos de Consulta Previa y brindará acompañamiento durante los mismos.

La contratación estatal y todas aquellas nuevas figuras tales como la Consulta Previa, han llegado a constituirse como hitos importantes en materia de derecho administrativo, es por ello que es necesario tener claridad en algunos conceptos comunes a este tema.

Contrato de Concesión Vial: A través de los contratos de concesión vial, el Estado transfiere al sector privado las principales responsabilidades derivadas de la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, con lo cual, entre otras cosas, se liberan recursos públicos para el cumplimiento de otros fines sociales esenciales. Por su parte, el agente privado recibe una remuneración por cuenta de las inversiones realizadas. (Bohórquez, Leonardo y Camacho, 2002)

Consulta Previa: La Consulta Previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas, y demás comunidades étnicas de poder decidir sobre medidas judiciales o administrativas, o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando, de esta manera, proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. Dussán y Rodríguez (s.f.)

Poblaciones Indígenas: Las poblaciones indígenas están compuestas por los descendientes actuales de los pueblos que habitaron el territorio actual de un país total o parcialmente en la época en que personas de cultura u origen étnico diferentes llegaron desde otras partes del mundo, los sometieron y, mediante la conquista, el poblamiento u otros medios, los redujeron a una situación no dominante o colonial; los que hoy día viven más en conformidad con sus costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales particulares con que las instituciones del país del que ahora forman parte, bajo una estructura de estado que incorpora principalmente las características nacionales, sociales y culturales de otros segmentos de la población que son predominantes. (Burger, 2001,p. 25).

Etnia: Según la Real Academia de la Lengua española, por etnia debe entenderse una comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüística, culturales, etc.

1.3.2. Marco teórico

El Doctor Ángel Tuiran Sarmiento en su texto *El Territorio: un análisis desde el derecho y la ciencia política*, sostiene que aunque la Constitución de 1991 establece varias instituciones que parecen desplegar y proteger la subjetividad política y la singularidad cultural de las comunidades étnicas, a saber; la jurisdicción especial indígena, la propiedad colectiva del resguardo, la autodeterminación administrativa través de las entidades territoriales indígenas y su intervención en decisiones legislativas o administrativas que las puedan afectar por medio de la consulta previa, estas instituciones se han reducido con ocasión de la omisión legislativa. (Tuiran, 2013)

En este sentido el licenciamiento ambiental de los proyectos de infraestructura vial ha tratado de vincular activamente a las comunidades étnicas asentadas a lo largo del territorio nacional que se ven afectadas por la construcción de nuevas súper autopistas; a través de la figura de la consulta previa, sin embargo una queja recurrente de las comunidades que han participado en los procesos de consulta hace referencia al equiparamiento económico que se trata de dar a bienes subjetivos e inmateriales propios de su cosmovisión por parte de los constructores, vulnerando así su cultura. Esta cosmovisión es difícil de entender y el Estado simplemente garantiza un factor de discriminación positiva, la discriminación positiva o acción afirmativa es la aplicación de políticas públicas encaminadas al reconocimiento de las diferencias culturales de los grupos minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación, con el objetivo de llegar a una sociedad más justa y equitativa brindándoles las mismas posibilidades que a los grupos hegemónicos, por ejemplo, reservando un número mínimo de plazas en las escuelas o universidades o en ciertos ámbitos laborales (Velasco, 2007, p.145).

En situaciones tales como las de los procesos de consulta previa con comunidades indígenas el Estado pretende equiparar algunos derechos fundamentales a derechos patrimoniales desconociendo el carácter universal de los primeros.

Esta distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales es una de las principales tesis de Luigi Ferrajoli; y, de acuerdo con ella, sostiene que mientras que los derechos fundamentales, "tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los

derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y sociales, son derechos "universales", en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares"; los derechos patrimoniales, desde el derecho de propiedad hasta los demás derechos reales, e incluso los derechos de crédito, "son derechos singulares, en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás" (Ferrajoli, 2004, p.46).

Entonces, la vida, por ejemplo, la libertad personal o el derecho a voto, que son derechos fundamentales, lo son, "no tanto porque correspondan a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles". Por ende, "allí donde estuviera permitida su disposición -por ejemplo, admitiendo la esclavitud, o cualquier modo de alienación de las libertades, de la vida, del voto éstos resultarían también degradados a derechos patrimoniales"(Ferrajoli, 2004, p. 48).

De otra parte, los autores del blog jurídico LLoreda – Camacho & co afirman que si bien el Gobierno Nacional ha hecho loables esfuerzos en materia de infraestructura que han dado importantes resultados, como es la adjudicación de la concesión de varios corredores viales en la primera y la segunda ola de concesiones viales de 4G, en la práctica han resultado insuficientes. En medio de la euforia que ha generado el despegue de las concesiones viales de 4G, como una de las locomotoras para un mayor crecimiento económico, los concesionarios y las propias agencias del Estado han tenido que enfrentar serios inconvenientes en la etapa inicial de la ejecución de estos proyectos, siendo uno de los principales la consulta previa con comunidades étnicas localizadas en las zonas de influencia de los proyectos (Hidalgo, 2016).

La dificultad en la negociación y concreción de acuerdos entre el Estado, los concesionarios y las comunidades en el marco del proceso de consulta previa, tiene un significativo impacto no sólo en el cronograma previsto para la etapa de preconstrucción de los proyectos, sino la propia financiación de los mismos, como quiera que agotar la consulta previa constituye un insumo necesario para obtener el licenciamiento ambiental dentro de la fase preconstructiva. Es difícil obtener la financiación de un proyecto donde no es claro cuándo va a comenzar a generar ingresos, y cuando el proceso de consulta puede

amenazar incluso con la parálisis del proyecto.

Existe en la actualidad una discusión entre quienes buscan preservar las garantías de las comunidades étnicas y quienes consideran que ese garantismo ha generado retrasos en procesos constructivos de infraestructura a nivel nacional y que los procesos de consulta previa desbordan los derechos que se deben proteger a las comunidades. En este sentido la Corte Constitucional a través de sus diferentes pronunciamientos ha manifestado lo siguiente: Existe conexidad entre el territorio y el interés general, y que es el Estado a través de sus entes territoriales quien tiene a su cargo la planeación y el desarrollo de las obras públicas y proyectos de infraestructura vial.

Bajo este entendido, y en consideración a las distintas visiones sobre lo que significa el “progreso” en el marco de la ejecución de obras públicas, el derecho al desarrollo, como manifestación del interés general, tiende a entrar en aparente contradicción con los derechos individuales, los cuales son susceptibles de verse afectados a causa de las decisiones que se tomen desde el ámbito nacional o desde el ámbito territorial, para efectos de generar beneficios a favor de la ciudadanía en general.

Recientemente, en la Universidad la Gran Colombia a través de un trabajo investigativo titulado EQUILIBRIO AMBIENTAL EN UNA OBRA DE CONCESIÓN VIAL, Karen Viviana Quinche Rozo y Edwin Alexander Rodríguez, abordaron un tema muy similar al hoy investigado, señalando principalmente el compromiso que debe asumir el concesionario de la obra, no solo sobre el respeto que debe tenerse por las comunidades étnicas,- especialmente las que habitan en los lugares intervenidos para la elaboración de los tramos viales-, sino además, la obligación del concesionario de ser “multiplicador de las buenas prácticas ambientales, acción que se materializaría en un programa de plantaciones nativas que propague las especies que se encuentran amenazadas a lo largo del Derecho de Vía” (Quinche y Rodríguez, 2015), entendiéndose así que las obligaciones de los contratistas están inmersas en un amplio despliegue de acciones que reúnen varios aspectos para la obtención de una licencia ambiental.

1.3.3 Marco jurídico.

1.3.3.1. Marco Legal Internacional

Sin lugar a dudas, el Convenio 169 de la OIT con fecha del 27 de junio de 1989, también conocido como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, el cual surge por la necesidad de que existiera un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales del año 1957, es la herramienta jurídica internacional más importante sobre consulta previa. Así mismo, la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas del año 2007, reconoce también el derecho a la consulta previa. Para el caso colombiano, el Convenio 169 de 1989 de la OIT, adoptado mediante la Ley 21 del 4 de marzo de 1991, ubicándose de esta manera, el convenio en mención en el nivel constitucional toda vez que hace parte del Bloque de Constitucionalidad.

A su turno, la en su artículo 21 se refiere a la protección de la propiedad privada, que en este contexto aplica a la propiedad de los grupos étnicos sobre sus territorios colectivos. El artículo 21 fue desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del 28 de noviembre de 2007, sobre el litigio entre el Estado de Surinam y el pueblo ancestral afro Saramaka, cuyos territorios colectivos fueron afectados por la explotación maderera autorizada por el Estado. En esa oportunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó “Como se mencionó anteriormente, el artículo 21 de la Convención no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social”.

Como puede observarse, la mencionada sentencia reviste de una significativa importancia, comoquiera que además de reconocer el derecho a la consulta previa, reconoce además el derecho al consentimiento previo, libre e informado cuando está en riesgo la pervivencia del grupo étnico; pues esta Corporación señala que “De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoymaxa,

los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo¹²⁰. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.”

