

## UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA



### LA CONSULTA PREVIA, ES UN RIESGO POLITICO – SOCIAL, QUE NO ESTA OBLIGADO ASUMIR EL CONCESIONARIO

Anne Carolina Yara Vasquez

Director

Fabian rojas

Universidad Militar Nueva Granada  
Facultad de Derecho  
Especialización Derecho Administrativo  
Bogotá D.C., 22 de Mayo de 2016

## **LA CONSULTA PREVIA, ES UN RIESGO POLITICO – SOCIAL, QUE NO ESTA OBLIGADO ASUMIR EL CONCESIONARIO.<sup>1</sup>**

**ANNE CAROLINA YARA VASQUEZ<sup>2</sup>**

### **Resumen**

En la actualidad es claro que el gobierno nacional esta adoptando medidas tendientes a generar proyectos en caminados al desarrollo y la competitividad del país, fortaleciendo sectores poco desarrollados con escoso de la infraestructura vial, razon por la cual estado acude a los particulares para que por medio de los contratos de concesion estos asuman previo a los términos establecidos la realización de proyectos que generaran al país desarrollo, beneficio y crecimiento para muchos otros sectores, y que de forma inmediata generara mayor demanda de empleos, se creara un aumento en el producto interno bruto, el país será más competitivo, llamara inversión extranjera, se podrá equilibrar desigualdades en los ingresos, entre muchas otras ventajas y beneficios que se esperan se ocasionen como consecuencia la construcción y mejoramiento de la infraestructura vial, pero esta visión futurista por parte del Estado se ha visto seriamente afectada por un tema que en muchas ocasiones no se ha valorado con mayor detenimiento, como es el caso de la consulta previa, proceso que se debe realizar cuando el desarrollo del proyecto genere una posible afectación en zonas con presencia de comunidades Indígenas, Afrocolombianas o Rom o Gitanas

---

<sup>1</sup> Artículo de investigación producto de la investigación denominada “LA CONSULTA PREVIA, ES UN RIESGO POLITICO – SOCIAL, QUE NO ESTA OBLIGADO ASUMIR EL CONCESIONARIO”, que se presenta como requisito para obtener el título de Especialista en Derecho Administrativo.

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad Libre. Candidata a Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: [carolinayaravasquez@gmail.com](mailto:carolinayaravasquez@gmail.com)

## **Palabras clave**

Concesiones, consulta previa, riesgo contractual.

**THE CONCESSIONAIRE IS OBLIGATED TO TAKE THE POLITICAL RISK  
- DERIVATIVE SOCIAL PRIOR CONSULTATION PROCESS WAS ESTIMATED  
AT THE WRONG PRECONTRACTUAL STEP.**

## **Abstrac**

Today it is clear that the national government is taking steps to generate projects in the development and competitiveness of the country, in areas with underdeveloped is the area of road infrastructure, the reason why state goes to individuals for using concession contracts before they assume the terms implementing projects that generate the country development, profit and growth for many other sectors, will increased the demand for jobs, It will generate an increase in gross domestic product, the country will be more competitive, it will call foreign investment, It may balance income inequalities, among many other advantages and benefits expected to be incurred as a result the construction and improvement of road infrastructure, but this futuristic vision from the state is seriously affected by an issue that many options has not been assessed in more detail, as in the case of prior consultation, process to be performed when the project has a presence in areas affected Indigenous communities, afrocolombian or Rom.

## **Key words**

concessions, previous consultation, contractual risk.

## INTRODUCCION

El Estado como garante de la prestación de los servicios y como obligado a satisfacer las necesidades colectivas, debe acudir a los particulares para que sean ellos quien presten algunos servicios que el Estado no se encuentra en la capacidad de realizar, así en virtud de la disposición constitucional que permite la prestación de servicios por particulares<sup>3</sup>, se ha visto en la necesidad de acudir al modelo de contrato de concesión para ejecutar proyectos de infraestructura necesarios para el desarrollo, progreso y competitividad de nuestro país.

La infraestructura vial, es un sector que se encuentra poco desarrollado en el país, el Estado en los periodos 2010-2014, sacó a licitación proyectos con algunas características de los contratos de concesion conocidos como de 4G, entre ellos se destaca la conocida Ruta del Sol, modelo en el cual se le deja al concesionario la asunción de la mayoría de los riesgos, comercial, construcción, tributario, predial, ambiental, financiero, hasta el riesgo en la invasión del derecho de vía (considerando que este es una obligación legal de las entidades territoriales) quedándole al Estado únicamente la asunción de riesgos como el riesgo regulatorio vr.gr. Decisión de autoridad judicial que impida el recaudo de los peajes y el cambio de la ubicación de las estaciones por parte de la ANI.

---

<sup>3</sup> Art. 365 C.P. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

La buena ejecución de estos contratos depende casi en un 100% de los estudios y estructuración del mismo realizados en la etapa precontractual, como es de conocimiento un contrato de concesión es un contrato de adhesión, dentro el cual el particular atendiendo al principio de confianza legítima presenta una propuesta económica y asume todos los riesgos, razón por la cual una falla en la realización de los estudios y estructuración afecta seriamente el equilibrio económico del contrato, entendido como uno de los pilares fundamentales en la contratación estatal, basado en el derecho de igualdad, seguridad jurídica y legalidad, bases de nuestro Estado Social de derecho, no puede ser quebrantado por el Gobierno en búsqueda del mejoramiento y capacidad de la infraestructura vial del país, pues se estaría poniendo al contratista en una situación de desventaja dentro la relación contractual.

Es por esto que el presente artículo tiene por objetivo analizar si el riesgo político – social que se genera con el proceso de Consulta Previa, tomando como base el contrato de concesión del sector 3 del proyecto vial Ruta del Sol, a fin de examinar, cuales deberían ser sus límites y quien sería el llamado atenderlo y de esta manera determinar hasta qué punto es viable jurídicamente que el particular asuma este riesgo en el contrato de concesión, cuando es bien conocido que los riesgos deben ser asumidos por aquella parte que mejor los pueda soportar.

## **1. DEFINICION Y ALCANCE DE UN CONTRATO DE CONCESION**

Antes de entrar hablar del tema se debe dejar bien claro cual es la definion y el alcance del contrato de concesión de infraestructura vial, ya que este tiene unas características especiales que los hacen diferentes de cualquier otro tipo de contrato, en especial por su modalidad de pago y asignación de riesgos, se dice por los estudiosos del tema que más que ejecutar la construcción de una vía, es un contrato financiero, sobre el cual se estructura las obligaciones de las partes, es por

ello que deben estar claramente identificados a fin que las variables no se vean modificadas durante su desarrollo

Los contratos de concesión de obra pública son autónomos, es decir, distintos de los contratos de obra pública tradicionales y se caracterizan por "otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, 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.(Ruflán, 2002, p.44).

## **2. CONTRATO DE CONCESION 007 DE 2010, SECTOR 3 PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL.**

En el presente acápite se presentan los argumentos con fundamento en los cuales se concluye que: (i) el proceso de Consulta Previa debe ser efectuado por el Estado previamente a la adopción de una medida administrativa cuya ejecución pueda afectar directamente a una comunidad étnica, (ii) la necesidad de adelantar un proceso de Consulta Previa y los inconvenientes que se presenten en su desarrollo, constituyen un Riesgo Social o Político que debe ser asumido exclusivamente por el Estado, y (iii) el proceso de Consulta Previa no forma parte del Riesgo Ambiental ni de la Gestión Social que asumió el particular con ocasión de la celebración del **Contrato de concesión.**

El día 4 de agosto de 2010 la sociedad YUMA CONCESIONARIA S.A y el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA suscribieron el Contrato de Concesión No. 007 de 2010.

El objeto del CONTRATO consiste en el otorgamiento de una concesión para que YUMA elabore los diseños, financie el Proyecto, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector 3 del Proyecto Vial Ruta del Sol.

Hay que precisar que durante la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 el INCO hoy ANI puso a disposición de los proponentes el Informe Final de INCOPLAN, en el cual se señaló expresamente que el riesgo de que la ejecución del Proyecto afectara a alguna comunidad étnica, era “(...) *prácticamente nulo*”, como quiera que en el área de influencia directa e indirecta del mismo no había presencia de dichas comunidades.

Con base en la información de INCOPLAN de que da cuenta el hecho anterior, y el Pliego, tanto para el INCO hoy ANI como para los proponentes de la mencionada Licitación era claro que durante la ejecución del CONTRATO no habría lugar al adelantamiento de trámites de Consulta Previa a comunidades étnicas, pues, se subraya, según el Informe Final de INCOPLAN, el cual forma parte de los Estudio Previos y del Pliego de la Licitación No. SEA-LP-001-2010, no habría presencia de dichas comunidades en el área de influencia directa e indirecta del Proyecto.

No obstante lo anterior, luego de la presentación de la propuesta por parte de YUMA y la celebración del CONTRATO, el Ministerio del Interior y de Justicia, mediante comunicación OFI11-19671-GCP-0201 del 16 de mayo del 2011, certificó la presencia de tres (13) comunidades en el área de influencia del Proyecto, entre indígenas y afro-descendientes, y ordenó a YUMA solicitar ante la Dirección de Consulta Previa el inicio formal del proceso de Consulta Previa a dichas comunidades.

## 2.1 El marco jurídico de la Consulta Previa es claro en establecer que su realización constituye un deber exclusivo a cargo del Estado

Sea lo primero señalar que las Consultas Previas, se han caracterizado por la ausencia de una verdadera regulación nacional; hasta la fecha no existe un estatuto marco legislativo que se ocupe del tema, de suerte que los trámites de Consulta Previa han venido realizándose en medio de una gran inseguridad jurídica y sin que se haya podido siquiera presentar el proyecto de ley de consultas previas, que a su vez, también requiere de Consulta Previa, cabe resaltar que los avances sobre el tema de consulta previa son netamente jurisprudenciales.

El marco legal aplicable a la consulta previa radica principalmente en lineamientos jurisprudenciales esbozados por la Corte Constitucional, que si bien en principio no resultan cuestionables pues constituyen un desarrollo de los derechos fundamentales que les asisten a las comunidades al amparo de la Constitución Política, (Lloreda, 2015, blog).

El marco jurídico de la Consulta Previa que debe realizarse a las comunidades étnicas está previsto principalmente en el Convenio 169 de la OIT, incorporado a nuestra constitución y normatividad interna por la Ley 21 de 1991, y en los artículos 40<sup>4</sup>, 329<sup>5</sup> y 330<sup>6</sup> de la Constitución Política de la República de Colombia, el Decreto

---

<sup>4</sup> Constitución Política, "**Artículo 40.** *Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.*

<sup>5</sup> Constitución Política, "**Artículo 329.** *La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.*

<sup>6</sup> Constitución Política, "**Artículo 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.*



1320 de 1998 (reglamenta la Consulta Previa con comunidades étnicas para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio), la Directiva Presidencial 01 de 2010 (sobre la garantía del derecho fundamental a la Consulta Previa de los grupos étnicos nacionales), la Directiva 10 del 7 de noviembre de 2013 que contiene la “*Guía para la realización de la Consulta Previa*”, el Decreto 2613 del 20 de noviembre de 2013 “*Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa*” y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el trámite de Consulta Previa.

En desarrollo del anterior marco normativo, se tiene que el Convenio 169 de la OIT versa sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes y fue incorporado a la estructura constitucional y legislativa de la República de Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Los artículos 6 y 7 del mencionado Convenio obligan a que los Estados al aplicar lo previsto en el Convenio deben: (i) **consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevea la aplicación de medidas legislativas o administrativas que PUEDAN afectarles directamente**, (ii) realizar la consulta de buena fe y con la finalidad de lograr acuerdos sobre las medidas propuestas, y (iii) velar porque, cuando sea necesario, se hagan estudios para evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades a realizar puedan tener sobre esos pueblos.

De los artículos 6 y 7 del Convenio 169 se tiene que: (i) es obligación del Estado adelantar el proceso de Consulta Previa, (ii) que dicho trámite debe realizarse por el Estado de manera previa a la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan llegar a afectar directamente a comunidades étnicas, y (iii) que dicho trámite no tiene por objeto el tema de las licencias ambientales de un proyecto de infraestructura, sino que está referido, en general, a la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a dichas comunidades.

En relación con lo anterior, en particular, la obligación que tienen los Estados de adelantar los procesos de Consulta Previa con antelación a la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a una comunidad étnica, es pertinente señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en

un caso que se refería a la responsabilidad internacional del Estado del Ecuador por la violación de los derechos a la Consulta Previa, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, mediante sentencia del 27 de junio de 2012<sup>7</sup>, estableció que:

- (i) El Estado debe garantizar el derecho de Consulta Previa en todas las fases de un proyecto, es decir, desde su concepción y planeación hasta su desarrollo.
- (ii) El diálogo con las comunidades étnicas y los acuerdos deben efectuarse desde la elaboración (concepción y planeación) de la medida legislativa y administrativa que se pretende adoptar.
- (iii) Los Estados deben consultar a las comunidades étnicas no sólo cuando surja la necesidad de la aprobación de la comunidad, sino desde el plan de desarrollo o inversión, esto es, desde la concepción o planeación de la medida administrativa y legislativa.
- (iv) El incumplimiento de la realización de la Consulta Previa en los términos expuestos, puede generar responsabilidad internacional del Estado.

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido contundente en señalar que la planeación y ejecución del proceso de Consulta Previa es un deber a cargo exclusivamente del Estado y ha puesto de presente que dicho deber **no puede eludirse delegándolo en los interesados en desarrollar proyectos en sitios en donde están asentadas comunidades étnicas.**

Siguiendo la línea interpretativa de la referida Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional colombiana ha señalado, de forma categórica, que el adelantamiento del proceso de Consulta Previa constituye una competencia exclusiva del Estado y que las Autoridades Estatales que deban realizar ese

---

<sup>7</sup> El caso se refiere a la responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.

proceso deben tener suficiente poder de representación y decisión, en razón de los intereses superiores involucrados en la Consulta Previa.

Así mismo, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que la Consulta Previa debe realizarse por el Estado necesariamente con anterioridad a la adopción de la medida administrativa que pueda llegar a afectar directamente a una comunidad étnica. Es decir, debe agotarse por el Estado antes de la formulación del proyecto. En efecto, en Sentencia C-882 de 2011, la referida corporación sostuvo lo siguiente:

**En tercer lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente.** la corte precisó en la sentencia su-039 de 1997<sup>8</sup> que **actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa.**<sup>9</sup> en el mismo sentido se manifestó la corte en la sentencia c-702 de 2010<sup>10</sup>, en la que afirmó que **la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier**

---

<sup>8</sup>sentencia SU-039 de 1997M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>9</sup> La Corte Constitucional manifestó lo siguiente: "(...) Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación. Tampoco pueden considerarse o asimilarse a **LA CONSULTA** exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente **COMPETE HACERLA EXCLUSIVAMENTE A LAS AUTORIDADES DEL ESTADO, QUE TENGAN SUFICIENTE PODER DE REPRESENTACIÓN Y DE DECISIÓN, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible**". (Negrilla, subraya y mayúscula fuera de texto)

<sup>10</sup> M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

**medida legislativa**". (negrilla, subraya y mayúscula fuera de texto).

## **2.2 ACCIONES QUE REQUIEREN LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA**

*La consulta procede antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquier proyecto que pueda afectar a los grupos étnicos nacionales, o los derechos de los que son titulares de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o los instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación.*

*En este sentido se relacionan **las siguientes acciones que deben consultarse con los mencionados Grupos: cuando se pretenda desarrollar, incrementar o transformar la malla vial en territorios étnicos.*** (Negrilla, subraya fuera de texto)

En consonancia con lo anterior y con el objeto de ajustar la normativa interna al Convenio 169 de la OIT, el Presidente de la República expidió el Decreto 2613 del 20 de nov. de 2013 "Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa".

En el mencionado Decreto, de forma clara, expresa y contundente, se establece que **la certificación de presencia de comunidades étnicas debe ser solicitada por parte de la entidad estatal contratante** y no por el interesado en ejecutar el proyecto (art. 5).

Adicionalmente, en el Decreto se dispone que en los proyectos de infraestructura, **la entidad contratante debe solicitar la aludida certificación cuando se publique en**

el SECOP la contratación de los estudios o estructuración del proyecto o cuando el proyecto haya sido declarado de utilidad pública o de interés social (art. 5). Lo anterior significa que en la etapa precontractual le corresponde a la entidad contratante solicitar la señalada certificación.

De hecho, con independencia del Decreto 2613 de 2013, es claro que el Estado Colombiano desde la incorporación del Convenio 169 de la OIT al derecho interno, a través de la Ley 21 de 1991, tiene la obligación de llevar a cabo Consultas Previas **ANTES del inicio de proyectos administrativos** que pudiesen tener efectos directos en las comunidades étnicas.

### **2.3 MECANISMOS PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY 21 DE 1991.**

*Hasta tanto se determine la competencia de los entes territoriales respecto a la garantía del derecho a la Consulta Previa, **será el ministerio del interior y de justicia el único organismo competente para coordinar la realización de los procesos de consulta previa, conforme a lo establecido en su resolución no.3598 de diciembre de 2008***. (Negrilla y subraya fuera de texto)

En consonancia con lo anterior, el Decreto 2893 de agosto 11 de 2011 “*Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior*”, fija el marco de competencia de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Al respecto, prevé que dicha dirección tiene a su cargo las siguientes funciones: (i) dirigir los procesos de Consulta Previa, (ii) establecer las directrices, metodologías y protocolos para efectos de desarrollar los procesos de Consulta Previa, (iii) realizar visitas de verificación, (iv) expedir certificaciones sobre la presencia de grupos étnicos, y (v) elaborar estrategias para el manejo de crisis sociales en el entorno de las comunidades,

En armonía con lo anterior, el ya citado Decreto 2613 de 2013 estableció que a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior le corresponde: (i) realizar las convocatorias, (ii) dirigir las reuniones de Consulta Previa, (iii) dirigir las reuniones de Consulta Previa, (iv) garantizar la participación de todos los sujetos involucrados, y (v) buscar, en lo posible, la suscripción de acuerdos entre los participantes del proceso de Consulta Previa.

**3. En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una ley que establezca el procedimiento, etapas, términos y condiciones para realizar el proceso de Consulta Previa**

El Convenio 169 de la OIT no prevé un procedimiento para llevar a cabo el trámite de Consulta Previa, de suerte que ha dejado en manos de cada Estado miembro la regulación del mismo. Lo anterior significa que le corresponde al Estado “*ofrecer seguridad jurídica y expedir un cuerpo normativo que defina la esencia de la consulta, su procedimiento, sus destinatarios y los efectos vinculantes*”(Hurtado, 2013,p16.).

En ese sentido, en Colombia, a nivel constitucional se mencionó en el párrafo del art. 330 de la Constitución Política, que en las decisiones sobre explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe dársele participación a las referidas comunidades y en la ejecución de dichas decisiones debe respetárseles su identidad cultural.

Del párrafo se tiene que en Colombia, en principio, el trámite de la Consulta Previa tan sólo se requeriría cuando hubiese explotación de recursos naturales en territorios indígenas. Sin embargo, como resultado de la incorporación del Convenio 169 de la OIT, sus normas quedaron integradas a nivel constitucional desde la Ley 21 de 1991, aprobatoria del citado Convenio.

Ahora bien, en Colombia, a nivel legal, no existe una regulación sobre el proceso de Consulta Previa. Pese a que existe el deber del Estado Colombiano de desarrollar y aplicar el Convenio 169 de la OIT, lo cierto es que hasta el momento el Congreso no ha expedido una ley que fije el marco regulatorio completo del señalado procedimiento. Así las cosas, en Colombia no existe, a la fecha, una ley que regule la parte sustantiva y procedimental del trámite de Consulta Previa a comunidades étnicas, lo cual determina una omisión del Estado Colombiano frente a las obligaciones derivadas del Convenio 169 de la OIT, situación que ha generado una total inseguridad jurídica por la ausencia de reglas de juego claras y objetivas.

A pesar de lo anterior, en Colombia, a nivel meramente reglamentario, existe una incipiente regulación sobre el proceso de Consulta Previa, la cual está contenida en el Decreto 1320 de 1998 y el Decreto 2613 de 2013.

Es de precisar que, en todo caso, el último Decreto citado, 20 de noviembre de 2013, no se refirió a las etapas ni al procedimiento de Consulta Previa, sino, entre otros aspectos, a fijar las competencias de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y a establecer competencias respecto de la solicitud de certificación de comunidades étnicas, como se explicó anteriormente. Por consiguiente, en este acápite sólo se hará referencia a las reglas de procedimiento de la Consulta Previa establecidas en el Decreto 1320 de 1998, que era la única norma existente en ese entonces, pese a que se refiere únicamente a proyectos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas y negros, que a la época de la expedición de dicho decreto eran fundamentalmente de iniciativa privada mediante el trámite de solicitud de licencia y que, por ende, no incluía los proyectos de construcción de vías.

Así pues, el Presidente de la República, con fundamento en la Ley aprobatoria del Convenio 169 de la OIT y de otras que se relacionan con el tema<sup>11</sup>, expidió el

---

<sup>11</sup>Num. 11 del art. 189 de la Constitución Política de la República de Colombia, num. 2 del art. 15 de la Ley 21 de 1991, art. 44 de la Ley 70 de 1993 (la cual tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico) y art. 76 de la Ley 99 de 1993 **(por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público**

Decreto 1320 de 1998, a través del cual se reglamentó el trámite de Consulta Previa con las comunidades étnicas, pero, sea del caso señalar, exclusivamente **para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio**<sup>12</sup>, objeto éste que no detenta el **Contrato en mension**.

De acuerdo con lo establecido por el art. 1 del Decreto 1320 de 1998, el art. 2 del mismo preceptúa que el proceso de Consulta Previa únicamente debe realizarse **cuando el proyecto se desarrolle en el territorio de comunidades étnicas, y siempre y cuando se relacione con la explotación de recursos naturales dentro de ese territorio.**

No obstante lo dispuesto por el Decreto 1320 de 1998, en relación con los eventos en que debe adelantarse el procedimiento de Consulta Previa, la Corte Constitucional de Colombia, mediante Sentencia T-737 de 2005, precisó, con apoyo en el Convenio 169 de la OIT, que la Consulta Previa no sólo aplica en los casos de explotación de recursos naturales existentes en territorio de comunidades étnicas, sino también en “(...) **todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aun cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena**”.<sup>13</sup> (Negrilla y subraya fuera de texto)

Sin embargo, se debe advertir y tener presente que en la práctica han primado los lineamientos establecidos por la jurisprudencia constitucional sobre los casos en que se requiere adelantar el procedimiento de Consulta Previa.

Así mismo, la citada corporación ha sostenido que como “(...) **el convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto las mismas no hayan sido**

---

encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones).

<sup>12</sup> Sin embargo, se reitera, no existe una ley del Congreso que desarrolle el Convenio 169 de la OIT.

<sup>13</sup> Esta posición de la Corte Constitucional fue reiterada en las sentencias SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Gálvis y T-382 de 2006, M.P: Clara Inés Vargas Hernández.



**fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento**".<sup>14</sup>(Negrilla, subraya fuera de texto)

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional, vía jurisprudencial, ha sentado algunas pautas respecto de la manera en que se debe desarrollar el procedimiento de Consulta Previa. "(...) **habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad**".<sup>15</sup>(Negrilla, subraya fuera de texto)

En este orden de cosas, se tiene que, según la Corte Constitucional, las normas que pretenden establecer el procedimiento para agotar el proceso de Consulta Previa son simples pautas facilitadoras, puesto que, hasta tanto el Congreso de Colombia no regule dicho proceso, la forma en que el Estado debe adelantar el trámite de Consulta Previa deberá ser definida previamente con la participación de las comunidades étnicas involucradas.

Además de lo hasta acá expuesto, es del caso señalar que el 26 de marzo de 2010, el Presidente de Colombia, con la finalidad de garantizar el derecho fundamental a la Consulta Previa y siguiendo las pautas fijadas por la Corte Constitucional sobre el particular, expidió la Directiva 001 de 2010, encaminada a establecer instrucciones a los integrantes de la Rama Ejecutiva para el desarrollo del proceso de Consulta Previa.

Es de precisar que dicha Directiva no es vinculante para los administrados, en especial para las comunidades étnicas y los ejecutores de los proyectos, como es el caso de los concesionarios, puesto que la referida Directiva es un acto administrativo de carácter particular, en tanto tiene destinatarios específicos. En

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia C-882 de 2011.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2008. Sobre la forma en que debe adelantarse el proceso de Consulta Previa, la Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia contenida en la sentencia T-737 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, en la cual señaló: "(...) el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, **deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo**". (Negrilla y subraya fuera de texto)

efecto, la Directiva está dirigida, exclusivamente, a: Vicepresidencia de la República, Ministros del Despacho, Directores de los Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores, Gerentes y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional.

### **3.1 MECANISMOS PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA**

*Los siguientes mecanismos deben ser utilizados en los procesos de Consulta Previa:*

**El proceso de consulta previa siempre deberá cumplir las siguientes fases:**

***a) Preconsulta, b) Apertura del proceso, c) Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo, d) Pre-Acuerdos, e) Reunión de Protocolización, f) Sistematización y seguimiento al cumplimiento de acuerdos, g) Cierre del proceso de Consulta Previa.***

*Estas fases se entenderán como un protocolo sugerido por el Grupo de Consulta Previa, y su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado.” (Negrilla y subraya fuera de texto)*

No obstante la regulación de las fases del proceso de Consulta Previa previstas en la Directiva Presidencial 001 de 2010, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-882 de 2011, manifestó, entre otros aspectos, que:

- (i) El Convenio 169 de la OIT no contempla unas reglas de procedimiento de la Consulta Previa, y hasta que aquellas no hayan

sido determinadas por la ley, deberá atenderse a la flexibilidad que, sobre el particular, comporta el referido Convenio.

- (ii) El proceso de la Consulta Previa se somete al principio de la Buena Fe, de lo cual se desprende, por una parte, que es deber de los Estados fijar las condiciones en las que se desarrollará la Consulta Previa, y de otra, que la misma debe efectuarse efectiva y conducentemente, sin que haya cabida a términos perentorios para su realización, ni a condiciones ineludibles para el efecto.
- (iii) No constituye Consulta Previa el simple suministro de información a la comunidad étnica respecto del proyecto que se pretende adelantar.
- (iv) Previamente a llevar a cabo la Consulta Previa, se deben adelantar conversaciones “preliminares” con la(s) comunidad(es), con miras a determinar cuáles son las instancias del gobierno local de aquella(s), sus representantes, y convenir la metodología que se habrá de seguir para la Consulta.
- (v) **La consulta previa debe tener lugar antes de que se empiece a ejecutar el proyecto, incluso a la “formulación” del mismo, de suerte que actuaciones posteriores en dicho sentido**, no tienen la virtualidad de subsanar el vicio que se produce a causa de no haber adelantado la Consulta Previa oportunamente.
- (vi) El procedimiento de Consulta Previa debe estar enmarcado en el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades involucradas y las autoridades estatales.

Ahora bien, el Presidente de la República expidió la Directiva 10 del 9 de noviembre de 2013 con el fin de que el Ministerio del Interior y las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva implicados en procesos de Consulta Previa sigan las etapas establecidas en la “GUIA PARA LA REALIZACIÓN DE CONSULTA PREVIA”, la cual debe utilizarse como herramienta de coordinación entre las entidades del Estado relacionadas con los procesos consultivos para el desarrollo de proyectos.

La **GUÍA** prevé cinco etapas para el proceso de Consulta Previa: (i) certificación de presencia de comunidades, (ii) coordinación y preparación, (iii) preconsulta, (iv) Consulta Previa, y (v) seguimientos de acuerdos.

No obstante lo hasta acá expuesto, se debe tener presente que la Directiva 10 de 2013: (i) no es un ley del Congreso, (ii) no constituye el acto jurídico idóneo para sistematizar y regular el procedimiento que se debe surtir para garantizar el derecho fundamental a la Consulta Previa de las comunidades étnicas, (iii) está destinada a producir efectos jurídicos respecto del Ministerio del Interior y las entidades del Estado relacionadas con el proceso de Consulta Previa, y (iv) su aplicación por parte de las entidades estatales inició a partir del 9 de noviembre de 2013, lo que denota que, hasta esta fecha, el poder Ejecutivo no había regulado de manera suficiente y clara el referido procedimiento.

## **CONCLUSIONES**

Por lo anterior y, debido al vacío jurídico que presenta el procedimiento administrativo de consulta previa en Colombia, la Corte Constitucional a través de sus fallos consagró unas series de reglas para la realización de la consulta. No obstante, dichas reglas no han sido suficiente para mitigar en gran dimensión la tensión jurídica entre el Gobierno- los ejecutores del contrato estatal y las comunidades étnicas

Ahora bien la ausencia de una regulación legal de la Consulta Previa y sus efectos sobre la ejecución contractual, no es una situación atribuible o imputable al concesionario, por cuanto, se subraya, es competencia exclusiva del Estado regular, de manera precisa y clara, dicho proceso, mediante la determinación, entre otros aspectos, de las etapas, las actuaciones, los responsables, los plazos, y la manera y los requisitos bajo los cuales las comunidades pueden intervenir en el mismo. Así las cosas, se tiene que los efectos derivados de la situación

anteriormente señalada, deben ser soportados únicamente por el Estado y de ninguna manera por el concesionario.

Con base en lo hasta acá expuesto, se concluye que:

- El Convenio 169 de la OIT no contempla un procedimiento para realizar el proceso de Consulta Previa.
- El legislador colombiano (Congreso) no ha establecido las etapas que deben seguirse para agotar el proceso de Consulta Previa, ni los plazos de cada una de ellas.
- La incipiente, escasa y defectuosa regulación sobre Consulta Previa en Colombia está consignada en el Decreto Reglamentario 1320 de 1998 (para proyectos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas o de negritudes), la Directiva Presidencial 01 de 2010, la Directiva 10 de 2013 y el Decreto 2613 de 2013.
- No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido que **la referida regulación solo tiene “(...) pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado”**, y en tanto las reglas para realizar el proceso de Consulta Previa no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que, sobre el particular, consagra el Convenio 169 de la OIT y a los lineamientos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional al efecto.
- Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, hasta tanto en Colombia no haya una ley que regule el procedimiento de Consulta Previa íntegra y suficientemente, la manera de adelantar la Consulta Previa debe acordarse con las comunidades previamente.
- La Directiva Presidencial 010 de 2013, que trata de sistematizar las etapas para la realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas, no es el acto normativo idóneo para regular la Consulta Previa y su expedición fue posterior a la celebración del **Contrato de concesión** y a los inconvenientes surgidos por los trámites de Consulta Previa.

-

Por último, con fundamento en lo hasta acá expuesto respecto del proceso de Consulta Previa, no hay lugar a dudas que es la **ANI**, como entidad contratante y en representación del estado es quien debe asumir todos los efectos económicos y efectos en los plazos contractuales derivados de la situación (no prevista en la etapa precontractual) de tener que adelantar proceso de Consulta Previa con trece (13) comunidades étnicas situadas en el área de influencia del Proyecto.

## BIBLIOGRAFIA

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. La consulta previa para proyectos de exploración de recursos naturales. Cartilla. Noviembre 2006.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Consejo de Administración. 282ª reunión.

GB.282/14/3. Tercer Informe complementario: reclamación en la que se alega la no observancia por Colombia de Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. 1989 (núm.169), presentada en virtud del artículo 24 de la constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT). Ginebra, noviembre de 2001.

RODRIGUEZ, Gloria Amparo. Artículos: a) “La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia”, b) “La consulta previa. ¿Oportunidad o amenaza?”. En: La consulta previa: ¿para qué, cómo y quién decide? Revista Semillas en la economía campesina.

No. 36/37 Bogotá, Colombia, Julio de 2008

RODRIGUEZ, Gloria Amparo. Editora. Foro ¿Para dónde va Urrá? Memorias Incidencias y perspectivas del proyecto hidroeléctrico de Urrá. Universidad Nacional de Colombia. Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo. Agosto 2000.

RODRIGUEZ, Gloria Amparo. La Consulta previa a pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas en el proceso para el otorgamiento de licencias ambientales. Tesis de grado. Maestría Medio Ambiente y Desarrollo Universidad Nacional de Colombia.

RUFLAN, Dolores Maria, Políticas de Concesión Vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú.