

T-112-18

Sentencia T-112/18

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Contenido y alcance

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Reglas de procedencia

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Improcedencia por cuanto no se evidencia un incumplimiento de los acuerdos suscritos, sino una dilación en la implementación de los mismos

Referencia: Expediente T-6.298.119

Acción de tutela interpuesta por José Francisco Vallejo Cussi, gobernador de la Parcialidad Indígena Laguna Pejendino en contra del Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa y la Agencia Nacional de Infraestructura

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Cuarta de Revisión (en adelante, la “Sala”) de la Corte Constitucional (en adelante, la “Corte”), integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. La acción de tutela fue interpuesta el veintiuno (21) de abril de dos mil diecisiete (2017)

por José Francisco Vallejo Cussi, en su calidad de Gobernador de la Parcialidad Indígena de la Laguna de Pejendino. La acción se presentó contra el Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa y la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante, la “ANI”), por considerar que estas omitieron el cumplimiento de varios de los compromisos alcanzados en la consulta previa que se hizo con esta comunidad indígena en el marco del proyecto “Rumichaca – Pasto – Chachagüi – Aeropuerto” adjudicado al concesionario DEVINAR. En la acción se argumentó que, por la razón mencionada, las entidades accionadas desconocieron distintos derechos fundamentales del accionante y de los otros miembros la comunidad de la cual él es gobernador, a saber: el derecho al cumplimiento de la consulta previa e informada y la afectación del territorio.

B. HECHOS RELEVANTES

2. La Parcialidad Indígena de la Laguna de Pejendino se encuentra ubicada en el área rural del municipio de San Juan de Pasto, departamento de Nariño, en el “Sector la Laguna”, compuesta por las comunidades “La Playa, La Plaza del Pueblo, Aguapamba, San Luis Barbero y Alto San Pedro; Sector Pejendino, Comunidad Pejendino; Sector Cabrera, comunidades La Paz, Duarte, Buenavista, Purgatorio y Cabrera Centro; y Sector Buesaquillo comunidades Pejendino y Buesaquillo Centro”[1].

3. De acuerdo con la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos de Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, el señor Francisco Vallejo Cussi, se encuentra registrado como Gobernador del Cabildo Indígena de la Comunidad La Laguna, según Acta de elección de fecha 18 de diciembre de 2016, y Acta de Posesión de fecha 9 de enero de 2017, suscrita por la Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017[2].

4. Afirmó el accionante que, en el marco del proyecto de desarrollo vial “Rumichaca – Pasto – Chachagüi – Aeropuerto”, formalizado en el contrato de concesión 003 de 2006 suscrito entre el INCO -hoy ANI- y el concesionario DEVINAR (en adelante, el “Contrato de Concesión”), se adelantó un proceso de consulta previa que culminó con la formulación y protocolización de 23 acuerdos, a cargo de DEVINAR S.A. y la mencionada Parcialidad Indígena, sobre los cuales se viene haciendo seguimiento a su cumplimiento, y en el cual, el

Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa ha actuado como garante del mencionado proceso de consulta. En efecto, señaló que se alcanzaron 23 acuerdos, los cuales fueron protocolizados ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (en adelante, la “ANLA”) el 11 de mayo de 2012, así como en la Resolución 072 de 2012 de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior[3].

5. Como consecuencia de la terminación anticipada por mutuo acuerdo del Contrato de Concesión, el 4 de febrero de 2015 en el Cabildo Parcialidad Indígena la Laguna de Pejendino se adelantó una reunión de cierre y seguimiento de los compromisos adquiridos en el proceso de consulta previa, en el cual participaron la Comunidad representada por el accionante, los responsables del proyecto, así como el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, en la cual se señalaron que se encontraban pendientes de cumplir por parte de DEVINAR los siguientes acuerdos:

“Acuerdo 6: Compra de 3.5 hectáreas de tierra destinadas a la agricultura y seguridad alimentario una vez DEVINAR S.A. obtenga la modificación de la licencia ambiental.

La comunidad indígena se compromete a ubicar los terrenos, en un plazo máximo de un año. Contactar los vendedores. Asegurar la voluntad de venta.

DEVINAR S.A. realizará la negociación y el pago directo conforme al proceso contractual establecido con la Agencia Nacional de Infraestructura. (El proceso de compra de predio no incluye la solución de las tradiciones)”.

“Acuerdo 8: DEVINAR S.A. implementará un programa de Reforestación con mano de obra de la comunidad.

DEVINAR SA hará la reforestación inicial de 10 Has, en el área de influencia del territorio de valor ancestral de la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino e incrementará según los requerimientos de la licencia ambiental 1365 de 2008 y los de la modificación objeto de la presente consulta previa”

“Acuerdo 10: DEVINAR S.A. garantizará la elaboración de un estudio epidemiológico, en la comunidad ubicada en el corredor vial y los SDM, antes del inicio de obra y al finalizar la etapa de construcción. Este estudio será realizado por el ente competente que para este

caso es el Instituto Departamental de Salud de Nariño – IDS”

“Acuerdo 13: DEVINAR S.A. informará a la comunidad Indígena sobre los cultivos o especies nativas tradicionales identificadas en una distancia de 100 metros a cada lado del eje de la vía, con el fin de que la comunidad realice el rescate y reproducción de las semillas tradicionales.

DEVINAR S.A. aportará 2 millones de pesos para que la comunidad realice trabajo de campo de recolección de semillas y posterior reproducción de las mismas en huertas caseras.

La comunidad deberá elaborar un informe sobre esta actividad y entregar copia a la empresa”.[4] (Cumplido, nota fuera de cita y texto original)

Lo anterior fue, en términos generales, ratificado en la reunión de cierre y seguimiento sostenida entre las mismas partes el día 30 de abril de 2015. Sin embargo, en esta acta las partes dejaron por escrito que el Acuerdo 13 se encontraba cumplido[5].

En esta reunión, además, la ANI manifestó que:

“Asumiré la responsabilidad del cumplimiento de los mismos [compromisos] teniendo en cuenta la terminación anticipada del contrato de Concesión No 003 de 2006 por mutuo acuerdo entre la Agencia y DEVINAR en los siguientes términos:

“-Una vez quede en firme el contrato de cuarta generación tramo Pasto – Popayán, se informará a la comunidad mediante comunicado sobre la reactivación del proceso para el cumplimiento de los acuerdos pendientes. Así mismo oficiara (sic) al Ministerio del Interior para la realización de las respectivas reuniones de seguimiento y cierre del proceso de Consulta Previa.”[6]

Según consta en dicha acta la comunidad manifestó, en dicho momento, “que si bien habrá un responsable del cumplimiento de los acuerdos, están inconformes porque no les informan fechas exactas y el nombre del concesionario que ejecutará los recursos para el cumplimiento de los acuerdos de consulta previa aquí descritos, ya que consideran que la carga de dichos incumplimientos los está asumiendo la comunidad”[7].

6. De acuerdo con lo expresado en la acción de tutela, no sólo son aquellos los acuerdos

incumplidos por parte de DEVINAR, sino que estarían pendientes por cumplir los acuerdos 6, 8, 10, 15, 16, 17, 18, 19 y 23. A su vez, afirmó el accionante que en consonancia con el compromiso consagrado en el acta del 30 de abril de 2015 “la responsabilidad de esta obra la recogió la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI. Quien debe continuar y asumir las responsabilidades de los acuerdos adelantados con la comunidad de la Laguna Pejendino, así como también de los acuerdos pendientes”[8].

7. En virtud de lo anterior, señaló el accionante que el 30 de enero de 2017 interpuso un derecho de petición ante el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa[9], con el fin de solicitar la ejecución de los acuerdos “no ejecutados y paralizados desde hace dos años con el fin de que se proceda a su cumplimiento dentro del proceso de cumplimiento de la consulta previa”[10]. Dicho derecho de petición fue respondido el 13 de febrero de 2017 por parte del Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, señalando que es la ANI la responsable del “(...) cumplimiento de los compromisos protocolizados, con el fin que ésta Dirección establezca la fecha para adelantar la reunión de Seguimiento de Acuerdos y posterior cierre de la Consulta Previa con la comunidad en mención”[11].

8. Manifestó el accionante que, no obstante la respuesta del Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior nunca recibieron posterior información por parte de la ANI “para adelantar y continuar con el proceso de consulta previa ni otra manifestación por parte de la dirección de consulta previa del ministerio del interior[12] (sic)”.

9. Por las anteriores razones, el accionante interpuso la acción de tutela, con el fin de que se “de cumplimiento inmediato a los 8 acuerdos” que considera incumplidos, y que, además, su ejecución es de responsabilidad de la ANI. Para tales efectos, también solicitó que el juez de tutela ordenase continuar con el seguimiento al cumplimiento de tales acuerdos[13]. Dicha tutela fue admitida, el 26 de abril de 2017, por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Unitaria de Decisión del Sistema Oral, en la cual además se vinculó a DEVINAR, a la Alcaldía y Personería Municipal de San Juan de Pasto y a la Defensoría del Pueblo – Regional Nariño[14].

10. El 21 de octubre de 2017 se adelantó una nueva reunión entre la Comunidad, la ANI y el Ministerio del Interior, en marco del seguimiento de acuerdos con la parcialidad indígena Laguna Pejendino, en el proyecto Rumichaca – Pasto – Chachagüi – Aeropuerto. En dicha

reunión, se reafirmó que persisten tres (3) acuerdos por cumplir, que corresponden a los Acuerdos 6, 8 y 10, referenciados en el numeral 5 anterior. En dicha reunión la delegada de la ANI informó “que en este momento el Estado no tiene los recursos para ejecutar las obras de infraestructura, por eso se requiere de una iniciativa privada, para que además contrate y cumpla los acuerdos”, añadió que los proyectos “actualmente están en evaluación de los proponentes y se espera que en febrero se pueda dar una respuesta más concreta a la comunidad y al Ministerio”. Frente a ello el Gobernador de la Comunidad, manifestó que “está escuchando lo mismo que en la anterior reunión del 30 de abril de 2015, y de acuerdos formulados en el año 2012 y no se observa por parte de la ANI disposición para cumplir estos acuerdos”[15].

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y DE LAS ENTIDADES VINCULADAS

Alcaldía de San Juan de Pasto

11. En escrito de tres (3) de mayo de 2017, la Secretaría de Infraestructura y Valorización manifestó que ante la terminación del Contrato de Concesión entre la ANI y DEVINAR, se acordó que sería la ANI la responsable de asumir el proyecto vial, así como del cumplimiento de los acuerdos adelantados con los miembros de la comunidad de La Laguna de Pejendino, incluyendo aquellos que se encuentran pendientes. Agregó que dicha Secretaría desconoce si dichos acuerdos se están cumpliendo o no, pero que al no ser esta entidad la obligada de su verificación, carece de legitimación por pasiva para ser accionada o parte en la presente acción[16].

Personería de Pasto[17]

12. En escrito del 3 de mayo de 2017, la Personera Municipal de Pasto, señaló que dicha entidad ha sido partícipe del proceso de consulta previa, objeto de la presente acción de tutela, en condición de garante y únicamente cuando ha sido requerida. Afirmó que no le corresponde a dicha entidad verificar el cumplimiento de los acuerdos producto de la consulta previa, por lo que solicitó ser desvinculada del trámite.

Agencia Nacional de Infraestructura - ANI[18]

13. A través de apoderado judicial, la ANI solicitó declarar la improcedencia de la acción de

tutela, en razón a que a la comunidad de la Laguna de Pejendino se le vienen garantizando los derechos que alegan le están siendo vulnerados. En primer lugar, puso de presente que los acuerdos pendientes de cumplir no son los manifestados por el accionante, sino los identificados con los números 6, 8 y 10, tal como consta en el acta suscrita por la ANI y la comunidad el 30 de abril de 2015. Agregó que el cumplimiento de dichos acuerdos, también como consta en dicha acta, está sujeto a la firma del contrato de cuarta generación del tramo Pasto – Popayán, lo cual, ha sido informado de manera oportuna a la comunidad, por medio del oficio ANI No. 20176030119951 del 24 de abril de 2017.

En segundo lugar, la ANI afirmó que el accionante no acreditó el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela. En efecto, señaló que no se evidenció la existencia de un perjuicio irremediable, puesto que los acuerdos se vienen cumpliendo y existe un compromiso escrito de cumplimiento de aquellos que aún están pendientes. Añadió, que tampoco se satisface el requisito de inmediatez, ello pues entre la suscripción del acta de compromiso del 30 de abril de 2015 la interposición de la acción de tutela han transcurrido 11 meses y 25 días.

Finalmente, la ANI manifestó que “el procedimiento de consulta previa se encuentra suspendido”, en razón a dos circunstancias : “ 1) los compromisos pendientes por cumplir fueron incluidos en el proyecto de estructuración del contrato de concesión de cuarta generación del tramo Pasto – Popayán (el cual está en etapa de evaluación) para que a través del concesionario adjudicatario de dicho proyecto, se pueda dar cumplimiento a dichos acuerdos; 2) de conformidad con la naturaleza de la ANI y el objeto para el cual fue creada, debe decirse que al momento de producirse la terminación de mutuo acuerdo del contrato de concesión No. 003 de 2006 con el concesionario DEVINAR, el proyecto vial, esto es, las vías que integraban el corredor vial fueron entregados por parte del concesionario a la ANI y ésta a su vez las entregó al INVIAS, por cuanto al terminar el contrato de concesión, concluye igualmente la competencia que la ANI pudiera tener sobre el contrato y el objeto mismo de este, siendo entonces responsabilidad de INVIAS lo que ocurra en dicho tramo hasta tanto se estructure el contrato de cuarta generación y pueda así, ser reactivado el procedimiento de consulta previa con dicha comunidad”[19].

14. De otro lado, y como prueba de que se encontraba cumpliendo los compromisos adquiridos con la comunidad, la ANI adjuntó el memorando interno del 27 de mayo de 2015,

enviado por la Gerencia de Proyectos Carreteros – Vicepresidencia de Estructuración al Gerente Ambiental y Social – Vicepresidencia de Planeación, riesgos y entornos, en la cual se hizo un estudio en relación al cumplimiento de los acuerdos pendientes con la comunidad, señalando que el cumplimiento del acuerdo 6 tiene un valor de tres mil quinientos millones de pesos (\$3.500.000.000), el del acuerdo 8, un valor de treinta y tres millones setecientos treinta y dos mil pesos (\$33.732.000), mientras el cumplimiento del acuerdo 10, según los estudios adelantados, ascendería a cincuenta y dos millones de pesos (\$52.000.000), y en el que se señala que “dentro de la desafectación de tramos y procesos para los nuevos proyectos viales en el tramo Pasto – Popayán, se encuentran pendiente (sic) el cumplimiento de tres (3) acuerdos de Consulta previa con la comunidad de la Laguna Pejendino (descritos en el cuerpo de este oficio) que se requieren sean cargados a los documentos de estructuración del nuevo proyecto Pasto – Popayán, por cual nos permitimos anexar oficio enviado por la Interventoría CONSORCIO INTEGRAL AIL-INCONSULTING, CONS-IAC-2274-IPRC-1202 del 19 de mayo de 2015 quienes presentan una valoración de los compromisos sociales[20].

Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa[21]

15. Mediante escrito del 4 de mayo 2017, a través de apoderado judicial, el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, señaló que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno en el marco de la consulta previa con la comunidad de la Laguna Pejendino, y que en todo caso debe declararse una carencia actual de objeto por hecho superado.

De acuerdo con el Ministerio del Interior, el cumplimiento de los acuerdos pendientes son responsabilidad de quien sea seleccionado como ejecutor del contrato de cuarta generación, tramo Pasto – Popayán, en razón a la terminación anticipada del contrato de Concesión, lo cual, fue informado de manera oportuna a la comunidad. Así, en criterio del Ministerio del Interior, las pretensiones del actor van encaminadas a la resolución de temas contractuales para que sea adjudicado un proyecto, lo cual escapa a la órbita de la acción de tutela, así como a las competencias del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa.

16. Informó que, en virtud del seguimiento al cumplimiento de la consulta previa con la comunidad de la Laguna Pejendino, los únicos acuerdos pendientes de cumplimiento, son

los identificados con los números 06, 08 y 10 contrario a lo manifestado por el accionante. Agregó, que ha requerido a la ANI para que informe el estado de cumplimiento de dichos acuerdos, quien le ha informado que estos “se encuentran incluidos en el área de estructuración de la entidad, para su inclusión en el nuevo contrato” y que “una vez se cuente con la empresa concesionada, se informará al Ministerio del Interior y al Resguardo La Laguna – Pejendino, para la continuación del seguimiento y cumplimiento de acuerdos pactados”. En razón de lo anterior, el Ministerio afirmó que no existe vulneración alguna al derecho de consulta previa que le asiste a la comunidad, puesto que dicho proceso se surtió de manera oportuna, y los acuerdos pendientes se encuentran suspendidos, pero en modo alguno han sido desconocidos, por lo cual, en el presente caso se configura una carencia actual de objeto por hecho superado.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por la Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, el diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

17. La Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño consideró improcedente el amparo. Señaló que las pretensiones expuestas se circunscribían a la protección del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad La Laguna Pejendino.

18. Con relación a las pretensiones relacionadas con la protección del derecho fundamental a la consulta, advirtió el juez de primera instancia que “la Sala del material probatorio aportado verifica que en efecto las partes llegaron a los acuerdos ya mencionados, de ahí que se han aportado actas de verificación de cumplimiento de los mismos, en el marco de la consulta previa con la parcialidad indígena laguna Pejendino para el proyecto “Rumichaca – Pasto – Chachagüi – Aeropuerto” con la intervención de cada una de las entidades hoy accionadas. Siendo así las cosas, en efecto se tiene que existe de por medio un acto administrativo en el cual se vieron materializados los acuerdos objeto de discusión de esta acción constitucional, esto es la Resolución 072 de 2012, tal como lo manifiesta el accionante en su escrito de tutela y de la cual sin duda alguna son partícipes (sic) la comunidad a la que representa el actor. En ese estado de cosas y conforme a la jurisprudencia reseñada en párrafos que anteceden, se tiene que la tutela es improcedente

frente actos administrativos, salvo que se acredite la existencia de un perjuicio irremediable, lo cual en el presente caso no ocurrió así, razón por la cual no existe mérito que permita a esta Sala conceder al menos transitoriamente la acción constitucional[22]. En consecuencia, consideró que no se satisfacía el requisito de subsidiariedad y por lo tanto, no era procedente la acción de tutela.

Impugnación

19. El fallo de primera instancia no fue impugnado, razón por la cual fue enviado por el Tribunal Administrativo de Nariño para su eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, el 10 de febrero de 2017.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Auto de pruebas del siete (7) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

20. El Magistrado sustanciador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, decretó pruebas en sede de revisión, con el fin de recaudar elementos de juicio relevantes para el proceso. En consecuencia, solicitó lo siguiente:

“PRIMERO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE al Resguardo Indígena la Laguna de Pejendino – Pueblo Hatunllata Quillasinga, para que dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la notificación vía correo electrónico de esta providencia, informe al despacho lo siguiente:

1. El estado actual del cumplimiento de las obligaciones producto de los acuerdos de consulta previa alcanzados en su momento con el concesionario DEVINAR S.A.; los cuales, en la documentación que reposa en el expediente, se encuentran contenidos en el “Acta de Reunión en la etapa de seguimiento de Acuerdos” de fecha dieciséis (16) de septiembre de 2014, con especial énfasis en los compromisos que consideran que no se han cumplido. Para tales efectos, se solicita informar de manera detallada el estado del cumplimiento de dichos compromisos y aportar cualquier otra información o comentario que considere pertinente al respecto, tal como cuál autoridad se encarga del cumplimiento de

dichos acuerdos a la fecha.

2. El estado actual de las obras que iniciaron su ejecución bajo el Contrato de Concesión 003 de 2006. En caso que se estén desarrollando obras, por favor informar, si se están desarrollando los compromisos que aún se encuentran pendientes consignados en el Acta de Reunión en la etapa de seguimiento de acuerdos del dieciséis (16) de septiembre de 2014.

3. Si han sido informados por la ANI del estado del proyecto de cuarta generación que se desarrollará entre Pasto – Popayán; y si en desarrollo de la estructuración de dicho proyecto han sido convocados a alguna reunión por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura.

4. Alleguen copia de: (i) la licencia ambiental 1365 de 2008; (ii) el concepto técnico 1300 del 10 de agosto de 2012 y (iii) del Auto 0721 del 31 de agosto de 2012, así como todos los documentos relacionados con la consulta previa y los compromisos derivados de ella, alcanzados con la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino.

SEGUNDO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE a la Agencia Nacional de Infraestructura para que directamente o a través de su apoderado o dependencias competentes, dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la notificación vía correo electrónico de esta providencia, informe al despacho lo siguiente:

1. El estado actual del cumplimiento de las obligaciones producto de los acuerdos de consulta previa alcanzados en su momento con el concesionario DEVINAR S.A.; los cuales, en la documentación que reposa en el expediente, se encuentran contenidos en el “Acta de Reunión en la etapa de seguimiento de Acuerdos” de fecha dieciséis (16) de septiembre de 2014, con especial énfasis en los compromisos que consideran que no se han cumplido. Para tales efectos, se solicita informar de manera detallada el estado del cumplimiento de dichos compromisos y aportar cualquier otra información o comentario que considere pertinente al respecto, tal como cuál autoridad se encarga del cumplimiento de dichos acuerdos a la fecha.

2. El estado actual de las obras que iniciaron su ejecución bajo el Contrato de Concesión 003 de 2006. En caso que se estén desarrollando obras, por favor informar (i) si

las obligaciones con la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino se encuentran incorporadas al nuevo contrato; (ii) a cargo de quién se encuentra el cumplimiento de dichas obligaciones, y (iii) si se están desarrollando los compromisos que aún se encuentran pendientes consignados en el Acta de Reunión en la etapa de seguimiento de acuerdos del dieciséis (16) de septiembre de 2014.

3. El estado de la estructuración del proyecto de cuarta generación Pasto-Popayán: (i) en caso que este haya sido adjudicado, enviar copia del contrato y sus anexos técnicos; en caso contrario, (ii) informar el estado y la fase en que se encuentra el proceso de estructuración, y allegar la documentación que dé cuenta de la incorporación de los compromisos adquiridos con la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino en dicho proceso.

4. Si han informado a la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino del estado del proyecto de cuarta generación que se desarrollará entre Pasto – Popayán; y sin en desarrollo de la estructuración de dicho proyecto han convocado a dicha Parcialidad Indígena a alguna reunión.

5. Alleguen copia de: (i) la licencia ambiental 1365 de 2008; (ii) el concepto técnico 1300 del 10 de agosto de 2012 y (iii) del Auto 0721 del 31 de agosto de 2012, así como todos los documentos relacionados con la consulta previa y los compromisos derivados de ella, alcanzados con la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino.

6. Informe el marco regulatorio aplicable a (i) el proyecto de cuarta generación Pasto – Popayán; (ii) el Contrato de Concesión 003 de 2006, si el mismo cuenta con una licencia ambiental; (iii) el aplicable durante la fase posterior a la terminación del mencionado contrato y anterior a la adjudicación del proyecto de cuarta generación, incluyendo pero sin limitarse a identificar la entidad en la cual recaen las obligaciones derivadas de la consulta previa a la mencionada Parcialidad Indígena; e (iii) informe a quién corresponde la asunción de los riesgos sociales y ambientales asociados al proyecto de cuarta generación Pasto – Popayán, y cómo operaran las compensaciones entre la ANI y el nuevo concesionario que resulte adjudicatario del proyecto de cuarta generación”.

A su vez, se ofició al Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa y a la ANLA para que se pronunciaran en relación con las pruebas recolectadas en sede de revisión. Una

vez vencido el término probatorio, así como el periodo en el cual se puso a disposición de las partes el material probatorio recaudado, mediante oficio del veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) la Secretaria General de la Corte Constitucional, remitió al despacho del Magistrado Sustanciador las siguientes respuestas:

Información allegada por la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino

21. Mediante escrito allegado a la Corte el catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), el gobernador de la Parcialidad Indígena La Laguna Pejendino, señaló que son tres (3) los acuerdos de la consulta previa que continúan pendientes de cumplimiento, siendo ellos los Acuerdos 06, 08, 10. Agregó que a la fecha no se están desarrollando obras, pues “la vía esta (sic) variante oriental está en funcionamiento total en el sector donde la comunidad está asentada las obras que faltan terminar son en otros municipios como es chachagui (sic) por eso es la gran preocupación de la comunidad la obra ya está terminada en el tramo de la comunidad y el proyecto pasto popayan (sic) del que se ha escuchado y del cual nunca se no ha informado es un nuevo proyecto que debe someterse a consulta previa, y no solo esperar que comprometan los tres acuerdos pendientes”. Finalmente, puso de presente que ha radicado varios derechos de petición ante la ANI, solicitando el cumplimiento de los acuerdos, los cuales han sido contestados en el sentido que “se cumplirán los acuerdos cuando ya este adjudicada la concesión (sic) la comunidad no sabe cuando será eso ya han pasado cinco años desde que se inicio la consulta (sic), se está dos años detenida la consulta por que (sic) no hay concesión”, insistiendo en que incluso después de reunirse con la ANI, ésta “no se compromete no da fechas (sic) y no cumple”.

22. De otro lado, adjuntaron el Acta de Reunión de Seguimiento de Acuerdos con la Parcialidad Indígena Laguna Pejendino, adelantada el veintiuno (21) de octubre de dos mil diecisiete (2017), en la que participaron tanto el Ministerio del Interior, como la ANI y la Comunidad. En dicha reunión, el gobernador puso de presente que “han esperado mucho tiempo, que se están vulnerando los derechos ya que es una vía en funcionamiento que amenaza la vida de la comunidad y que este seguimiento no arroja nada concreto referente a tiempos para el cumplimiento de acuerdos pendientes”.

Información allegada por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

23. Mediante escrito[23] allegado a la Corte el catorce (14) de noviembre de dos mil

diecisiete (2017), la ANI informó que respecto del cumplimiento de los compromisos adquiridos en el Acta de Reunión de 16 de septiembre de 2016, mismos que se encontraban en cabeza de DEVINAR S.A., los mismos se encuentran suspendidos, como consecuencia del acuerdo de terminación del 6 de febrero de 2015 del Contrato de Concesión. Agregó que inicialmente se consideró incluir dichos compromisos en el contrato de concesión para el corredor vial Pasto – Popayán, pero que ello no fue viable por motivos financieros, así “en aras de salvaguardar la intención férrea de cumplir con los compromisos ambientales en la actualidad se adelanta la elaboración de proyecto Pasto – Chachagüí, con la finalidad de incluir que dentro del mismo se incorporen los compromisos”, añadió que este proceso aún se encuentra en etapa de factibilidad, a espera de la consecución de la iniciativa privada.

24. Agregó que, el 21 de octubre de 2017, se adelantó por parte del Ministerio del Interior, la ANI y los dirigentes de la Parcialidad Indígena de la Laguna de Pejendino reunión de seguimiento a los acuerdos en el marco de la consulta previa con la Parcialidad Indígena de la Laguna Pejendino, en la que la ANI reiteró el compromiso “en cumplir los acuerdos de 16 de septiembre de 2014, que hasta la fecha no se han podido consolidar, para lo cual se estableció que la imposibilidad (sic) de cumplir con las obras ha sido como consecuencia de la falta de recursos que se requieren para el efecto y que los mismos serían incorporados al nuevo proyecto el cual se encuentra en etapa de elaboración”.

25. Finalmente señaló, que el cumplimiento de estos acuerdos, en el marco regulatorio de los proyectos de infraestructura, corresponde a la asunción de riesgos sociales y ambientales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, por lo que son distribuidos en la etapa de factibilidad, en el marco de una iniciativa privada sujeta a aprobación.

Información allegada por el Ministerio del Interior

26. En respuesta al auto de pruebas, el Ministerio del Interior[24] informó que en sus seguimientos ha verificado el cumplimiento total de 20 de los 23 acuerdos alcanzados con la comunidad en el marco de la consulta previa. Agregó que el cierre del proceso de consulta está supeditado al total cumplimiento de todos los acuerdos pendientes. Señaló que estos acuerdos “son (i) un proyecto o, (ii) la implementación de un programa de deforestación y (iii) un estudio epidemiológico, se considera que son compromisos

orientados a mejorar las condiciones socioeconómicas y culturales de la comunidad étnica, es decir, compensatorios o patrimoniales”.

27. De otro lado, llamó la atención en torno al cumplimiento de la consulta previa pues “se ha venido realizando hasta encontrarse en estos momentos en la etapa de seguimiento de acuerdos, y en todo caso, no se presenta falta de reconocimiento de los acuerdos pendientes por cumplir por parte del ejecutor del proyecto, pero tampoco estamos en un escenario donde se esté ejecutando el proyecto”, para afirmar lo anterior puso de presente que la ANI en reunión de seguimiento del 21 de octubre de 2017 manifestó “que están muy pendientes de estos tres acuerdos, reitera lo contestado en el oficio donde le dicen que una vez quede en firme el contrato de cuarta generación tramo Pasto – Popayán se informará a la comunidad mediante comunicado sobre la reactivación del proceso para el cumplimiento de los acuerdos pendientes, así mismo, se oficiara al Ministerio del Interior para la realización de las respectivas reuniones de seguimiento. También les explica que la función de la ANI no es ejecutar proyectos sino administrar los recursos”. Así de acuerdo con el Ministerio, “el proceso de consulta previa se ha surtido, que no existen elementos probatorios que permitan tener por acreditada vulneración a los derechos fundamentales, amén de la indeterminación de las afectaciones al derecho fundamental aducido como quebrantado por el accionante”.

Información allegada por el Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA

28. Mediante oficio del catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), la ANLA reiteró que son tres (3) los compromisos que están pendientes de ser cumplidos (Acuerdos 6, 8 y 10), pero que no le corresponde a la ANLA verificar el cumplimiento de los mismos. Adicionalmente, afirmó que en el presente caso, no se está frente a un perjuicio irremediable, razón por la cual no es procedente la acción de tutela; añadió, que este tipo de controversias son propias del contencioso administrativo y no del juez constitucional.

Finalmente, la ANLA señaló que los accionantes basan las supuestas vulneraciones de sus derechos fundamentales en una serie de afirmaciones que carecen de pruebas, “como ya quedó dicho, al proceso no se acompaña prueba si quiera sumaria, que demuestre, por parte de esta autoridad, ninguna conducta que pueda ser considerada causa del daño o peligro inminente que pueda parecer la comunidad accionante. Muy por el contrario, como

bien lo reconocen los actores, la ANLA fue clara en advertirle a la empresa interesada las obligaciones que le asisten, respecto de la existencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto". En virtud de lo anterior, la ANLA solicitó ser desvinculada del trámite de la tutela, así como que el amparo sea negado.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

29. La Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017), expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Ocho de esta Corte, que decidió someter a revisión la decisión adoptada por el juez de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS: MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

C. CUESTIONES PREVIAS: PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

31. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia[25], la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o (ii) cuando, existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental[26]. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario[27].

32. Antes de realizar el estudio de fondo de la acción de tutela seleccionada, la Corte procederá primero a verificar si esta cumple los requisitos de procedibilidad.

Procedencia de la acción de tutela –Caso concreto

33. Legitimación por activa: La Constitución establece quiénes son los legitimados para interponerla. Dice al respecto el artículo 86: “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar [...], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales” (subrayas fuera del texto original).

34. Tratándose de acciones de tutela promovidas para la protección de los derechos de comunidades indígenas, la Corte ha señalado que del carácter colectivo que ellos tienen se desprenden reglas especiales de legitimación. En este sentido, ha afirmado que “tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas colectividades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad”[28].

35. En la acción de tutela que se revisa se advierte que el accionante actúa a nombre propio y de los miembros de la Parcialidad Indígena La Laguna Pejendino, Pueblo Hatunillata Quillasinga, para reclamar la protección principalmente de su derecho fundamental a la consulta previa. Del análisis del expediente, la Sala apreció de manera inequívoca que el señor Francisco Vallejo Cussi es el gobernador de dicho Cabildo[29].

36. Por lo anterior, la Sala considera que el accionante está legitimado para presentar la acción de tutela que se revisa, por cuanto se encuentra acreditada su pertenencia al clan indígena a favor del cual solicita la protección de derechos fundamentales.

37. Legitimación por pasiva: La acción de tutela se dirige contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y el Ministerio del Interior. Se trata de autoridades públicas, por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva, en los términos del artículo 5 del Decreto 2591 de 1991.

38. Inmediatez: El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela podrá interponerse “en todo momento y lugar”. Por ello, no es posible establecer un término de caducidad de la acción de tutela, pues ello sería contrario al artículo citado[30]. Con todo, lo anterior no debe entenderse como una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier momento, ya que ello pondría en riesgo la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida, según el propio artículo 86, como un mecanismo de

“protección inmediata” de los derechos alegados.

39. Por lo anterior, ha entendido la jurisprudencia constitucional que la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente[31]. No existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que al juez de tutela le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un término razonable. Esto implica que la acción de tutela no puede ser rechazada con fundamento en el paso del tiempo, sino que debe el juez estudiar las circunstancias con el fin de analizar la razonabilidad del término para interponerla[32].

40. La acción de tutela fue interpuesta el veintiuno (21) de abril de 2017, es un poco más de 2 meses después de la respuesta al derecho de petición enviado por la comunidad al Ministerio del Interior en el que solicitaron el cumplimiento de los acuerdos pendientes de la Consulta Previa[33], dicho derecho de petición fue respondido el trece (13) de febrero de 2017[34]

41. De otro lado, se advierte en la documentación enviada tanto por la comunidad, como por la ANI y el Ministerio del Interior que la última reunión de seguimiento de Acuerdos, se llevó a cabo el veintiuno (21) de octubre de 2017, y en ella, se concluyó que continúan pendientes por ser cumplidos algunos compromisos. Por lo tanto, la acción de tutela fue interpuesta en un término que a juicio de la Sala, constituye un plazo razonable, más aun cuando la supuesta vulneración alegada por la tutelante se constituye por un posible incumplimiento de los acuerdos alcanzados en una consulta previa con la comunidad accionante.

42. Subsidiariedad: El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En consecuencia, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para remediar un perjuicio irremediable.

43. La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige

que el peticionario despliegue de manera diligente las acciones judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados[35].

44. La idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial no pueden darse por sentadas ni ser descartadas de manera general sin consideración a las circunstancias particulares del caso sometido a conocimiento del juez[36]. En otros términos, no puede afirmarse que determinados recursos son siempre idóneos y efectivos para lograr determinadas pretensiones sin consideración a las circunstancias del caso concreto.

45. Entre las circunstancias que el juez debe analizar para determinar la idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial se encuentra la condición de la persona que acude a la tutela. En efecto, según la jurisprudencia, la condición de sujeto de especial protección constitucional y la de debilidad manifiesta del accionante son relevantes para analizar si los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y efectivos. Ha sostenido que para estos sujetos tales medios se presumen no idóneos e ineficaces[37] y por lo tanto para ellos el análisis de subsidiariedad de la tutela es flexible[38].

46. Para el análisis del presente caso, resulta relevante resaltar que la jurisprudencia ha identificado una regla de procedencia específica de la acción de tutela cuando esta tiene como propósito la defensa de derechos de comunidades indígenas. Al respecto, recientemente afirmó la Corte que “la acción de tutela es, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, del derecho a la consulta previa”[39].

47. En el caso objeto de revisión, se invoca la protección de derechos fundamentales de la Parcialidad Indígena La Laguna Pejendino, por hechos relacionados con el presunto incumplimiento de varios acuerdos alcanzados en un proceso de consulta previa, en el marco de un proyecto de infraestructura, cuyo contrato de concesión terminó anticipadamente y a la fecha no se ha adjudicado un nuevo proyecto, por lo que consideran que dichos acuerdos deben ser cumplidos por la ANI. Por ello, teniendo en cuenta el criterio

jurisprudencial de esta Corte, según el cual el derecho a la consulta previa comprende no solo la etapa de acuerdos sino también de cumplimiento[40], ante un posible incumplimiento como el alegado en el presente caso, es procedente la acción de tutela[41].

48. En este mismo sentido, en un caso donde también se acudió a la acción de tutela para solicitar el cumplimiento de los acuerdos de consulta previa, esta Corte fijó las siguientes reglas de procedibilidad, que en este caso se estiman cumplidas, “(i) la acción de tutela sí es el medio idóneo y eficaz para hacer cumplir un A.C.P. (“Acuerdo de Consulta Previa”), en tanto su incumplimiento se interrelaciona directamente con el derecho fundamental a la consulta previa e incluso con otros derechos fundamentales objeto de consulta por afectación directa; (ii) no existe consagración legal expresa que permita prever en el ordenamiento jurídico un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger el ACP; (iii) el juez de tutela deberá valorar cada caso concreto y determinar, dentro de su autonomía constitucional, en concordancia con la Constitución, la ley y la jurisprudencia de esta Corte, si el acuerdo fue objetivamente incumplido o no”[42].

D. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

49. Con base en los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I de esta providencia, le corresponde a la Sala resolver si el Ministerio del Interior y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI desconocieron el derecho a la consulta previa del accionante y de las personas en cuyo favor actúa, -la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino-, ante el supuesto incumplimiento de varios de los acuerdos alcanzados en el marco de la consulta previa, adelantada en el año 2012, en el Proyecto Rumichaca - Pasto - Chachagüi - Aeropuerto, que estaba a cargo del concesionario DEVINAR S.A., en ejecución del contrato de Concesión 003 de 2006, el cual fue terminado de mutuo acuerdo entre la ANI y el concesionario, quedando algunos acuerdos de la consulta previa en estado de pendientes.

50. A continuación, la Corte procederá a analizar el problema jurídico planteado. Para lo cual, procederá a definir el contenido y el alcance del derecho fundamental a la consulta previa, para con base en lo anterior, proceder a decidir en el caso concreto.

E. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

Constitución Política de 1991

51. El inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución consagra una cláusula de incorporación al orden jurídico interno de los convenios de la OIT al disponer que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, empero, por virtud del inciso primero del artículo 93, los tratados que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción son parte del bloque de constitucionalidad, es decir, están al mismo nivel que una norma de la Constitución Política de Colombia, tal y como lo reconoció la sentencia de unificación SU-383 de 2003 al declarar que “el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad”.

52. Adicionalmente la Constitución consagra una serie de derechos de los pueblos indígenas y tribales, propios de una constitución que se fundamenta en el pluralismo, como el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural (artículo 7, C.P.); asimismo, reconoce como entidades territoriales a los resguardos indígenas y orden la participación de los representantes de dichas comunidades en la conformación de las entidades territoriales (artículo 329, C.P.[43]) y el derecho al autogobierno de acuerdo con sus particularidades ancestrales (artículo 330, C.P.).

Convenio 169 de la OIT

53. La preocupación de la comunidad internacional sobre la participación de las minorías étnicas en las decisiones que los afecten se vio reflejada en un primer momento en el Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales (1957) al reconocer que “en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población”[44].

54. Posteriormente con la adopción del Convenio 169 de la OIT[45] se reconocieron “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de

vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”[46].

55. En palabras de los expertos de dicho órgano tripartito este instrumento internacional se funda en dos postulados principales: “el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del Convenio”[47].

56. El Convenio 169 en su artículo 6(a) indica que el Gobierno 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” siendo relevante determinar la afectación de la medida objeto de estudio. Asimismo en el artículo 7 del mismo instrumento referente al autogobierno indica que “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

57. Adicionalmente, con relación al territorio, en el numeral 2 del artículo 16 dispone que: “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.

58. Por su parte, el Estado colombiano en desarrollo de los mandatos jurídicos constitucionales relativos a la protección de las minorías étnicas, ha expedido diversas normas con el fin de materializar dicha protección sin que exista, a la fecha, norma expresa que regule integralmente el trámite y procedimiento de la consulta previa.

Criterios jurisprudenciales de aplicación de la consulta previa. Reiteración jurisprudencial

59. En desarrollo del mandato de protección a las comunidades indígenas y tribales, así como de la incorporación del Convenio 169 de la OIT, esta Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones en torno a la aplicación concreta de la consulta previa. Así, por ejemplo, al estudiar varias normas del Código de Minas, declaró exequibles los artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001 en la sentencia C-389 de 2016 bajo el entendido de que “el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas, no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios” (subraya fuera de texto). En esa ocasión la Sala Plena en sentencia con efectos erga omnes indicó que la procedencia de la consulta previa se determina en la medida que es posible concretar la afectación directa de la comunidad con la medida legislativa o administrativa en los siguientes términos:

“De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pero el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados. Evidentemente, se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la

vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (subrayas fuera de texto).

60. En esa misma oportunidad, se distinguió del derecho de consulta previa como estándar general del concepto de consentimiento libre, previo e informado, se manifiesta como una de las facetas excepcionales de participación, cuando la medida legislativa o administrativa ejerce una afectación tan grave que puede influir en la pervivencia del pueblo indígena o afrodescendiente, expresado por este tribunal en los siguientes términos:

“Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, que la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.

Ahora bien, según lo ha expresado la Corte, la subregla sobre el consentimiento puede generar algunas inquietudes. Al parecer, ello obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas o tribales, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma. La Corte Constitucional, sin embargo, ha expresado que mientras la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios”[48]

(subrayas fuera de texto).

61. En la sentencia de unificación SU-097 de 2017 se amparó el derecho a la consulta previa del pueblo raizal vulnerado por el Convenio 9677-SAPII0013-445-2015 para la generación de estrategias de desarrollo integral a través de la cultura en el Municipio de Providencia y Santa Catalina, a través de la operación del Complejo Cultural Midnight Dream, toda vez que se constató que dicha medida administrativa afectaba la música del archipiélago como elemento definitorio de la cultura raizal.

62. En esta oportunidad se recopilaron las principales reglas generales y específicas sobre el derecho a la consulta previa decantada de la jurisprudencia constitucional desde la sentencia SU-039 de 1997 y de las normas de derecho internacional, discriminadas en el siguiente cuadro:

Criterios generales de aplicación de la consulta

Reglas específicas

“(i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes”[49].

“(vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”[50].

63. De acuerdo con el Convenio 169, esta Corte en la sentencia C-371 de 2014 reiteró el siguiente concepto con respecto del territorio:

“Al respecto, debe tenerse en cuenta que el vínculo de los pueblos indígenas con el territorio va mucho más allá de la concepción material de las cosas, pues aquel parte de componentes espirituales, de la relación del hombre con la tierra. Según la cosmovisión indígena, algunos seres animados encarnan una “multitud de fuerzas benéficas o maléficas; todas ellas imponen pautas de comportamiento que deben ser rígidamente respetadas. Para muchos pueblos, especies determinadas de árboles eran veneradas y protegidas, y veíanse en el pasado grandes bosques intocados de ellas; se conoce por las crónicas de la conquista que, por ejemplo, en la sabana de Bogotá los muiscas mantenían unos bosques de altísimas palmas de ramos y palmas de cera a las cuales veneraban, hasta el obispo Cristóbal de Torres mandó talar y destruir el bosque entero para extirpar la idolatría” (subraya fuera de texto).

64. De otro lado, esta Sala debe reiterar la jurisprudencia de esta Corte que ha señalado que no puede escindirse del derecho a la consulta previa el cumplimiento y la implementación de los acuerdos que en ellas se alcancen[51], así es “obligatorio que con posterioridad al acuerdo de consulta previa se garantice por parte del Estado y del Ejecutor del proyecto, obra o actividad, el cumplimiento de todas las medidas de mitigación, compensación e indemnización concertadas en el acuerdo de consulta previa por los daños causados”. A esto no ha sido indiferente el ordenamiento jurídico, en efecto la Directiva

Presidencial 10 de 2013, puso en conocimiento del gobierno nacional las fases que debe seguir un proceso de consulta previa, éstas, en términos generales, reproducen lo señalado por la jurisprudencia constitucional[52] en el sentido que la consulta previa consta de varias fases, siendo estas (i) certificación y presencia de comunidades; (ii) coordinación y preparación; (iii) preconsulta; (iv) consulta previa; y (v) seguimiento de los acuerdos, una vez agotadas estas etapas se podrá entonces proceder al “cierre de la consulta previa”, así pues, la consulta previa es un proceso complejo, que no sólo se concreta con alcanzar o protocolizar unos acuerdos, sino con el logro de su cabal cumplimiento por parte de las entidades o personas responsables[53].

65. Por lo demás, tanto la jurisprudencia constitucional, como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado han analizado la naturaleza jurídica de los acuerdos alcanzados en una consulta previa, descartando que se trate de actos administrativos, contratos estatales o incluso de contratos privados. Así, se ha reconocido la naturaleza jurídica especial de estos acuerdos pues constituyen “un pacto plurilateral vinculante por mandato de la Constitución Política, en el cual las partes se obligan a concertar (i) la protección integral de los derechos fundamentales de la(s) comunidad(es) étnica(s) afectada(s), salvaguardando su estatus diferenciado, pese a (ii) la afectación causada por la puesta en marcha de una obra, proyecto o actividad estatal, bajo el entendido de minimizar las afectaciones directas. Dicho ACP resulta obligatorio para esta Sala de Revisión en la medida que el respeto por la voluntad libre de las partes en el proceso consultivo concreta los principios constitucionales de participación activa y efectiva, buena fe, democracia, transparencia y diversidad étnica y cultural. Asimismo, permite darle contenido y coerción al derecho fundamental a la consulta previa.”[54].

66. En similar sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado, que los acuerdos de la consulta previa son un “acto jurídico bilateral de naturaleza especial, cuya fuerza vinculante no deriva del ejercicio de una prerrogativa pública decisoria de quienes participan en los procesos de consulta previa, sino del “acuerdo de voluntades” que surge entre el ejecutor del proyecto y las comunidades étnicas, el cual se ve reforzado por los derechos fundamentales en que se apoya, el respeto debido al acto propio y la buena fe de las partes. (...) Las actas de protocolización de acuerdos, con independencia de la calidad o condición de las partes que las suscriban, son actos jurídicos bilaterales de naturaleza especial, obligatorios y vinculantes para las partes

que los suscriben. Se rigen por las normas convencionales, constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la consulta previa y su cumplimiento puede obtenerse a través de la acción de tutela o de cualquier otro medio que sea adecuado para asegurar la eficacia de lo pactado, según el tipo de acuerdo alcanzado en cada caso particular”[55].

F. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

67. En el marco del Contrato de Concesión, se adelantó la consulta previa entre la ANI, el entonces contratista DEVINAR S.A. y la Parcialidad Indígena “La Laguna Pejendino” (ver supra, Sección I.B). Producto de dicha consulta se alcanzaron 23 acuerdos, de los cuales, las partes reconocen que tres se encuentran pendientes de ser cumplidos (ver supra, Sección I.B, numeral 10). Estos acuerdos, según información suministrada por el Ministerio del Interior tiene naturaleza compensatoria, son los siguientes:

“Acuerdo 6: Compra de 3.5 hectáreas de tierra destinadas a la agricultura y seguridad alimentario una vez DEVINAR S.A. obtenga la modificación de la licencia ambiental.

La comunidad indígena se compromete a ubicar los terrenos, en un plazo máximo de un año. Contactar los vendedores. Asegurar la voluntad de venta.

DEVINAR S.A. realizará la negociación y el pago directo conforme al proceso contractual establecido con la Agencia Nacional de Infraestructura. (El proceso de compra de predio no incluye la solución de las tradiciones)”.

“Acuerdo 8: DEVINAR S.A. implementará un programa de Reforestación con mano de obra de la comunidad.

DEVINAR SA hará la reforestación inicial de 10 Has, en el área de influencia del territorio de valor ancestral de la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino e incrementará según los requerimientos de la licencia ambiental 1365 de 2008 y los de la modificación objeto de la presente consulta previa”

“Acuerdo 10: DEVINAR S.A. garantizará la elaboración de un estudio epidemiológico, en la comunidad ubicada en el corredor vial y los SDM, antes del inicio de obra y al finalizar la etapa de construcción. Este estudio será realizado por el ente competente que para este caso es el Instituto Departamental de Salud de Nariño – IDS”

68. A la fecha, tanto la Comunidad de la Parcialidad Indígena, La Laguna Pejendino como la ANI y el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, reconocen que estos acuerdos se encuentran pendientes de ser cumplidos, ello a pesar de que el proceso de consulta previa inició en el año 2012, cuando se surtió la consulta previa y la protocolización de los acuerdos (ver supra, Sección I.B, numeral 4). No obstante, para esta sala no pasa inadvertido el hecho de que el Contrato de Concesión, fue terminado de mutuo acuerdo entre la ANI y el Concesionario DEVINAR S.A., por lo cual, las obligaciones derivadas del mismo fueron liquidadas, algunas incluso en sede jurisdiccional[56]. Sin embargo, el proceso de consulta previa, no alcanzó la etapa de cierre, ni fue objeto de discusión al momento de la terminación de dicho Contrato de Concesión.

69. No obstante lo anterior, la ANI manifestó a la comunidad de la Parcialidad Indígena La Laguna Pejendino, que las obligaciones pendientes en el proceso de consulta previa no se entendían cumplidas, o terminadas, sino que éstas serían incluidas como obligaciones del próximo contratista que asumiera la ejecución de las obras de concesión Pasto – Popayán (ver supra, Sección I.B, numeral 5). A pesar de ello, la ANI puso de presente que este proyecto se encuentra en estado de estructuración, sin que fuera posible incluir en dicho proyecto los compromisos adquiridos con la Comunidad de la Parcialidad Indígena La Laguna Pejendino, por lo cual, reiteró que estos serán incluidos en “la iniciativa privada Pasto – Chachagüí”[57]. A pesar de lo anterior, para la Comunidad, estas dilaciones son prueba de que “no hay garantías para el cumplimiento de tres acuerdos que son los más importantes para la comunidad para mitigar los impactos causados por un proyecto, ya realizado y en completo funcionamiento”[58]. En efecto, prima facie no se evidencia un incumplimiento de los compromisos adquiridos en el proceso de consulta previa, sino una dilación en su implementación, más aun cuando esta consulta aún se encuentra en fase de seguimiento, por lo cual no ha sido cerrada, y por el contrario, persisten las reuniones entre la Comunidad, la ANI y el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, en aras de garantizar el cabal cumplimiento de dichas obligaciones.

70. De otra parte, tampoco pasa inadvertido para esta Sala que a la fecha se han cumplido 20 compromisos, los cuales corresponden a los siguientes acuerdos:

(a) Realizar un convenio interadministrativo entre el INCODER y el Gobernador de la Parcialidad Indígena la Laguna de Pejendino, para la elaboración del estudio

socioeconómico, jurídico y de tenencia de tierras, para la titulación colectiva de dicha comunidad, para lo cual DEVINAR desembolsará la suma de 40 millones de pesos colombianos, previo el cumplimiento de ciertos requisitos.

(b) DEVINAR S.A. informará sobre los acuerdos de la Consulta a la oficina de Planeación Municipal de Pasto y brindará apoyo documental de acuerdo a sus competencias, a la parcialidad Indígena la Laguna Pejendino, que le permita adelantar trámites para la formulación del POT del Municipio de Pasto.

(c) DEVINAR S.A. reconoce el territorial ancestral de la parcialidad indígena la Laguna Pejendino.

(d) Una vez obtenida la modificación de la Licencia Ambiental, DEVINAR S.A. tendrá un plazo de máximo un mes para entregar a la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino, el documento de caracterización del territorio en cuanto fauna, flora y microorganismos, que fue radicado en la ANLA.

(e) DEVINAR S.A. desarrollará el programa de Capacitación ambiental a trabajadores para el cuidado de la fauna silvestre identificada en el estudio.

(f) DEVINAR S.A. aplicará las medidas ambientales en los sectores intervenidos, las cuales se encuentran contenidas en el PMA de la licencia 1365 de 31 de julio de 2008. [...] cobertura vegetal. Reforestación. Empradización. Rescate de Brinzales.

(g) DEVINAR S.A. se compromete a aplicar el programa de manejo de recurso Agua, el cual se encuentra contemplado en el PMA de la licencia 1365 de 2008. [...] Manejo de aguas de escorrentía. Manejo de aguas doméstica. Manejo de aguas residuales industriales.

(h) DEVINAR S.A. desarrollará el proyecto de cultura vial, el cual se encuentra consignado en el PMA de la licencia 1365 de 2008 en el programa 5.2 programa de gestión social 5.2.7.

(i) DEVINAR S.A. se compromete a divulgar los mitos, leyendas y conocimientos ancestrales de la Parcialidad Indígena la Laguna Pejendino, en una publicación-Separata anual de mil ejemplares dentro de una de las publicaciones trimestrales de DEVINAR S.A. durante la etapa de Construcción y realizar la gestión ante organizaciones no

gubernamentales para que estas apoyen el proceso cultural de la comunidad.

(j) DEVINAR S.A. informará a la comunidad indígena sobre los cultivos o especies nativas tradicionales identificadas en una distancia de 100 metros a cada lado del eje de la vía, con el fin de que la comunidad realice el rescate y reproducción de las semillas tradicionales.

(k) DEVINAR S.A. aportará 2 millones de pesos para que la comunidad realice trabajo de campo de recolección de semillas y posterior reproducción de las mismas en huertas caseras. La comunidad deberá elaborar un firme sobre esta actividad y entregar copia a la empresa.

(l) DEVINAR S.A. participará en la publicación y divulgación de una separata anual de la publicación trimestral de DEVINAR S.A. durante la etapa de construcción con temáticas sobre fortalecimiento organizacional de la parcialidad indígena la Laguna de Pejendino.

(m) DEVINAR S.A. incluirá en el PMA de la Modificación de la Licencia el programa de prospección, monitoreo, rescate y protección de las evidencias arqueológicas bajo los protocolos del INCANH.

(n) Para el caso en que la Comunidad indígena quiera tener o contar con estos rescates, la comunidad deberá realizar la solicitud pertinente al INCANH.

(o) DEVINAR S.A. informará a la comunidad indígena y al INCAH el hallazgo de petroglifos en la zona vial.

(p) La Comunidad hará la solicitud de custodia ante el INCANH de los petroglifos en caso de encontrarse.

(q) DEVINAR S.A. apoyará la gestión de los acuerdos de la Consulta, relacionados con evidencias arqueológicas.

(r) DEVINAR S.A. hará entrega a la parcialidad Indígena la Laguna Pejendino, del informe de prospección arqueológica de la zona de modificación y SDM.

(s) El Plan de Manejo ambiental incluirá los procesos de capacitación (5 Mingas taller,

de duración de un día cada una) el cual será financiado así: DEVINAR S.A. colocará los recursos para alimentación, apoyo audiovisual, sonido para recinto cierre y \$100.000 (cien mil pesos colombianos) para un Sabedor (Profesional Idóneo) por cada minga. En las mingas se tratarán los siguientes temas: Constitución Política (una minga), Participación Ciudadana (una minga), Ley 80 de Contratación Pública (una minga), Ley 715 Sistema General de Participaciones (una minga), otros temas relacionados (una minga).

(t) DEVINAR S.A. contratará mano de obra calificada y no calificada (según el perfil) de 10 personas (si existen) de la parcialidad indígena la Laguna Pejendino para un frente de obra, en la etapa de construcción.

(u) DEVINAR S.A. proporcionará trabajo a mano de obra no calificada y calificada (si existe) a miembros de la comunidad La Laguna Pejendino: antes (si la empresa lo requiere). Durante: (etapa de construcción) y para la etapa de operación y mantenimiento, la comunidad deberá conformar una asociación para prestar el servicio de mantenimiento vial. DEVINAR S.A., hará la contratación y la prorrogación de ésta, dependiendo del cumplimiento de los requisitos técnicos y organizacionales establecidos en los términos contractuales con la ANI.

71. Escapa a la competencia de esta Corte entrar a determinar cuál de estos compromisos tiene una relevancia mayor o menor para la comunidad accionante. No obstante lo anterior, esta Sala tampoco es indiferente al hecho a que dicha dilación en el cumplimiento sea producto de la terminación anticipada y de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión. En efecto, no se está ante un escenario de incumplimiento de los acuerdos de una consulta previa como el analizado por esta Corte en la T-002 de 2017, donde era una entidad del Estado (Alcaldía Distrital de Buenaventura), la encargada tanto del proceso de contratación pública, como de cumplir los acuerdos de la consulta previa. En el presente caso, dichos acuerdos se dan en el marco de un proyecto de infraestructura, en los cuales, el Estado, por una decisión de política pública ha promovido el desarrollo de dichos proyectos a través de esquemas de iniciativa privada, por lo que su estructuración y ejecución se radica en cabeza de un privado, concesionario, fruto de un esquema de distribución de riesgos[59], cuya elaboración es precisamente una de las etapas determinantes para la celebración de dichos contratos de infraestructura, y que corresponde a decisiones tanto legales y de política pública[60], como de viabilidad técnica y financiera.

72. Debe ponerse de presente que el 6 de febrero de 2015, la ANI y DEVINAR suscribieron un acuerdo conciliatorio para la terminación del Contrato de Concesión, en el que se fijó como fecha efectiva de terminación del contrato el 30 de abril de 2015, y que sería hasta aquella fecha en que “DEVINAR ejecutará actividades de obra, gestión predial y socio-ambiental”, y que a partir de dicha fecha “la ANI podrá iniciar procesos licitatorios, de acuerdo, de acuerdo con las políticas estatales, que incluyan tramos actualmente afectos al contrato de concesión 003 de 2006”[61]. Es decir, a dicha fecha concluyó la obligación del concesionario de ejecución de las actividades asociadas a los riesgos socio-ambientales, donde se enmarcan precisamente las obligaciones de consulta previa. Es decir, a dicha fecha no existía un sujeto pasivo de las obligaciones producto de la consulta previa con la Parcialidad Indígena Laguna Pejendino.

73. Como consecuencia de lo anterior, de acuerdo con lo alegado por la Comunidad, el cumplimiento de estas obligaciones corresponde a la ANI. Por lo cual la Sala brevemente analizará las competencias de esta Agencia, a la luz de lo dispuesto en el Decreto 4165 de 2011. En esencia, corresponde a esta Agencia la coordinación, estructuración, coordinación, ejecución, administración y evaluación de proyectos de concesiones, para el desarrollo de la infraestructura:

“ARTÍCULO 3o. OBJETO. Como consecuencia del cambio de naturaleza, la Agencia Nacional de Infraestructura, tendrá 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”.

74. Sin embargo, en el presente caso, la ANI no se encuentra ejecutando directamente un proyecto de infraestructura, siendo ella la responsable de todas las obligaciones asociadas a éste, sino, como da cuenta el acuerdo de terminación anticipada, esta Agencia, en desarrollo de sus competencias, ha actuado como administradora del Contrato de

Concesión, y coordinadora y evaluadora de las estructuraciones de éstos, a tal punto que producto de la terminación se ha procedido a la apertura de nuevas licitaciones, con el fin de continuar con el objeto del entonces Contrato de Concesión.

75. No obstante lo anterior, esta Sala tampoco considera que la ausencia temporal de un concesionario derivado de una terminación anticipada, pueda tener como resultado el incumplimiento total de los acuerdos alcanzados en una consulta previa. En el caso concreto, puede razonablemente afirmarse que no se está ante dicha situación, esto es, ante un escenario de incumplimiento definitivo de los mencionados acuerdos. Según consta en el expediente, la ANI ha venido informando a la comunidad de los trámites que adelanta para la estructuración de una nueva concesión, donde se incorporen dichos acuerdos, de ello da cuenta el acta de la reunión sostenida el 21 de octubre del 2017; así aunque es comprensible la premura de la Comunidad, y su preocupación ante la demora de la ejecución de los tres compromisos pendientes, no puede perderse de vista que la estructuración, contratación y ejecución de proyectos de infraestructura, implican procesos complejos, con etapas definidas por la ley, que comprenden entre otros, negociaciones entre las partes, estudios técnicos, y expedición de documentos de política pública, que no pueden ser obviados y que en ocasiones retrasan la puesta en marcha de dichos proyectos, más allá de lo deseable.

76. Así, luego de analizar el material probatorio que reposa en el expediente, esta Sala concluye que no se evidencia un desconocimiento al derecho a la consulta previa, como tampoco un incumplimiento de los acuerdos alcanzados en el marco del proyecto de infraestructura Rumichaca – Pasto – Chachagüi – Aeropuerto, inicialmente pactados en desarrollo del Contrato de Concesión, en la medida que, el cumplimiento de los mismos se encuentra en proceso de estructuración de nuevos proyectos de iniciativa privada que permitan continuar con las obras.

77. Dicha conclusión se alcanza luego de valorar (i) que el proceso de consulta previa no ha sido cerrado, y que por el contrario, continúa el seguimiento al cumplimiento de los compromisos por parte del Ministerio del Interior, (ii) el hecho que la ANI ha estado presta a responder a las inquietudes de la Comunidad, y (iii) el hecho que la ANI continúa desplegando sus mejores esfuerzos para incluir los compromisos pendientes en la estructuración de los proyectos que continuarán las obras y actividades del terminado

Contrato de Concesión, incluyendo los compromisos socio ambientales que se encuentran suspendidos y pendientes de ejecución con la Comunidad.

78. Ahora bien, habida cuenta de la especial naturaleza que la jurisprudencia de esta Corte, en desarrollo del mandato constitucional de protección a la diversidad cultural, de protección a las comunidades indígenas y tribales, así como en desarrollo de las obligaciones derivadas del Convenio 169 de la OIT, le ha reconocido a los acuerdos alcanzados en procesos de consulta previa, así como del hecho que el derecho fundamental a la consulta previa, que le asiste a las comunidades, no se agota con adelantar dicha consulta, ni siquiera con la protocolización de los acuerdos, sino con su efectivo cumplimiento, esta Sala procederá a advertir a la Agencia Nacional de Infraestructura, siempre que a ello hubiere lugar, que en el proceso de estructuración del proyecto de infraestructura que continuará las obras del corredor “Rumichaca – Pasto – Chahagüi – Aeropuerto”, reajuste los acuerdos pendientes a ser ejecutados con la Parcialidad Indígena de la Laguna Pejendino, en el marco de la consulta previa inicialmente celebrada con dicha Comunidad.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- ACEPTAR el impedimento manifestado por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, para participar en la deliberación y decisión en el proceso de la referencia, y en consecuencia SEPARAR a la mencionada magistrada del conocimiento del proceso.

Tercero.- ADVERTIR a la Agencia Nacional de Infraestructura, siempre que a ello hubiere lugar, que en el proceso de estructuración del proyecto de infraestructura que continuará las obras del corredor “Rumichaca – Pasto – Chahagüi – Aeropuerto”, reajuste los acuerdos pendientes a ser ejecutados con la Parcialidad Indígena de la Laguna Pejendino, en el marco de la consulta previa inicialmente celebrada con dicha Comunidad.

Cuarto.- LIBRAR, a través de la Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través de Tribunal Administrativo de Nariño – Sala de Decisión del Sistema Oral, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con impedimento aceptado

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Ver, Resolución 139 del 4 de diciembre de 2007, de Ministerio del Interior y de Justicia, folios 8 al 10 del cuaderno principal.

[2] Ver, folio 11 del cuaderno principal.

[3] Ver. folios 1 y 2 del cuaderno principal.

- [4] Según consta en el cuaderno principal, folios 16 a 38.
- [5] Según consta en el cuaderno principal, folio 34
- [6][6] Según consta en el cuaderno principal, folio 42
- [7] Ibídem.
- [8] Según consta en el cuaderno principal, folio 2
- [9] Según consta en el cuaderno principal, folio 62.
- [10] Según consta en el cuaderno principal, folio 2
- [11] Según consta en el cuaderno principal, folio 63.
- [12] Según consta en el cuaderno principal, folio 3.
- [13] Ver, cuaderno principal, folio 3.
- [14] Ver, cuaderno principal, folio 69 y 70.
- [15] Ver, Acta de Seguimiento de Acuerdos con la Parcialidad Indígena Laguna Pejendino, en el marco del proyecto Rumichaca, Pasto – Chachagüi – Aeropuerto a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura, suscrita el 21 de octubre de 2017.
- [16] Según consta en el cuaderno principal, folio 73.
- [17] Según consta en el cuaderno principal, fls. 78-79.
- [18] Según consta en el cuaderno principal, fls. 82 a 87.
- [20] Según consta en el cuaderno principal, fls. 128-132.
- [21] Según consta en el cuaderno principal, fls. 177 a 185.
- [22] Según consta en el cuaderno principal, fl. 211.
- [23] Mediante Oficio 2017-701-036814-1 suscrito por Luis Fernando Herrán Sanz.

[24] Por medio del oficio OFI17-44289-OAJ-1400 suscrito por Byron Adolfo Valdivieso, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

[25] Ver, entre otras, sentencias T-119, T-250, T-317, T-446 y T-548, todas de 2015.

[26] Acerca del perjuicio irremediable, esta Corte ha señalado que debe reunir una serie de características, a saber: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables.” Ver, entre otras, sentencia T-896 de 2007.

[27] Al respecto, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 8 establece lo siguiente: “[a]ún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela”.

[28] Ver, sentencia T-795 de 2013, reiterada en la sentencia T-213 de 2016.

[29] Ver, Cuaderno principal folios 7 y 11, en este último la certificación expedida por la coordinadora del grupo de investigación y registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior.

[30] Ver, sentencia C-543 de 1992.

[31] Ver, sentencia SU-961 de 1999.

[32] Ver, sentencia T-246 de 2015.

[33] Enviado el 30 de enero de 2017, como sona en el folio 62 del cuaderno principal.

[34] Ver, folio 63, cuaderno principal.

[35] Ver, sentencia T-211 de 2009.

[36] Ver, sentencia T-222 de 2014.

[37] Ver, sentencia T-651 de 2009.

[38] Ver, sentencia T-589 de 2011.

[39] Ver, sentencia SU-217 de 2017.

[40] Ver, sentencia T-129 de 2011 y T-002 de 2017.

[41] Ello ha sido ratificado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que ha señalado que el mecanismo judicial previsto para solicitar el cumplimiento de acuerdos derivados de las consultas previas es la acción de tutela: “En la medida en que la búsqueda real y efectiva de consensos constituye un fin consustancial de los procesos de consulta previa, los acuerdos logrados con las comunidades étnicas quedan integrados al núcleo fuerte de ese derecho fundamental y resultan por sí mismos obligatorios, con independencia de la denominación o categoría jurídica que se les pueda asignar a las actas o documentos en los cuales se deja constancia de los mismos. Sobre este deber de cumplimiento de lo pactado, la Corte Constitucional señaló lo siguiente en Sentencia T-172 de 2013, reiterada en Sentencia T-005 de 2016: “Será deber de la contraparte, sea de naturaleza pública o privada, facilitar la identificación plena de la afectación o perjuicios, rendir informes consistentes y verídicos sobre los alcances de la obra, proyecto o labor y cumplir cabalmente con los compromisos que se hayan pactado con las comunidades. La falta a cualquiera de esas obligaciones constituirá una vulneración del derecho a la consulta previa y dará paso a que se proceda legítimamente a la suspensión o terminación –si es del caso- de los trabajos.” Por lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado también que las comunidades étnicas tienen derecho a acudir a la acción de tutela para exigir el cumplimiento de los acuerdos logrados en los procesos de consulta previa”. CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290) Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR.

[42] Ver, sentencia T-002 de 2017.

[43] Es necesario aclarar que este mandato no ha sido desarrollado, por lo que se expidió

el Decreto 1953 de 2014 “Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política”.

[44] Convenio denunciado por el Estado de Colombia, el 6 agosto 1992, de conformidad con el mismo instrumento “Artículo 36. 1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

(a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 32, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor”.

[45] Convenio ratificado el 07 agosto 1991 y adoptado en la legislación interno con la Ley 21 de 1991.

[46] Preámbulo del Convenio 169 de la OIT.

[47] Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Organización Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, p.8.

[48] Sentencia C-389 de 2016.

[49] Sentencia SU-097 de 2017.

[50] Ibídem.

[51] Ver, sentencias C-461 de 2008, C-175 de 2009, T-129 de 2011 y T-002 de 2017.

[52] Ver, entre otras, sentencias T-652 de 1998, SU 383 de 2003, T-880 de 2006, T-547 de 2010, T-693 de 2011, T-698 de 2011, T-693 de 2012, T-933 de 2012, T-172 de 2013, T-294 de 2014 y T-436 de 2016, T-704 de 2016, T-002 de 2017.

[53] En similar sentido afirma la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: “El derecho fundamental a la consulta previa comprende la etapa de acuerdos y su

cumplimiento: En los casos en que la consulta cumple su finalidad y se llega a acuerdos con las comunidades étnicas, estos son vinculantes para las partes. Lo anterior, en tanto que las comunidades étnicas deben tener la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención, “no solo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo”. Por ello, cuando hay acuerdos, el proceso de consulta solo se cierra con la verificación de cumplimiento de los compromisos acordados. De ahí que, como expone el organismo consultante, el protocolo de los procesos de consulta previa comprende no sólo las etapas de diagnóstico, pre consulta y consulta, sino también las de protocolización de acuerdos y de seguimiento de los mismos.” Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas, Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290).

[54] Ver, sentencia T-002 de 2017.

[55] Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas, Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290)

[56] Ver, Laudo arbitral de desarrollo vial de Nariño S.A. y DEVINAR S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), del 25 de abril de 2016.

[57] Agencia Nacional de Infraestructura, Oficio 2017-701-036914-1 del 15 de noviembre de 2017, por medio del cual se envían las pruebas solicitadas por esta Corte.

[58] Oficio del 14 de noviembre de 2017, suscrito por José Francisco Vallejo Cussi, por medio del cual se envían las pruebas solicitadas por esta Corte.

[59] La ley 1508 establece, “Artículo 4°. Principios generales. A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal. Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución. Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor

capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”.

[60] Ver, entre otros, documentos CONPES 3760 de 2013, CONPES 3391 de 2005 y CONPES 3762 de 2014.

[61] Ver, Acuerdo Conciliatorio Para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión 003 de 2006, numeral Segundo. Disponible en el SECOP.