1.3.3.2. Marco Legal Nacional

Como primera medida, debemos señalar la entidad en Colombia encargada de velar por los intereses y/o derechos de las comunidades étnicas, es el Ministerio del Interior; cuyo origen data desde la Constitución de 1886; la cual en el título XII definió que los Departamentos Administrativos de la rama, serían ejercidos por ministerios dentro de los cuales se encontraba el Ministerio de Gobierno como inicialmente se le conoció. Acto seguido, mediante la Ley 7 del 25 de agosto del mismo año, se reglamentó dichas entidades y luego a la estructura interna del Ministerio de Gobierno se adicionó la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras, orientada a formular políticas para este grupo poblacional, de acuerdo con la comisión Consultiva de Alto Nivel.

En la administración del Presidente Andrés Pastrana, en el año de 1995 mediante la Ley 199 de esa anualidad, se transformó el Ministerio de Gobierno en Ministerio del Interior quien años más tarde dando cumplimiento a la Ley 790 de 2002 bajo la Presidencia del doctor Álvaro Uribe Vélez, se fusionaron los Ministerio del Interior y de Justicia y del Derecho; fusión que duró hasta el 4 de mayo de 2011, cuando el actual Presidente Juan Manuel Santos, sancionó la Ley 1444, con la cual se ordenó la escisión del Ministerio de Interior y de Justicia para finalmente bajo en Decreto 2893 de 2011, reviviera el Ministerio del Interior (<http://www.mininterior.gov.co/el-ministerio/informacion-institucional/historia>)

Realizada la anterior precisión, debemos señalar entonces que según el artículo 6° del convenio 169 de 1989, los gobiernos deberán: “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Con base en lo anteriormente manifestado, en cabeza de los grupos étnicos el Estado colombiano reconoció el derecho a la consulta previa. Según la Corte Constitucional, la categoría de grupos étnicos incluye a las comunidades afrocolombianas, los pueblos indígenas y el pueblo Rrom.

Acto seguido, el numeral segundo del mismo artículo 6° dispuso que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. De esta manera, y con esta Fuente de Derecho Internacional Público como lo son los Tratados Internacionales, en nuestro país se empezó a producirse un desarrollo normativo y jurisprudencial a favor de las comunidades étnicas atrás mencionadas, en aras de proteger su cultura, sus costumbres, y en general todas y cada una de sus tradiciones, con el objeto preservar sus territorios que desde antaño han tenido un gran significado para la supervivencia de estos grupos.

En este orden de ideas, a continuación nos permitimos relacionar el cuerpo normativo y jurisprudencial que el constituyente primario, el legislador y nuestros órganos de cierre han desarrollado para proteger estos grupos étnicos, que día a día recobran más importancia dentro y fuera de sus territorios.

1.3.3.3. Constitución Política

La Constitución Política de 1991 a lo largo de su desarrollo dogmático ha propendido por proteger las diferencias y generar medidas participativas, en este sentido el art. 1ro señal que: Colombia es un Estado social de derecho, es democrática, participativa y pluralista y tiene prevalencia el interés general. El artículo 2do de la Carta nos ilustra acerca de los fines del estado indicando que: son fines esenciales del Estado; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, además en concordancia con estos fines el Artículo 7mo indica que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y

cultural de la Nación colombiana y seguidamente a través del artículo 8vo obliga al Estado y a las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, además de garantizar las lenguas y dialectos de los grupos étnicos en sus territorios tal como lo señala en el artículo 10mo.

La Constitución del 91 es el reflejo de un sentir garantista por parte del Estado, define parámetros claros de protección a quienes se encuentren en estado vulnerable, tal como lo indica el artículo 13, además del artículo 70 que propende por la protección de las diversas manifestaciones culturales como parámetros de la nacionalidad.

Además, los artículos 329 y 330 versan acerca de derechos en cabeza de las comunidades indígenas, el artículo 329, establece los mecanismos para la conformación de las entidades territoriales indígenas, su forma de administración y las características de los resguardos: propiedad colectiva y no enajenable y el artículo 330, parágrafo, dice que 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.

1.3.3.4. Normas Concordantes

En concordancia con los preceptos constitucionales podemos hacer observancia de la Ley 99 de 1993 Artículo 76° que regula la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades, además encontramos también como garantía de los fundamentos constitucionales el Decreto 1320 de 1998, por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, además de la Directiva Presidencial 1 de 2010 que reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa y establece los mecanismos mediante los cuales

procede el proceso de Consulta Previa y la Directiva Presidencial 10 de 2013 que constituye la Guía para la realización de Consulta Previa a Comunidades Étnicas.

Además en desarrollo de la constitución con lo referido a los procesos de consulta previa legalmente se establece el Decreto 2820 de 2010 por el cual se reglamenta las licencias ambientales y el Decreto 2893 de 2011 que organiza la estructura del Ministerio del Interior y le da la función de coordinar la realización de los procesos de Consulta Previa.

1.3.3.5. Marco jurisprudencial

La corte Constitucional ha contribuido a aclarar, a través de su jurisprudencia, la aplicabilidad del Convenio 169 en relación a la Consulta Previa, en el contexto de la protección y garantía de la integridad de los pueblos indígenas y tribales. A continuación se presenta un breve resumen, de algunas de las Sentencias, a modo de ilustración general:

- Sentencia SU-039 de 1997: Tutela de Comunidad Indígena sobre expedición irregular de licencia ambiental. Debido proceso. Derecho A la participación. Integridad étnica y cultural de la comunidad U'wa. Explotación de hidrocarburos.

Ref.: Expediente T-84771 Peticionario: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de

participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. Sentencia C-169 de 2001: Consulta de Comunidad Indígena sobre adopción de medidas legislativas o administrativas circunscripción nacional especial de grupos étnicos. (Corte Constitucional, T-84771).

Ref.: Revisión constitucional del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99 Cámara, “por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido. La ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento es obligatorio, tendrá que ser objeto de una regulación legal futura. (Corte Constitucional, Revisión Constitucional)

- C-620 de 2003 comunidad indígena Wayú demanda de inconstitucionalidad de la Ley 773 en relación a recursos naturales existentes en territorios indígenas.

Ref.: expedientes D-4381 y D-4382 Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 773 de 2002 y contra su artículo primero (parcial). Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Si bien la autorización legislativa para constituir la sociedad de economía mixta que vendría a ser la concesionaria de la explotación de las Salinas de Manaure representa un tratamiento especial y distinto frente a otros casos similares de comunidades indígenas asentadas en zonas mineras, ella se ajusta a la Constitución en cuanto pretende ser una medida de garantía específica de la identidad cultural del pueblo Wayúu y de sus derechos fundamentales, asuntos estrechamente vinculados a la explotación de dichos recursos minerales.

- T-1080 de 2012 Derecho de los pueblos Indígenas a la Consulta Previa – Desarrollo Normativo y Jurisprudencial.

Ref.: expediente T-3.191.350 Acción de Tutela presentada por el Resguardo Indígena Paniquita en contra de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena -CAM- Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

El artículo 7 de la Constitución señala como un deber estatal el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, correspondiéndole garantizar la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (art. 70), la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8), el respeto a la autodeterminación de los pueblos en el manejo de las relaciones exteriores (art. 9) y el reconocimiento de que los dialectos y lenguas de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios. En cuanto a los territorios indígenas, la Constitución dispuso que estos son verdaderos entes territoriales (art. 286), que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, ejerciendo para ello derechos tales como: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, (iv) participar en las rentas nacionales (art. 287). En este mismo sentido, señala la Constitución que los resguardos son propiedad colectiva y no enajenable (art. 329), en cuyos lugares la explotación de los recursos naturales se hará sin desmedro de la

integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. De adoptarse decisiones que ordenen dicha explotación, el Gobierno promoverá la participación de los representantes de las respectivas comunidades (art. 330). (Corte Constitucional, T-3.191.350).

1.4. DISEÑO METODOLÓGICO

El enfoque metodológico del presente proyecto de investigación es analítico y sociológico, toda vez que se pretende desarrollar de manera específica la problemática sobre la afectación que puede llegarse a presentar sobre una comunidad étnica en la ejecución de una obra pública de concesión vial, y en este sentido, identificar de qué manera incide el proceso de consulta previa constitucionalmente establecido en la construcción de la vía. La investigación será de tipo descriptivo toda vez que observara las características del caso particular del proceso de consulta previa desarrollado con las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta en desarrollo de Proyecto de Concesión Vial Ruta del Sol – Sector 3

La técnica que utilizaremos para llevar a feliz término nuestra investigación se basara en el análisis de cualitativo de documentos.

CAPÍTULO II.

CONSULTAS PREVIAS EN PROYECTOS VIALES

2.1. CONCEPTO DE CONSULTA PREVIA

2.1.1. Definición

La Consulta Previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas, y demás comunidades étnicas de poder decidir sobre medidas judiciales o administrativas, o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando, de esta manera, proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. Para Dussán Carlos y Rodríguez Gloria. Comunidades Étnicas en Colombia, Cultura y Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. P.18.

En este sentido, son titulares las comunidades indígenas, negras, afro colombianas, raizales, palenqueras y gitanas en la medida en que se tomen medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, componente este que tiene importantes implicaciones, al permitir, por ejemplo, tal como lo señala la H. Corte Constitucional en Sentencia T-576/14, que su protección se reclame por vía de tutela, aunque se trate de un derecho de titularidad colectiva. (Corte Constitucional, T-576, 2014)

2.1.2. Consulta previa en la legislación interna

Marco legal nacional

Como primera medida, debemos señalar la entidad en Colombia encargada de velar por los intereses y/o derechos de las comunidades étnicas, es el Ministerio del Interior; cuyo origen data desde la Constitución de 1886; la cual en el título XII definió que los Departamentos Administrativos de la rama, serían ejercidos por ministerios dentro de los cuales se encontraba el Ministerio de Gobierno como inicialmente se le conoció. Acto seguido, mediante la Ley 7 del 25 de agosto del mismo año, se reglamentó dichas entidades y luego a la estructura interna del Ministerio de Gobierno se adicionó la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras, orientada a formular políticas para este grupo poblacional, de acuerdo con la comisión Consultiva de Alto Nivel.

En la administración del Presidente Andrés Pastrana, en el año de 1995 mediante la Ley 199 de esa anualidad, se transformó el Ministerio de Gobierno en Ministerio del Interior quien años más tarde dando cumplimiento a la Ley 790 de 2002 bajo la Presidencia del doctor Álvaro Uribe Vélez, se fusionaron los Ministerio del Interior y de Justicia y del Derecho; fusión que duró hasta el 4 de mayo de 2011, cuando el actual Presidente Juan Manuel Santos, sancionó la Ley 1444, con la cual se ordenó la escisión del Ministerio de Interior y de Justicia para finalmente bajo en Decreto 2893 de 2011, reviviera el Ministerio del Interior. (Ministerio del Interior)

Realizada la anterior precisión, debemos señalar entonces que según el artículo 6° del convenio 169 de 1989, los gobiernos deberán: “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Con base en lo anteriormente manifestado, en cabeza de los grupos étnicos el Estado colombiano reconoció el derecho a la consulta previa. Según la Corte Constitucional, la categoría de grupos étnicos incluye a las comunidades afrocolombianas, los pueblos indígenas y el pueblo Rrom.

Acto seguido, el numeral segundo del mismo artículo 6° dispuso que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. De esta manera, y con esta Fuente de Derecho Internacional Público como lo son los Tratados Internacionales, en nuestro país se empezó a producirse un desarrollo normativo y jurisprudencial a favor de las comunidades étnicas atrás mencionadas, en aras de proteger su cultura, sus costumbres, y en general todas y cada una de sus tradiciones, con el objeto preservar sus territorios que desde antaño han tenido un gran significado para la supervivencia de estos grupos.

En este orden de ideas, a continuación nos permitimos relacionar el cuerpo normativo y jurisprudencial que el constituyente primario, el legislador y nuestros órganos de cierre han desarrollado para proteger estos grupos étnicos, que día a día recobran más importancia dentro y fuera de sus territorios.

Constitución Política

- Art. 1- Colombia es un Estado social de derecho, es democrática, participativa y pluralista y tiene prevalencia el interés general.
- Art. 2- Son fines esenciales del Estado; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan
- Art. 7- El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.
- Art. 8- Obliga al Estado y a las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.
- Art. 10 – Establece que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios.
- Art. 13 - El Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentren en circunstancia de debilidad.
- Art. 70 - La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad.
- Art. 40-2, Permite diversas formas de participación democrática.
- Art. 329, Establece los mecanismos para la conformación de las entidades territoriales indígenas, su forma de administración y las características de los resguardos: propiedad colectiva y no enajenable.
- Art. 330 PARAGRAFO. 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.

Normas Concordantes

- Ley 70 de 1993 Ley de Comunidades Negras
- Ley 99 de 1993 Artículo 76°.- La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades
- Decreto 1320 de 1998, “Por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”.
- Directiva Presidencial 1 de 2010 «reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de Consulta Previa».
- Decreto 2820 de 2010 Por el cual se reglamenta las licencias ambientales
- Decreto 2893 de 2011 Estructura del Ministerio del Interior. Coordinar la realización de los procesos de Consulta Previa.
- Directiva Presidencial 10 de 2013 “Guía para la realización de Consulta Previa a Comunidades Étnicas”
- Decreto 2163 de 2013 “Protocolo Interinstitucional de Consulta Previa”
- Jurisprudencia Corte Constitucional, en la nota de pie de página se señalan las sentencias pertinentes².

Nótese entonces el gran andamiaje normativo y jurisprudencia relacionado con la

²T-428 DE 1992, SU 039 DE 1997, T-652 DE 1998, SU-383 DE 2003, T-880 DE 2006, C-461 DE 2008, T-769 DE 2009, T-547 DE 2010, T-1045A DE 2010, T-129 DE 2011, T-693 DE 2011, T-698 DE 2011, T-907 DE 2011, T-376 DE 2012, T-693 DE 2012, T-993 DE 2012, T-1080 DE 2012, T-172 DE 2013, C-030 DE 2008

consulta previa a las comunidades étnicas y la gran importancia que estas han adquirido sobre todo desde la Constitución de 1991; no en vano, la doctora Beatriz Socorro Londoño Toro en su publicación “La Constitución de 1991 y los indígenas. Nuevos espacios de participación política”, indica que “En la Asamblea Nacional Constituyente, se empezó a reconocer una realidad que hasta entonces había sido invisible para nuestro país: su evidente carácter multiétnico y pluricultural. La fuerza y el empuje de estos dos constituyentes (Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry) fue evidente y marcó avances significativos en la Constitución de 1991. Su influencia fue notoria en tres aspectos que deben señalarse: 1. el ordenamiento territorial; 2. la apertura de espacios políticos y sociales de participación para los indígenas y los demás grupos étnicos, en especial la circunscripción especial indígena para el Senado y la circunscripción especial para los grupos étnicos; 3. El reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de nuestro país y la garantía a derechos territoriales y culturales de los indígenas en la nueva Constitución. (Banco de la República)

Como se puede evidenciar, la Constitución de 1991 es una constitución bastante garantista que ha reconocido expresamente la diversidad étnica de la sociedad colombiana en varios artículos dentro de los cuales se protegió no solo los derechos de los pueblos indígenas; sino que también fueron reconocidos y protegidos los derechos de las comunidades afrocolombianas en el artículo 55 transitorio, cuyos contenidos fueron desarrollados en la ley 70 de 1993. Este reconocimiento en la Constitución Política de los derechos de los grupos étnicos, pueblos indígenas, comunidades afros y el pueblo gitano; más el Convenio 169 de la OIT que hace parte del Bloque de Constitucionalidad, sirvió como fundamento para la protección al derecho a la consulta previa hecha por la Corte Constitucional, llegando de esta manera, al reconocimiento del consentimiento previo, libre e informado en la Sentencia T-769 de 2009.

2.1.3. Consulta previa en la legislación internacional - Marco legal internacional

Sin lugar a dudas, el Convenio 169 de la OIT con fecha del 27 de junio de 1989, también conocido como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, el cual surge por la necesidad de que existiera un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales del año 1957, es la herramienta jurídica internacional más

importante sobre consulta previa. Así mismo, la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas del año 2007, reconoce también el derecho a la consulta previa. Para el caso colombiano, el Convenio 169 de 1989 de la OIT, adoptado mediante la Ley 21 del 4 de marzo de 1991, ubicándose de esta manera, el convenio en mención en el nivel constitucional toda vez que hace parte del Bloque de Constitucionalidad.

A su turno, la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 21 se refiere a la protección de la propiedad privada, que en este contexto aplica a la propiedad de los grupos étnicos sobre sus territorios colectivos. El artículo 21 fue desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del 28 de noviembre de 2007, sobre el litigio entre el Estado de Surinam y el pueblo ancestral afro Saramaka, cuyos territorios colectivos fueron afectados por la explotación maderera autorizada por el Estado. En esa oportunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó “Como se mencionó anteriormente, el artículo 21 de la Convención no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social”.

Como puede observarse, la mencionada sentencia reviste de una significativa importancia, comoquiera que además de reconocer el derecho a la consulta previa, reconoce además el derecho al consentimiento previo, libre e informado cuando está en riesgo la pervivencia del grupo étnico; pues esta Corporación señala que “De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaya, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y

el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.”

2.2. FINALIDAD DE LA CONSULTA PREVIA

Tal como lo señaló la H. Corte Constitucional en sentencia T- 693 del veintitrés (23) de septiembre de dos mil once (2011), “la consulta previa tiene la finalidad de (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto”.

En este orden de ideas, tal y como puede evidenciarse del tenor literal de lo planteado anteriormente, la finalidad del derecho fundamental a la consulta previa de que gozan las comunidades étnicas, no es otra que buscar la aprobación y/o autorización libre e informada por parte de los sujetos a quienes se les debe realizar la consulta, para que éstos sin ningún tipo de coacción, duda o engaño, respecto de las medidas que puedan llegar a afectar sus costumbres, cosmovisión y en general cualquier tipo de interés que estos tengan con relación a sus lugares de habitación y miembros de estas comunidades.

Es de importancia destacar, que el consentimiento se torna indispensable tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T-129 de 2011 con ponencia del Dr. Jorge Iván

Palacio Palacio, cuando las medidas adoptadas entre otros aspectos, “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”. Así pues, cuando se evidencia que de la posible intervención puede llegar a presentarse algún tipo de consecuencias, podríamos decir que es más que necesario el proceso concertación con las comunidades étnicas afectadas, sin que tal circunstancia suponga la facultad de censura por parte de la comunidad a quien deba desarrollarse la consulta.

2.2.1. Alcance

Respecto del alcance de la consulta previa, teniendo en cuenta lo señalado en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT “*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 afectarles directamente*” (Convenio 169 OIT), de acuerdo a la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, “la consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Igualmente, precisó 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” (Corte Constitucional, C- 769, 2009).

Así las cosas, teniendo en cuenta las directrices antes mencionadas, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera o no el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y

específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios (Corte Constitucional, C- 769, 2009).

Se debe tener en cuenta, que no todo tipo de medidas adoptadas por la administración y que de alguna manera afecte directa o indirectamente estas comunidades, deber ser consultadas a las mismas, es así como la jurisprudencia y la doctrina han seleccionado que tipo de medidas deben y tienen que ser consultadas. En consecuencia, se han distinguido las siguientes:

- Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo. Se refiere a las licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros.
- Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional
- Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades
- Medidas legislativas

2.2.2. Sujetos de la consulta previa

Partiendo de la base de que el Estado colombiano debe proteger la diversidad étnica y cultural de las comunidades de nuestro país, en la consulta previa tal como se ha señalado a lo largo de la investigación, participan varios actores cuyos intereses distan de acuerdo a si se trata de la comunidad étnica consultada o el ejecutor del proyecto, obra o actividad; actuación que a la vez es coordinada por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Además de los agentes mencionados, intervienen según su competencia, la autoridad ambiental, entes de control del Estado y las autoridades de los municipios y los departamentos según el caso.

Tenemos entonces que, son los grupos étnicos los titulares del derecho a la consulta previa y cobija tanto a comunidades indígenas como a la población negra, afro colombiana, raizal, palenquera e incluso gitana por la sencilla razón de que se trata de culturas con

cosmovisiones, costumbres, tradiciones y ancestros diferentes al resto de la sociedad común o dominante, las cuales deben ser preservadas frente al desarrollo de proyectos de desarrollo y medidas normativas que los afecten en esa especificidad diferenciada que representan como indígenas. Además, porque tienen el derecho a definir su propio desarrollo, de acuerdo con el convenio 169 de la OIT. (Fundación para el Debido Proceso, 2015)

De lo manifestado hasta el momento, si bien es cierto que mediante la puesta en marcha de obras y actividades y la activación de megaproyectos se pretende lograr un gran desarrollo para la comunidad en general, máxime cuando en el país se han suscrito una serie de Tratados internacionales como salida a este cuello de botella que por siglos nos ha tenido como un país tercermundista reconocido mundialmente por los índices de pobreza y no por su variedad de riqueza -que indudablemente existe-; es propio reconocer la figura de consulta previa como derecho fundamental de estas comunidades, y darle importancia para que se convierta en un instrumento que permita la armonización de las comunidades étnicas con el desarrollo del país, sin que a la vez la consulta genere traumatismos representados en inversiones notoriamente superiores tanto para el gobierno como para los contratistas de mega obras viales en el país.

La consulta previa entonces, teniendo en cuenta los sujetos y derechos que la misma comprende, debe ser concebida como un diálogo intercultural que busca garantizar la participación real, oportuna y efectiva de los grupos étnicos, en la toma de decisiones de proyectos, obras o actividades que los afecten, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.

2.3. PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA

2.3.1. ¿Cómo se lleva a cabo? Desarrollo del proceso de consulta previa en Colombia

Una vez adoptado el Convenio 169 de la OIT y con el deber constitucional de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (Const., 1991, art. 7,70), el ejecutivo a través del Decreto 1320 de 1998 (Decreto 1320, 1998) procedió a reglamentar los procesos de Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios.

Según los parámetros fijados por el decreto 1320 de 1998 cuando se pretenda realizar grandes obras de infraestructura que de una u otra forma vinculen resguardos indígenas o comunidades étnicas, se debe realizar una Consulta Previa a fin de incluir los lineamientos necesarios para analizar los componentes socioeconómicos y culturales de las comunidades indígenas, buscando siempre las alternativas conjuntas con relación a temas que pudiesen afectar a dichas comunidades.

En el año 2011 a través del Decreto 2893(Decreto 1320, 1998), se modifica la estructura orgánica y funcional del Ministerio del Interior incluyendo dentro de sus parámetros la creación de la Dirección de Consulta Previa, que será la oficina encargada de conocer de los procesos de Consulta Previa que adelanten las diferentes entidades estatales, cuando así se requiera. Esta oficina del Ministerio del Interior certificará la existencia de comunidades étnicas en el territorio nacional, fijará los parámetros para el desarrollo de los procesos de Consulta Previa y brindará acompañamiento durante los mismos. Es así como a través de la página web del Ministerio del Interior, se puede observar gráficamente los pasos previos a la realización de la Consulta:



Fuente: Ministerio del Interior



Fuente: Ministerio del Interior

El esquema nos muestra que una vez se pretendan realizar una intervenciones de infraestructura vial -en nuestro caso de estudio particular-, las empresas que tienen a su cargo un Contrato de Concesión Vial suscrito con la Entidad estatal competente, deberán

solicitar a Mininterior la certificación correspondiente que indique que no existen grupos étnicos asentados en los puntos en los cuales se pretenda hacer obras civiles, el Ministerio del Interior solicitará al interesado una serie de documentación y con base en ella e inspecciones de campo, determinará la necesidad del solicitante de desarrollar procesos de Consulta Previa. En caso de requerirse de la Consulta se desarrollarán los siguientes pasos con las comunidades correspondientes:

- **Pre consulta:** Busca hacer los primeros acercamientos entre las comunidades, las instituciones del Estado y los particulares interesados (Empresa). Se socializa la información relacionada con el proyecto.
- **Apertura del Proceso, Se identifican las autoridades de la comunidad:** La empresa informa de manera muy clara en qué consiste el proyecto y todas sus actividades.
- **Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo:** Se identifican los impactos, medidas de manejo, mitigación, corrección y/o compensación.
- **Reunión de preacuerdos:** Se definen los acuerdos y compromisos.
- **Protocolización:** Se protocolizan los acuerdos y los compromisos adquiridos.
- **Seguimiento y acompañamiento:** El Ministerio hará seguimiento a las actividades determinadas en todo el Proceso de Consulta Previa.
- **Cierre:** Culminación de todas las actividades y cumplimiento de todos los compromisos.

2.3.2. Obligatoriedad de realizar la consulta previa

Partiendo de la base de que la realización de la consulta previa es obligatoria cuando la medida afecta directamente a las comunidades étnicas, la pregunta sería entonces ¿Cuándo resulta obligatoria la consulta previa de acuerdo con lo señalado en el literal a) del Convenio 169 de la OIT.?

Pues bien, el deber de consulta no surge frente a toda medida ya sea legislativa o no, que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente respecto de aquellas que puedan afectarlas directamente, sin que se circunscriba a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (art. 330 CP) y a la delimitación de las entidades territoriales (art. 329 CP), casos que fueron los expresamente previstos en la

Constitución Política de 1991, como quiera que el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, amplió el espectro de la consulta previa a “*toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas*”, puesto que su artículo 6 no contiene restricción temática alguna. (Corte Constitucional, C-196, 2012)

Ahora bien, una cosa es la obligatoriedad de realizar la consulta previa como mecanismo de participación de estas comunidades en algún tipo de decisiones que los afecten, y que en efecto se realice siguiendo los parámetros establecidos por el Ministerio del Interior, la H. Corte Constitucional y de manera especial las Directivas Presidenciales 01 de 2010 y 10 de 2013, y otra muy diferente es el mal uso o mala práctica contrariando con ello el principio rector de *bona fide* con el que debe ser desarrollada “toda” la consulta; pues en ocasiones suelen ser las malas prácticas, las verdaderas enemigas del proceso de consulta y lo peor aún, cualquier persona puede caer en ellas. Es por ello, que las consultas “viciadas” o no transparentes producto de las malas prácticas se puede evidenciar:

1. En el manejo de la información: esto es suministrar información incompleta e imprecisa o restringir o limitar el flujo de información.
2. En el manejo del tiempo: es decir, irrespetar los tiempos de las consultas o generar dilaciones o moras en el proceso de consulta.
3. En el manejo de la representación: sucede cuando por ejemplo se evidencia inconsistencias en la representación de la comunidad o se desconoce la representación.
4. En el manejo de los acuerdos: ocurre cuando se condiciona con exigencias el avance del proceso o cuando se desconoce los usos y costumbres de las comunidades.

2.3.3. Resultado de la consulta previa - efectos

Dada la ambigüedad existente respecto del tema de los efectos que deben presentarse luego de un proceso de consulta previa, y, teniendo en cuenta las consecuencias que tienen las diferentes posturas sobre este “problema” tanto por terceros como por los Estados y los pueblos indígenas involucrados, el efecto que debe tener la consulta sigue siendo uno de los asuntos más polémicos, debatido y a veces un poco creíbles en las discusiones jurídicas y políticas sobre este controversial tema. Lo planteamos de esta

manera, toda vez que la interpretación realizada por la misma OIT respecto de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169, se ha hecho desde la perspectiva de que tal situación se trata de una negación del derecho a vetar los proyectos y medidas consultadas que tienen las comunidades étnicas, cuando en realidad tal como lo indicamos anteriormente, la consulta previa deber ser vista como un avanzar de la sociedad, de la mano de las costumbres y en general de la cosmovisión de las comunidades étnicas. (Banco de la República)

En el caso colombiano, a lo largo de nuestra investigación y con un gran colchón de documental que soporta este trabajo, podemos “temerosamente” indicar que el efecto que trae consigo la práctica de una consulta previa como por ejemplo la practicada en caso objeto de estudio (Ruta del Sol Tramo 3), se generan unas situaciones, unas positivas y otras no tanto; sin embargo, en algunos casos amerita un estudio e investigación bastante riguroso dada la complejidad con la que hoy por hoy soy abordado este tipo de temas, más aun cuando para algunas personas, la consulta previa se ha vuelto un negocio.

En el Tramo 3 de la Ruta del Sol si bien es cierto que se generaron inconvenientes que al final y por fortuna de todos los que nos beneficiamos del desarrollo económico y en cuanto a infraestructura vial se trata, estos obstáculos pudieron ser resueltos quedando casi que todos contentos. No obstante, el replanteamiento de lo ya diseñado, los cambios de planos y demás reestructuración a la que debió someterse la empresa que tenía como objetivo el desarrollo de este mega proyecto, fueron significativos si se tiene en cuenta que las medidas que debían tomarse en ese momento para afectar mínimamente a las comunidades ubicadas en el trazado de esta vía, generaron impactos económicos que llegaron al límite de desbordar la ecuación contractual pocas veces sostenida en este tipo de contratos ejecutados en lugares de asentamiento de estas comunidades; pues el respeto a los lugares que para ellos son sagrados, y la no invasión a su cultura y sus costumbres, en últimas terminan siendo el mayor efecto y desafío que genera la práctica del derecho fundamental de la consulta previa.

2.4 PROCEDIMIENTO PARA HACER COMPATIBLE LOS PROYECTOS DONDE DEBA REALIZARSE CONSULTA PREVIA Y LA PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDAS

El Estado colombiano ha adquirido ante la comunidad internacional, muchas obligaciones que en ocasiones no es capaz de cumplir, y, en tratándose de derechos fundamentales y de derechos humanos, no son estos la excepción para que en ocasiones sean vulnerados y poco garantizado a las personas. Cuando mediante ley (21 de 1991) el Gobierno adoptó el convenio 169 de la OIT fruto este último de lo que se considera el mayor avance para que por siglos se les reconociera algún tipo de derecho a estas comunidades (Convenio 107 de 1957), se comprometió a promover la efectividad de los derecho sociales, económicos y culturales como hasta la fecha, a su “manera” lo ha hecho. Es por este motivo, que aun cuando a veces el cumplir con esta obligación requiera de mucha inversión tanto económica como logística, si se quiera quedar como un Estado que cumple lo que promete a la hora de suscribir un convenio internacional, debe crear un andamiaje lo suficientemente estructurado y funcional, para que pueda hacerse cargo del cumplimiento de estos deberes como en el caso colombiano sucedió con el Ministerio del Interior, quien por mandato legal, adquirió esta difícil tarea de crear mecanismos y procedimiento para el desarrollo de las consultas previas en el país.

La Dirección de Consulta Previa es un organismo perteneciente al Viceministerio para la Participación e Igualdad de Derechos del Ministerio del Interior, encargada de coordinar, planear, ejecutar y hacer el seguimiento de los distintos procesos de consulta con las comunidades étnicas en Colombia. Es su deber garantizar el debido proceso en el cumplimiento del Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los sujetos colectivos de especial protección que habitan en el área geográfica de influencia de un proyecto, obra o medida administrativa que sea objeto de consulta previa, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos. (Ministerio del Interior)

De esta manera, el ingrediente más importante en cuanto a la realización de una consulta previa sin que se desconozcan los derechos que tienen internacionalmente tienen reconocido estas comunidades, radica en realizar de buena fe cada uno de los pasos y procedimiento tendientes a llevar a feliz término la interacción con la comunidad protegida; pues en la medida en que con transparencia se busque el consentimiento libre e informado del órgano competente de tomar decisiones en estos conglomerados, se puede señalar y

satisfactoriamente decir que la consulta previa no solo se desarrolló como debía ser, sino respetando a quienes constitucionalmente tienen derecho a ello.

CAPITULO III

DESCRIPCIÓN DEL CASO RUTA DEL SOL TRAMO 3 – COMUNIDADES DE LA SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA.

3.1. Proyecto de Concesión vial Ruta del Sol Tramo III

Una de las figuras más relevantes de la contratación pública en Colombia es la Concesión, esta encuentra su definición en el literal 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.” Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (Ley 80, 1993).

Es así como el Estado colombiano en búsqueda de una eficiente aplicación de los fines del Estado, -por lo menos en materia de infraestructura-, optó por la creación de una Entidad descentralizada que tuviera a su cargo la adjudicación de los Contratos de Concesión, tal Entidad es la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI - que de manera objetiva pretende Concesionar las vías nacionales a particulares que las construyan, rehabiliten o mejoren a cambio de una contraprestación económica.

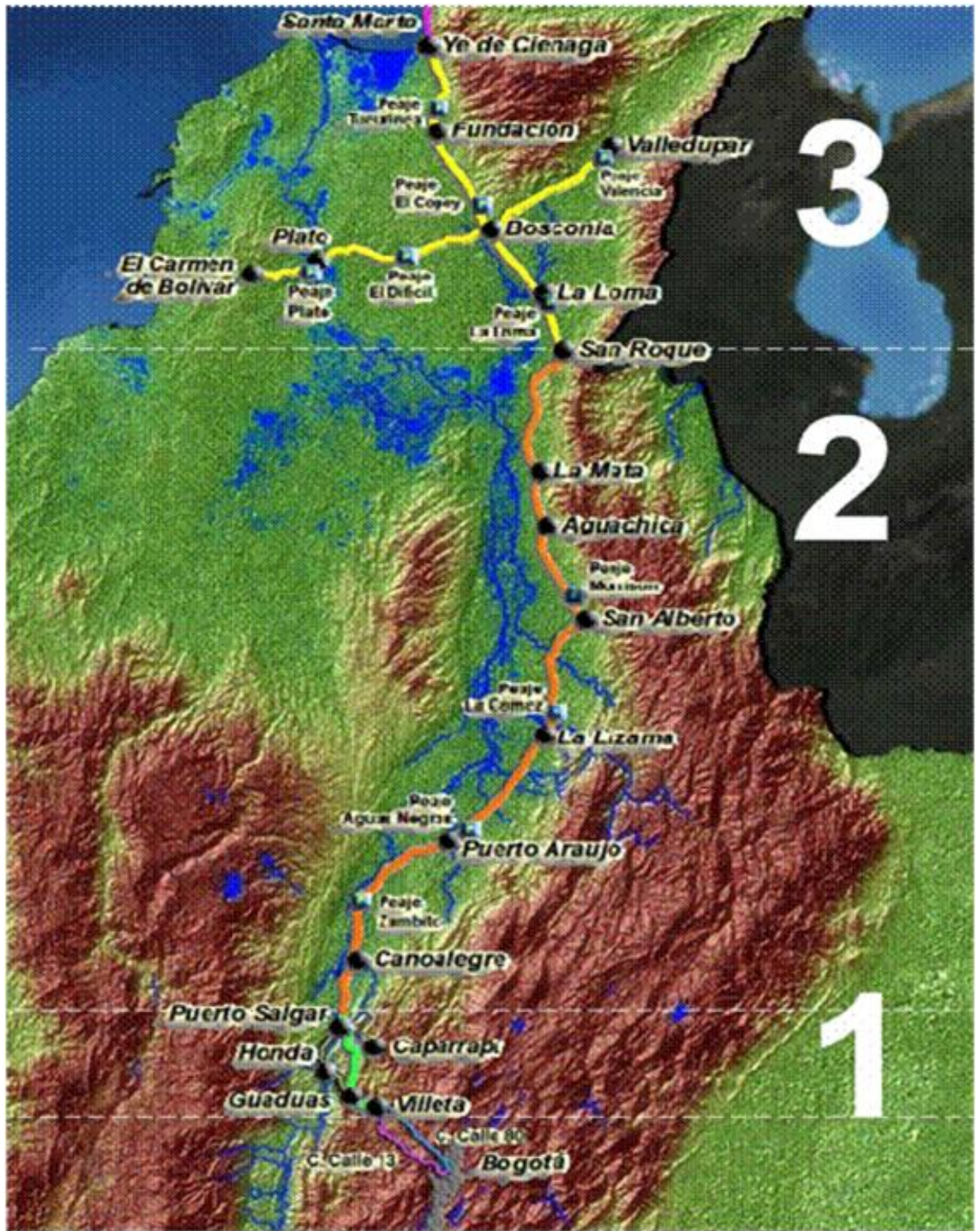
La ANI es la Entidad Pública encargada de supervisar la correcta ejecución de los Contratos de Concesión de Infraestructura a nivel nacional, entre estos el Proyecto Vial

denominado Ruta del Sol que unirá en doble calzada el interior de Colombia, desde el municipio de Villeta Cundinamarca hasta el municipio de Ciénaga Magdalena, atravesando ocho departamentos y 39 municipios del país, con una longitud total de 1071 km, este proyecto es en la actualidad el más ambicioso a nivel de infraestructura en carreteras del país, gracias a su extenso kilometraje, razón por la cual se hizo necesario dividirlo en tres sectores, Ruta del Sol Sector 1, que parte de Villeta y llega al sitio denominado El Koran en Puerto Salgar (Cundinamarca), punto en el cual inicia Ruta del Sol Sector 2 que termina en San Roque (Cesar). El último sector, correspondiente a Ruta del Sol Sector 3 que tiene la tarea de conectar a San Roque con La Ye de Ciénaga, quedando tan solo a 20 kilómetros del puerto de Santa Marta. De este sector hacen parte también los tramos Bosconia-Valledupar y Bosconia - El Carmen de Bolívar. Este corredor en su totalidad, es decir, en sus tres Sectores, beneficiará directamente a los departamentos de Cundinamarca, Boyacá, Tolima, Caldas, Antioquia, Santander, Norte de Santander, Bolívar, Cesar y Magdalena. (Agencia Nacional de Infraestructura). (Ver mapa del proyecto)

3.2. Ruta del Sol Tramo 3 y el Proceso de Consulta previa con las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta.

El Sector 3 de la Ruta del Sol ha sido entregado en concesión a través Contrato No.007 de 2010, a la firma YUMA CONCESIONARIA S.A para que por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, construya una segunda calzada, rehabilite y mejore la calzada existente, opere y mantenga el sector 3 del proyecto vial Ruta del Sol.

El contrato 007 de 2010 fue suscrito el 04 de agosto de 2010 y su inicio se dio el 17 de agosto de 2010, Yuma Concesionaria se dio a la inmediata tarea de conseguir el licenciamiento ambiental que es uno de los requisitos del contrato mismo, allí, de tal trámite empezaron a surgir los primeros tropiezos de este contrato ya que uno de los ítems para que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA otorgue el licenciamiento respectivo, se da luego del cumplimiento de los procesos de Consulta Previa con las comunidades étnicas debidamente certificadas por el Ministerio del Interior.



El proceso de Consulta Previa retrasó notablemente el proyecto de infraestructura vial, toda vez que hasta que no se firmó el acta de protocolización de la Consulta con las Comunidades de la Sierra, la ANLA no otorgo el licenciamiento respectivo, y, sin este licenciamiento la constructora no podía hacer intervención alguna.

Ya visto en que consiste la Consulta Previa y de que se trata el proyecto de concesión vial denominado Ruta del Sol 3, pasaremos a ver cómo fue el desarrollo del licenciamiento ambiental y el proceso de Consulta Previa llevado a cabo por Yuma Concesionario S.A. y las Comunidades Kogui, Arhuaco, Wiwa y Kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta.

El proyecto tiene un área de influencia que abarca 18 municipios y 3 departamentos, con presencia de trece (13) comunidades étnicas con las cuales se deben desarrollar procesos de consulta previa, lo que se ha convertido en el cuello de botella del proyecto, ya que tiene paralizado más del 50% del mismo. Al momento de la licitación, el concesionario contaba con la información otorgada por la entidad contratante, específicamente con la contenida en el informe de gestión social entregado por los estructuradores del proyecto, Incoplan S.A., que en el numeral 5.3 Otros aspectos sociales y 5.3.1 Comunidades indígenas y afrodescendientes dice lo siguiente:

A partir del análisis realizado se considera que el riesgo de que el proyecto afecte a alguna de estas comunidades es prácticamente nulo, ya que no existen comunidades afrodescendientes en las áreas de influencia directa e indirecta del proyecto; tampoco existen comunidades indígenas asentadas en el área de influencia directa de la Ruta del Sol. Sin embargo existe una comunidad indígena con pretensiones manifiestas de recuperar una porción de territorio ancestral cercano al proyecto”.

La comunidad a la que hace referencia es la Arhuaka, ubicada en el margen izquierdo de la Variante Bosconia – Valledupar en cercanías de la vía, a la altura del PR 96+300, que tiene una zona que hace parte de su territorio sagrado.

Con base en esta información, el concesionario inició la etapa de pre construcción con los estudios y diseños a fase 3. Solicitó al Ministerio del Interior la verificación de la presencia de comunidades étnicas, con el objetivo de tramitar la licencia ambiental. Sin embargo, el 17 de mayo de 2011, ocho meses después de haber suscrito el contrato de concesión, el Ministerio del Interior certificó la presencia de 13 comunidades, nueve de ellas correspondientes a las comunidades afrodescendientes de Cruce de la

Sierra (Chiriguaná), La Sierra (Chiriguaná), La Aurora (Chiriguaná), Cruce de la Loma (El Paso), Puente Canoa (El Paso), Casa de Zinc (El Paso), Cuatro Vientos (El Paso), Caracolí (Valledupar), y Tucurinca (Zona Bananera) y cuatro a comunidades indígenas de la Sierra Nevada.

Por esta razón, el concesionario se vio en la obligación de hacer reingeniería de todo el proyecto, pues debió cambiar el trazado a fin de evitar impactar a estas comunidades, lo que generó importantes retrasos en el cronograma. Cámara Colombiana de Infraestructura. Seguimiento a Proyectos de Infraestructura. Proyecto vial Ruta del Sol Sectores 1, 2 y 3. Bogotá, marzo de 2013. (Cámara Colombiana de Infraestructura)

A pesar de la contradicción presentada para el Contratista al momento de solicitar la Licencia Ambiental entre lo aseverado por la firma estructuradora del proyecto y la certificación del Ministerio del Interior en materia de presencia de comunidades objeto de Consulta Previa; se dio a la tarea de realizar el proceso de Consulta con las Comunidades Étnicas de la Sierra Nevada de Santa Marta, y, luego de cumplir con los demás requisitos planteados por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, dicha Entidad emitió la Resolución No.0773 de 30 de junio de 2015 a través de la cual otorgo la respectiva Licencia para la construcción del proyecto de construcción vial.

En consideración al objeto de estudio, a continuación se transcribe el cuadro de resumen del proceso de Consulta Previa con las Comunidades de la Sierra, contenido en la Resolución 0773 de 30 de junio de 2015:

FECHA	ETAPA	TEMA
Octubre Noviembre de 2011	Acercamiento y reconocimiento de territorio	Reuniones de acercamiento e interlocución y recorridos de identificación de sitios sagrados en el área de influencia del Proyecto. Verificación y reconocimiento de sitios sagrados de la línea negra ³ los días del 25 de octubre al 2 de noviembre de 2011. Se identificaron 99 sitios sagrados.
Mayo 7 y 8 de 2012		Recorrido de algunos sitios sagrados. Se acordó el análisis de modificación de los diseños para minimizar la afectación de dichos puntos. Se estableció no afectar el sitio cercano a la báscula de Bosconia.
Diciembre 15 de 2012	Socialización	Reunión de socialización del Proyecto Ruta del Sol 3. No asisten representantes de las comunidades indígenas convocadas.
Abril 23 y 24 de 2013	Acercamiento con las instituciones regionales, nacionales y entes responsables de la construcción de la doble calzada.	Aclaraciones sobre la realización de la Consulta Previa para las actividades de mejoramiento, con base en las certificaciones del Ministerio del Interior. Participaron: Cuatro pueblos de la Sierra, Representantes del Ministerio del Interior y YUMA Concesionaria S.A., Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo.
Mayo 27 y 29 de 2013	Recorridos de identificación de sitios sagrados	Reunión convocada por el Ministerio del Interior y los pueblos Indígenas como preparación para los recorridos de identificación de posibles afectaciones por las obras de mejoramiento vial.
Junio 8 de 2013	Preconsulta inicio formal	Se realiza apertura oficial de Pre Consulta, se presentaron los actores del proceso, el proyecto y los fines de la Consulta Previa. Yuma Concesionaria S.A., entrega el Estudio de Impacto Ambiental – EIA- para la revisión de los pueblos y los diseños del proyecto. La comunidad indígena manifiesta que para el análisis del EIA es necesario delegar al interior de los pueblos un equipo para analizar el documento, por tanto se presentara una propuesta en el marco de la preconsulta para esta actividad.

³El Ministerio del Interior delimita el territorio que se puede considerar como área de influencia del Proyecto Vial respecto de comunidades Étnicas, tal delimitación recibe el nombre de Línea Negra, para el caso de las comunidades indígenas. Es un parámetro de referencia, es un valor intangible y muy subjetivo toda vez que para estas comunidades su tierra no está demarcada por límites geográficos sino por límites culturales que pueden abarcar para quienes no pertenecen a su cultura áreas inmensamente amplias. La línea negra surge por la necesidad de fijar áreas que pueden ser o no intervenidas por el Concesionario por estar sujetas a Procesos de Consulta Previa, ya que sin que estos procesos de consulta previa se realicen, al Concesionario no le es posible intervenir la vía, lo que representa retrasos y replanteamientos de los cronogramas de obra inicialmente propuestos. (L.A. Rodríguez – Supervisor Contrato de Concesión 007 de 2010 por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI. Entrevista realizada de manera personal el 20 de enero de 2016.)

Julio 16 y 17 de 2013	Presentación del proyecto y presentación de la ruta metodológica para el proceso de consulta.	Se realizó la presentación de la ruta metodológica por parte de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, así como las actividades, objetivos y cronograma. Se confirmó conjuntamente la metodología a desarrollar durante el proceso de consulta.
Marzo 26 de 2014	Apertura del proceso de consulta previa	Se ratifica la metodología y cronograma establecidos en la reunión de pre consulta anterior, acordando un plazo de seis meses para la ejecución de la consulta previa, incluyendo la fase de protocolización. Se analiza el presupuesto presentado por los pueblos indígenas por un valor global de 2400 millones de pesos, que incluyen toda la fase logística, asesores y demás actividades que requieren realizar los pueblos indígenas, para la metodología de consulta acordada.
Mayo 16 de 2014	Reunión de evaluación del cronograma del proceso de consulta previa	Se verifico el avance de las actividades correspondientes a cada fase de la metodología concertada.
Junio 3 al 7 de 2014	Recorridos y actividades culturales de saneamiento espiritual como actividades de la fase 3 de proceso de consulta previa.	Se establece en este espacio el procedimiento para efectuar los recorridos sobre el corredor vial y los sitios sagrados. Yuma Concesionaria realiza una presentación de los ajustes que se han realizado al proyecto con base en la identificación de los sitios sagrados que se había realizado desde el año 2011.
Julio 14 al 17 de 2014.	Definición de metodología para continuar con los recorridos de las variantes y del anillo vial de Bosconia.	Se realizaron los recorridos de las variantes y el anillo vial de Bosconia, conforme a lo convenido en reunión del 7 de junio de 2014. Se acordó realizar reunión técnica de los Pueblos Indígenas y Yuma Concesionaria los días 21 y 22 de junio de 2014.
Junio 21 y 22 de 2014.	Aclarar a los pueblos de la sierra nevada de santa marta inquietudes de carácter técnico para dar paso a la socialización interna de los pueblos.	Esta reunión fue solicitada por los Pueblos Indígenas para aclarar aspectos técnicos del proyecto, en la cual Yuma Concesionaria ratifica una vez más que el proyecto fue ajustado de acuerdo a las anteriores reuniones.
Agosto 28 de 2014	Consolidación de impactos, medidas de manejo y preacuerdos con tres de los cuatro pueblos	El día 28 de agosto de 2014, en la ciudad de Valledupar, previa convocatoria por parte del Ministerio del Interior, se había programado reunión de consolidación de impactos, manejos y preacuerdos, sin embargo la reunión no se efectuó ya que no se contó con la

	indígenas de la sierra nevada de santa marta. Se reprograma para 7 y 8 de agosto de 2014.	participación de los Pueblos Indígenas.
Septiembre 8 y 9 de 2014	Consolidaciones de información de impactos y medidas de manejo y preacuerdos.	Como resultado de esta reunión las comunidades de los Pueblos Indígenas de la Serra Nevada de Santa Marta presentaron una matriz con la identificación de los impactos y 95 sitios sagrados que consideran afectados. A su vez Yuma Concesionaria S.A., Presento su propuesta de impactos y medidas de manejo, una vez más enfocada en la identificación de aquellos sitios que bajo los estudios conjuntos con los pueblos fueron identificados como susceptibles de afectación y la medida de manejo correspondiente, enfocada a la modificación de los diseños para evitarlos.
Septiembre 22 de 2014	Se establece nueva fecha para la entrega por parte de los pueblos indígenas de la propuesta de medidas de manejo y se programa el día 28 de octubre para protocolización.	En este encuentro los pueblos solicitan un plazo para protocolizar la consulta, porque estos deben consensuar internamente las medidas de manejo a las afectaciones identificadas, siendo este plazo concedido por el Ministerio del Interior y citando nuevamente al encuentro el próximo 30 de octubre, solicitando como compromiso a los Pueblos la entrega de las medidas de manejo el día 22 de octubre de 2014.
Noviembre 12-14 de 2014.	Reunión de preacuerdos y protocolización del proceso de consulta previa.	Reunión de preacuerdos y protocolización del proceso de consulta previa. Presentación medidas de manejo presentadas por parte de los cuatro Pueblos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y protocolización. A pesar de firmar el Acta de Protocolización, los cuatro pueblos indígenas no están de acuerdo con los impactos y medidas de manejo formuladas por la Concesionaria Yuma por lo tanto se dejó constancia en el Acta.

Así se dio el trámite de Consulta Previa con las comunidades de la Sierra, se protocolizó a través de Acta respectiva y en esta se señaló que las comunidades no se encontraron de acuerdo con los impactos que considero Yuma Concesionaria que generaría a los puntos sagrados de las comunidades el desarrollo de la obra de infraestructura, y, las medidas para minimizarlos o resarcirlos. Yuma argumenta que, estos puntos sagrados a lo largo del proceso de Consulta Previa se fueron incrementando más allá de los puntos establecidos inicialmente en el proceso y el Concesionario no estaba dispuesto a resarcir

daños más allá de los concertados inicialmente. En los casos – como este – en los cuales a través de los Procesos de Consulta Previa no se llegue a un acuerdo entre las partes, la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 estableció un procedimiento garantista: ordena construir un ‘Test de Proporcionalidad’, mecanismo en el que toman parte los Ministerios del Interior, Ambiente, Procuraduría, Defensoría, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia y el ejecutor del proyecto. Entre ellos definen medidas de impacto y mitigación. (Galvis, Ramírez y Cía. S.A. (2014, noviembre 27) Consulta Previa, defensa de las minorías étnicas. Consultado el 29 de enero de 2016 en Diario Vanguardia Liberal.

3.3. Resultados de la Consulta. Traumatismos generados en el Proyecto de Concesión derivados del proceso de Consulta Previa con las comunidades de la Sierra.

No fue de esperarse la manifestación de inconformismo de Yuma Concesionaria ante la ANI cuando al momento de requerir la Licencia Ambiental para la ejecución de las obras, el Ministerio del Interior en respuesta acerca de la presencia de comunidades que tuvieran que ser objeto de Consulta Previa en el área de influencia del Proyecto, manifestó que de conformidad al trazado presentado, se contaba con presencia de diez (10) comunidades – entre comunidades negras y comunidades indígenas - , que debían ser objeto del proceso Consultivo. Entre los argumentos expuestos por el Concesionario se encontraba el informe del estructurador del proyecto de infraestructura que manifestaba en el numeral 5.3 del informe social, la presencia de una sola comunidad indígena “posiblemente” afectada por el Proyecto y a la que “probablemente” se debía someter a consulta.⁴

La Agencia Nacional de Infraestructura argumento en su respuesta que dentro del objeto del Contrato de Concesión se estipulaba que el Concesionario debía realizar el trámite de licenciamiento ambiental, y que si para este fin se requería de procesos de Consulta Previa debía realizarlos.

En aparente resignación Yuma Concesionarias, comenzó el proceso de Consulta Previa con las Comunidades de la Sierra, sin dejar de requerir respuestas a la Entidad Contratante ante la impresión de los datos suministrados en la etapa licitatoria del proyecto, y los datos reales en materia de comunidades sujetas a Consulta Previa que se presentaron al momento de solicitar la Licencia Ambiental para el proyecto de infraestructura vial, indicando además, que los procesos de consulta previa generaban sobre costos por el solo hecho de la realización de esta y retrasaban la ejecución de obra, toda vez, que la misma no se podía realizar sin Licencia Ambiental.

⁴Subsección X Hechos relativos a la actualización No.13 del Cuarto de Información de Referencia (o Cuarto de Datos) del Proyecto Ruta del Sol. Demanda de Arbitramento Yuma Concesionario S.A. Vs Agencia Nacional de Infraestructura

Así las cosas, Yuma Concesionaria S.A., activo la cláusula compromisoria del Contrato de Concesión y el 19 de septiembre de 2013 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, interpuso demanda arbitral en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura; con pretensiones que llegaban a la suma de ciento doce mil noventa y seis millones trescientos setenta y dos mil pesos (\$112.096.372.000.00). Juramento Estimatorio, presentado por la apoderada de Yuma Concesionaria S.A. en Demanda de Arbitramento Yuma Concesionario S.A. Vs Agencia Nacional de Infraestructura⁵

El 9 de abril de 2014, la Agencia Nacional de Infraestructura da respuesta a la demanda y adicionalmente presenta demanda de reconvencción. Mientras tanto, las partes – Yuma Concesionaria y ANI-, suscribieron el 30 de septiembre de 2013 el otrosí No.1 al Contrato de Concesión, en consideración a que de conformidad al tiempo que requerían las consultas previas y algunas afectaciones estructurales en las vías producto de la ola invernal presentada a finales de 2010 y comienzos de 2011; el cronograma inicial del proyecto para su fase constructiva había cambiado, motivo por el cual se hizo necesaria su modificación.

Con todo y el cambio en el cronograma, el tiempo aun no era el suficiente entre otras cosas y a voces de lo expresado por Yuma Concesionaria a través de comunicación radicada en la Agencia Nacional de Infraestructura bajo No.2016-409-020953-2 de 14 de abril de 2015⁶, debido a:

“- Consultas Previas.

(...) se estimaba contar con la protocolización de la consulta previa con los pueblos indígenas el 3 de junio de 2014 (Tramos 3, 4, 8 y 9). Sin embargo, a finales del mes de marzo de 2014, fue terminada la etapa de pre- consulta y acordada la ruta metodológica. Finalmente la protocolización de las Consultas Previas con las comunidades indígenas se dio el 14 de Noviembre de 2014. Esto genero un atraso en las actividades de los Tramos 3, 4, 8 y 9 respecto a lo previsto en el Otrosí No.1. En particular este impacto marca la Ruta Crítica de los Tramos 3, 4, 8 y 9 del proyecto y, por lo tanto, es necesario modificar la nueva fecha de terminación de los Tramos 3, 4, 8 y 9 de la etapa de Construcción.

Tan solo se obtuvo la Licencia Ambiental para el Tramo 2A ocho (8) meses después de lo previsto”

⁵*Demanda de Arbitramento Yuma Concesionario S.A. Vs Agencia Nacional de Infraestructura*

⁶*Yuma Concesionaria a través de comunicación radicada en la Agencia Nacional de Infraestructura bajo No.2016-409-020953-2 de 14 de abril de 2015*

Siendo así que, la Agencia Nacional de Infraestructura encuentra razonable lo expuesto por el Concesionario, y decide modificar de nuevo el cronograma de obra y ampliar la fase constructiva del proyecto, a cambio claro, del retiro de la demanda arbitral por parte de Yuma y *“el reembolso de los gastos, honorarios del Tribunal y los gastos por honorarios de peritos, excluidos los honorarios del apoderado de la ANI, en los que haya incurrido a la fecha del trámite arbitral que se desiste”*. Otrosí No.4 al Contrato de Concesión No.007 de 2010.

Como corolario de lo descrito con anterioridad se observa que por imprecisiones de la información al momento de la estructuración del proyecto de concesión el contratista se vio obligado a realizar los procesos de Consulta Previa, además, de sopesar los costos del mismo; sin olvidar que el proceso de consulta fue un factor determinante para la ampliación de la etapa constructiva del proyecto, lo que conlleva a que el disfrute de las obras y la plena puesta en servicio de las mismas sea más demorado y, la Ruta del Sol en su integralidad se posponga en el tiempo.

Sin olvidar además que las comunidades indígenas objeto de consulta no quedaron conformes con el proceso y así lo plasmaron en el acta de protocolización, dejando abierta la puerta a futuras acciones judiciales que conlleven de nuevo a la paralización de las obras.

CONCLUSIONES

La Consulta Previa implementada a la comunidad afectada de la Sierra Nevada de Santa Marta en el trazado del proyecto de concesión vial Ruta del Sol Tramo 3, trajo consigo consecuencias de tipo social, jurídico y económico tanto para la comunidad objeto de consulta, como para el constructor y para el Estado. Dentro de las consecuencias sociales se observa todo en sí mismo el proceso de consulta previa desarrollado con las comunidades de la Sierra y la afectación a su cotidianidad al versen inmersos en negociaciones que trastocan su cosmovisión.

Las consecuencias jurídicas producto del proceso de consulta previa, se ven reflejadas en las acciones que tomo el constructor contra la Entidad contratante a través de la activación de la cláusula compromisoria del contrato, medida tomada por el contratista a razón de la deficiente estructuración del proyecto, que no fue acuciosa en establecer con claridad a los proponentes la cantidad cierta y concreta de procesos de consulta que deberían realizar en desarrollo del proyecto de infraestructura, vulnerando así el principio de planeación propio de la contratación estatal. Además de, las posibles acciones legales que podrían tomar los cuatro pueblos indígenas que expresaron su no conformidad con los impactos y medidas de manejo formuladas por la Concesionaria Yuma por lo tanto se dejó constancia en el Acta.

Así mismo, los impactos económicos los enfrento el Estado y el Contratista al tener que asumir gastos judiciales propios del tribunal de arbitramento y de la consulta previa en sí misma.

A través del caso observado se pudo verificar la hipótesis de la investigación particularmente en dos ámbitos, como primera medida se ha comprobado la consulta previa desarrollada por el Concesionario del Proyecto de Concesión Vial Ruta del Sol Tramo 3 a las Comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta no ha sido favorable para estas últimas a pesar de los cambios de trazados planteados por el constructor, así se pudo denotar en la protocolización de la consulta en la cual quedo la conformidad expresada por las comunidades, es decir, el impacto de la consulta ha sido negativo.

De otro lado a pesar de la manifestación de inconformismo de las comunidades con el resultado del Proceso de Consulta Previa, se confirmó que las consecuencias de los resultados del proceso mismo frente a las comunidades afectadas en la Sierra Nevada de Santa Marta, planteó un cambio en la forma de asumir proyectos que implican afectación a comunidades ancestrales, en el sentido de comprender sus cosmovisiones, así se evidencio a partir del análisis del mismo proceso de Consulta Previa y el trazado de los diseños del proyecto para evitar su entrecruzamiento con lugares considerados ancestrales por parte de los consultados. Es importante resaltar que el respeto hacia la cosmovisión de las comunidades llevo al constructor a realizar la consulta en debida forma, sin importar si era su responsabilidad o no realizarla, esto último no sería carga de las comunidades mismas resolverlo, sino, de la Entidad contratante, a través de los mecanismos pactados en el contrato (Tribunal de Arbitramento, Otrosíes al Contrato)

Así las cosas, y de conformidad a la investigación realizada se logró el objetivo principal de la investigación en tanto se pudo identificar a través del caso presentado el impacto generado en los últimos tres años por el proyecto de concesión vial denominado Ruta del Sol Tramo 3, sobre las zonas de reserva indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta, previstas en el proyecto de consulta previa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bohórquez, L., y Camacho, M. (2002), El Contrato de Concesión. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS17.pdf>
- Burger, J., (2001). Pueblos indígenas, Derechos Humanos e Interdependencia Global. Editorial Siglo XXI. P. 25.
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (11 de agosto de 2011). Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior. [Decreto 2893]. DO: 48.158
- Dussán, C., y Rodríguez, G. (s.f). Comunidades Étnicas en Colombia, Cultura y Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. P.18.
- Herrera, H. (2003). Evaluación de la política pública de consulta previa del Ministerio de Ambiente durante 2009 y 2010. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/40941/>
- Hidalgo, A. (2016). CONSULTAS PREVIAS Y SU IMPACTO EN PROYECTOS DE 4G EN COLOMBIA [Mensaje en un blog]. Recuperado de: <http://www.lloredacamacho.com/blog/es/categor%C3%ADa-1/consultas-previas-y-su-impacto-en-proyectos-de-4g-en-colombia>
- Ministerio del Interior, (s.f). Procesos de Consulta Previa. Recuperado de <http://www.mininterior.gov.co/mision/direccion-de-consulta-previa/procesos-de-consulta-previa>
- Ministerio del Interior. (1998). Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. [Decreto 1320]. DO: 43.340
- Minow, M. (s.f). Derecho y Cambio Social. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica01.pdf
- Oficina Internacional del Trabajo de la OIT (2013). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf
- Orduz, N. (2013). Consulta previa: se obedece, pero no se cumple. Razón Pública. Recuperado en <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3576-consulta-previa-se-obedece-pero-no-se-cumple.html>
- Organización Internacional del Trabajo (1989). Convenio Número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Recuperado de

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO

Revista Semana (27 de febrero de 2012). El dilema de la consulta previa. Recuperado en <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-dilema-consulta-previa/254088-3>

Rodríguez, B. (2011). Rorty, el inmanentismo absoluto y los derechos humanos. Recuperado de <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2274/3093>

Santiago S. (21 de octubre de 2013). La Ruta no logra ver el Sol. Diario El Pílon recuperado de <http://elpilon.com.co/la-ruta-no-logra-ver-el-sol/>

Tuiran, A. (2013). El territorio: un análisis desde el derecho y la ciencia política. Editorial Universidad del Norte. P. 240.

Valle, C., F. (1999). Recuperado de: corficolombiana.com/webcorficolombiana/repositorio/informes/iso1021999.

Vela, C. (2011). La consulta previa para la explotación de los recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 de la OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de Los Pastos que habitan en el Departamento de Nariño. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/4451/1/06657159.2011.pdf>

WEBGRAFIA

<http://www.ani.gov.co> (Recuperado el 12 de febrero de 2016)

<http://ani.gov.co/informacion-de-la-ani/quienes-somos> (Recuperado el 12 de febrero de 2016)

<http://www.invias.gov.co> (Recuperado el 16 de abril de 2015)

<http://es.thefreedictionary.com/poblacion> (Recuperado el 16 de abril de 2015)

<http://www.corficolombiana.com/webcorficolombiana/Repositorio/informes/IS01021999.PDF> Corporación Financiera del Valle 2015

<http://www.mininterior.gov.co/el-ministerio/informacion-institucional/historia>

<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/febrero2002/laconstitucion>

http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf

<http://www.mininterior.gov.co/mision/direccion-de-consulta-previa/procesos-de-consulta-previa>

<http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll12/id/0>

<http://www.mininterior.gov.co/mision/direccion-de-consulta-previa/procesos-de-consulta-previa>

<http://ani.gov.co/informacion-de-la-ani/quienes-somos> Agencia Nacional de Infraestructura,

Consultado el 12 de enero de 2016

http://www.infraestructura.org.co/bibliotecas/VPT/Seguimientoproyectos/proyecto_ruta_sol.pdf, Consultado el 19 de enero de 2016

Valle, C., F. (1999). Recuperado de:

corficolombiana.com/webcorficolombiana/repositorio/informes/iso1021999.

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (7 de junio de 1989) Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Convenio 169 de la OIT. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/CONVENIO%20169%20DE%20LA%20OIT.%20SOBRE%20PUEBLOS%20INDIGENAS%20Y%20TRIBALES%20EN%20PAISES%20INDEPENDIENTES.php>

Presidencia de la Republica (11 de agosto de 2011). Decreto Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior. Decreto 2893 de 2011. Recuperado de:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2893_2011.html

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (Ley 80 de 1993). / Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Agencia Nacional de Infraestructura. Consultado el 12 de enero de 2016, de <http://ani.gov.co/informacion-de-la-ani/quienes-somos>)

Cámara Colombiana de Infraestructura. Seguimiento a Proyectos de Infraestructura. Proyecto vial Ruta del Sol Sectores 1, 2 y 3. Bogotá, marzo de 2013. Consultado el 19 de enero de 2016 en http://www.infraestructura.org.co/bibliotecas/VPT/Seguimientoproyectos/proyecto_ruta_sol.pdf

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA (30 de junio de 2015) “por la cual se otorga una Licencia Ambiental y se toman otras determinaciones” (Página Oficial ANLA) / Recuperado de: <http://www.anla.gov.co/gaceta/resolucion-0773-30-junio-2015>

Otrosí No.4 al Contrato de Concesión No.007 de 2010. Consultado en: [file:///C:/Users/dpacheco/Downloads/DA_PROCESO_10-1-52649_124001001_14673138%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/dpacheco/Downloads/DA_PROCESO_10-1-52649_124001001_14673138%20(5).pdf)

Demanda de Arbitramento Yuma Concesionario S.A. Vs Agencia Nacional de Infraestructura

Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina