

**DIRECCIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE CONSULTA PREVIA****RESOLUCIÓN NÚMERO ST-0662 DE 04 MAY 2023**

“Por medio del cual se resuelve el recurso de reposición presentado en contra la Resolución No. ST- 0020 del 18 de enero del 2023”

EL SUBDIRECTOR TÉCNICO DE LA DIRECCIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE CONSULTA PREVIA (E)

En ejercicio de las facultades legales y reglamentarias en especial, las conferidas en el artículo 16 A del numeral 1 del Decreto 2353 de 2019 y la Resolución 662 de 26 de abril de 2023 y Acta de Posesión de 2 de mayo de 2023 y,

CONSIDERANDO

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

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

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

Que, en consideración con los antecedentes normativos descritos, por medio del presente acto administrativo, se procederá a resolver el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. ST- 0020 del 18 de enero de 2023, *“Sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos, obras o actividades”*.

Que se hará uso de los mandatos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la afectación directa, como requisito de procedibilidad para la determinación de la consulta previa con comunidades étnicas, la cual sido definida en la Sentencia SU-123 del 15 de noviembre de 2018, así:

“La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente”.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

A. ANTECEDENTES

1. De acuerdo con los antecedentes contenidos en el acto administrativo recurrido, a raíz de las afectaciones padecidas por la comunidad indígena Akashkatopo de la etnia Yukpa por las fuertes lluvias y la inundación acaecida en el municipio de Bosconia, departamento del Cesar en el mes de octubre de 2022, este grupo étnico requirió a las entidades del orden nacional: Ministerio de Ambiente, Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, Agencia Nacional de Tierras-ANT, Instituto Geográfico Agustín Codazzi-IGAC, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas-UARIV, Defensoría del Pueblo, para ser atendidas con el fin de abordar las afectaciones, la atención y las reparaciones necesarias a la comunidad de la etnia yukpa.
2. En vista de lo anterior y con el fin de generar espacios de participación y de diálogo reclamados por la comunidad étnica, el Viceministerio para el Diálogo Social, la Igualdad y los Derechos Humanos del Ministerio del Interior convocó a una reunión interinstitucional el 28 de noviembre de 2022.
3. El 28 de noviembre de 2022, conforme con la convocatoria realizada, se llevó a cabo la reunión interinstitucional donde se atendió a la solicitud elevada por la comunidad indígena de la etnia Yukpa, a raíz del evento de inundación de Bosconia acaecido el día 23 de octubre de 2022.
4. Dicha reunión contó con nutrida participación institucional, a saber:

Lilia Clemencia Solano Ramírez	Viceministra	Viceministerio para el Dialogo Social, la Igualdad y los Derechos Humanos
Álvaro Echeverry Londoño	Director	Autoridad Nacional de Consulta Previa
Germán Carlosama	Director	Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías – DAIRM
César Fandiño	Profesional Especializado	Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías – DAIRM
Alfonso Jiménez Echeverría	Subdirector de Gestión	Autoridad Nacional de Consulta Previa
Aleida Pabón Alvarado	Profesional Social	Agencia Nacional de Infraestructura – ANI
José Alain Hoyos Hernández	Profesional Ambiental	Agencia Nacional de Infraestructura – ANI
Patricia López S	Especialista Social	Interventoría Consorcio el Sol
Diana Gavilán	Directora Técnica	YUMA
Ernesto Guttmann	Ingeniero	YUMA
Paola Reyes	Coordinadora	YUMA
Carla Zamora	Contratista	Agencia Nacional de Tierras – ANT
Jana Montoya	Contratista	Agencia Nacional de Tierras – ANT

5. Así mismo, esta reunión contó con la participación de funcionarios de la Concesionaria YUMA y de autoridades, integrantes y asesores de la comunidad étnica perteneciente al pueblo indígena YUKPA, así:

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

Javier Clavijo Franco	Autoridad	Pueblo Yukpa
Alfredo Peña Franco	Gobernador	Pueblo Yukpa
Emilio Ovalle Martínez	Gobernador	Pueblo Yukpa
Jaime Luis Olivella Márquez	Gobernador	Pueblo Yukpa
Alirio Ovalle Reyes	Gobernador	Pueblo Yukpa
Andrés Vence Villar	Gobernador	Pueblo Yukpa
Adolfo Enrique Garceront	Gobernador	Pueblo Yukpa
Cristina Herrera Estrada	Autoridad	Pueblo Yukpa
Pacheco Estrada Meza	Autoridad	Pueblo Yukpa
Arturo Estrada Meza	Autoridad	Pueblo Yukpa
Pastora María López	Autoridad	Pueblo Yukpa
Andrés David Pineda Garrido	Asesor	Pueblo Yukpa
Ginnary Gizeth Pineda Garrido	Asesor	Pueblo Yukpa
Eduard Álvarez Vacca	Asesor	Pueblo Yukpa
Carmen Tulia Quiroz Guzmán	Asesor	Pueblo Yukpa

6. En dicha reunión la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa asumió el siguiente compromiso de realizar una visita de verificación en territorio, con el fin de emitir un plazo de un (1) mes, el pronunciamiento relacionado con la procedencia de la consulta previa.
7. En el marco del cumplimiento del compromiso asumido por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, mediante el oficio **2022-2-002410-025714** del 1 de diciembre de 2022, la Subdirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior **convocó a participar en la visita de verificación**, con el fin de establecer si la **COMUNIDAD INDIGENA YUKPA NUEVA ESPERANZA AKASH KATOPO** podría verse directamente afectada por el desarrollo de las actividades del **“PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”**, localizado en jurisdicción del municipio de Bosconia, en el departamento del Cesar, a cargo de la empresa **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, a las siguientes entidades:
- ✓ Gobernador del Resguardo Indígena Iroka
 - ✓ Agencia Nacional de Infraestructura -ANI
 - ✓ Agencia Nacional de Tierras-ANT
 - ✓ Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA.
 - ✓ Instituto Geográfico Agustín Codazzi -IGAC
 - ✓ YUMA CONCESIONARIA S.A.
 - ✓ Alcaldía Municipal de Bosconia
 - ✓ Procuraduría Regional del Cesar
 - ✓ Procuraduría- Asuntos étnicos
 - ✓ Defensoría del Pueblo Regional Cesar
 - ✓ Personería Bosconia, Cesar.
 - ✓ Defensoría Grupos étnicos.
8. La Subdirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior llevó a cabo la correspondiente visita técnica de verificación en campo entre el 5 y 7 de diciembre de 2022, en cumplimiento de las funciones otorgadas por el Decreto 2353 de 2011, particularmente aquella referida a la determinación de la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la ejecución de proyectos, obras o actividades.
9. La visita de verificación contó con la participación de los siguientes asistentes:

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

MINISTERIO DEL INTERIOR	PROCESO	PLANEACIÓN, DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO Y COMUNICACIONES	VERSIÓN	05
	FORMATO	LISTA DE ASISTENTES	PÁGINA	1 de 3
			FECHA VIGENCIA	18/08/2022

Tema, reunión o actividad: Visita de verificación Ruta del sol sector 3 - Comunidad Yukpa - Akash Katopo
 Responsable u organizador: DANCP Dependencia: Subdirección Técnica
 Ciudad: Bosconia - Cesar Lugar: Alcaldía Bosconia
 Tipo: Comité Junta Reunión Inducción Reinducción Capacitación Actividades de bienestar Otro: ¿Cuál? _____
 Fecha: Día 05 Mes 12 Año 2022
 Hora inicio: _____ Hora final: _____

Nº	NOMBRE(S) Y APELLIDO(S)	No. DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN	ENTIDAD O DEPENDENCIA	CARGO / ROL	CORREO ELECTRÓNICO	TELÉFONO EXTENSIÓN	FIRMA
1	<u>Pau David Herrera</u>	<u>47272942</u>	<u>Intelectoria</u>	<u>Social</u>	<u>social.conce@elbol@gmail.com</u>		<u>[Firma]</u>
2	<u>Rommel Iván Ramirez Quiroz</u>	<u>77031414</u>	<u>Consorcio el sol</u>	<u>Ingeniero</u>	<u>romma@yukpa.com</u>	<u>3135599722</u>	<u>[Firma]</u>
3	<u>Juan Pablo Ramirez Sandoz</u>	<u>79765964</u>	<u>Consorcio el sol</u>	<u>Arbitro</u>	<u>juanpabloramirez@gmail.com</u>	<u>3135522219</u>	<u>[Firma]</u>
4	<u>EDUIN CASTIJA</u>	<u>19792320</u>	<u>Duromerica</u>	<u>Personal</u>	<u>eduardo.castija@duromerica.com</u>	<u>322597621</u>	<u>[Firma]</u>
5	<u>Lorenzo Figueroa</u>	<u>05420613</u>	<u>EPC</u>	<u>Constructivo</u>	<u>l.figueroa@epc.com</u>	<u>31487676</u>	<u>[Firma]</u>
6	<u>Erwin Fuentes</u>	<u>15174965</u>	<u>EPC (Inyector)</u>	<u>Asesor</u>	<u>erwin.fuentes@epc.com</u>	<u>316057462</u>	<u>[Firma]</u>
7	<u>Sebastián Rojas</u>	<u>10162063</u>	<u>EPC</u>	<u>Ing. OT</u>	<u>sebastian.rojas@epc.com</u>	<u>31412654</u>	<u>[Firma]</u>
8	<u>Alexandra Ceballos</u>	<u>07517417</u>	<u>EPC</u>	<u>K. QHSE</u>	<u>alexandra.ceb@epc.com</u>	<u>316057462</u>	<u>[Firma]</u>
9	<u>Sebastián Gutierrez</u>	<u>91153770</u>	<u>EPC</u>	<u>Coordinador</u>	<u>sebastián.gutierrez@epc.com</u>	<u>316057462</u>	<u>[Firma]</u>
10	<u>Daniela Gaitan</u>	<u>32051025</u>	<u>COMC</u>	<u>P-TECNIC</u>	<u>daniela.gaitan@comc.com</u>		<u>[Firma]</u>
11	<u>Luz Maritza Ortega</u>	<u>35262936</u>	<u>Yuma</u>	<u>Jefe social</u>	<u>luzmaritza.ortega@yuma.com</u>	<u>317637666</u>	<u>[Firma]</u>
12	<u>Sabell Cisneros</u>	<u>104571054</u>	<u>YUMA</u>	<u>As. social</u>	<u>sabell.cisneros@yuma.com</u>	<u>317637666</u>	<u>[Firma]</u>
13	<u>Viviana K. Viquez</u>	<u>63540488</u>	<u>YUMA</u>	<u>Coord. Social</u>	<u>viviana.viquez@yuma.com</u>	<u>317637666</u>	<u>[Firma]</u>
14	<u>Ana Milena Franco</u>	<u>1012451212</u>	<u>DANCP</u>	<u>Prof. Esp.</u>	<u>ana.franco@danca.com</u>	<u>32044414</u>	<u>[Firma]</u>
15	<u>Diana Marcela Fajardo</u>	<u>1030540999</u>	<u>DANCP</u>	<u>Contratista</u>	<u>diana.fajardo@danca.com</u>	<u>316100005</u>	<u>[Firma]</u>
16	<u>Daniel Gustavo Torres M</u>	<u>1030559519</u>	<u>DANCP-ST</u>	<u>Contratista</u>	<u>daniel.torres@danca.com</u>	<u>321206785</u>	<u>[Firma]</u>
17							

10. El 22 de diciembre de 2022, la Subdirección Técnica emitió el informe técnico de acuerdo con los criterios de zonas de asentamiento, usos y costumbres, y tránsito y movilidad de comunidades étnicas, de conformidad lo establecido en las directivas presidenciales No. 10 de 2013 y 8 de 2020, en concordancia con lo señalado en la sentencia SU-123 de la H. Corte Constitucional, acerca de las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud, económica, ambiental y ocupacional de las minorías étnicas, y realizado un análisis integral del concepto de afectación directa desde el ámbito ambiental, antropológico, geográfico, arquitectónico y jurídico.

11. Dicho informe técnico concluyó que el proyecto **“PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”** genera afectación a la comunidad indígena Yukpa Nueva Esperanza Akash Katopo, teniendo en cuenta que:

“(i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales.

Si bien la COMUNIDAD INDIGENA YUKPA NUEVA ESPERANZA AKASH KATOPO reconoce a la Serranía del Perijá como su territorio ancestral, a través de los años ha configurado su territorialidad en el asentamiento Nueva Esperanza, lo anterior ante la dificultad de volver al Resguardo Indígena Iroka por los desacuerdos con los “Watillas” o colonos, la falta de tierra y el conflicto armado. Este asentamiento y el desarrollo de sus usos y costumbres en el lugar son interrumpidos por las actividades constructivas del proyecto como son el terraplen y la presencia de maquinaria pesada; dado que esto es considerado como una intromisión en el territorio habitado y ocupado por la comunidad, modificándose la manera en la que ésta ha establecido su modo de vida.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

“(ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento.

En el marco del “PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA” se realizó la construcción de un terraplén sobre el cual se está construyendo un fragmento del Anillo Vial de Bosconia. Esta obra se constituye en una barrera que limita el acceso de las fuentes agrícolas de los miembros de la COMUNIDAD INDÍGENA AKASHKATOPO y por lo tanto imposibilita el acceso a estas, ya que para acceder a estos deben atravesar la vía del proyecto.

“(iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio.

Actualmente, la COMUNIDAD INDÍGENA AKASHKATOPO se encuentra localizada en el Asentamiento Nueva Esperanza, no obstante, a raíz de la inundación han empezado a construir viviendas temporales sobre el terraplén en el cual se están llevando a cabo las actividades constructivas del “PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”.

() Respecto a las zonas de tránsito y movilidad*

Respecto al tránsito y movilidad de la COMUNIDAD INDÍGENA AKASHKATOPO, este se desarrolla por medio de los caminos que se encuentran en el Asentamiento Nueva Esperanza que a su vez conectan con la vía principal del casco urbano de Bosconia. Adicionalmente, para dirigirse desde sus asentamientos a las zonas en donde desarrollan sus cultivos deben atravesar el “PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”, el cual es considerado como vía nacional que en su etapa de operación contará con el alto tránsito de tráfico pesado.

En resumen, como resultado del análisis de los contextos presentados en este informe se concluye que las dinámicas cotidianas y colectivas de la COMUNIDAD INDÍGENA AKASH KATOPO resultan afectadas por la realización de las actividades del “PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”; por lo tanto, se establece que procede Consulta Previa con la COMUNIDAD INDÍGENA AKASH KATOPO para el “PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”.

12. En ese sentido, la Subdirección Técnica determinó mediante la Resolución N° ST-0020 del 18 de enero de 2023, la procedencia de la consulta previa con la **COMUNIDAD INDÍGENA AKASHKATOPO**, perteneciente al pueblo Yukpa, con unidades familiares ubicadas en el municipio de Bosconia, en el departamento del Cesar, registrada mediante la Resolución No. 180 del 26 de diciembre de 2022 de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, para el **“PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”**, localizado en jurisdicción del municipio de Bosconia, en el departamento del Cesar.
13. En dicho acto administrativo se ordenó su notificación a la Comunidad Indígena AKASHKATOPO, a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI y a la sociedad YUMA CONCESIONARIA S.A, la cual se surtió en debida forma.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

14. El 31 de enero de 2023, encontrándose dentro del término legal para hacerlo, la doctora Ximena Mayorga Basto, representante legal de YUMA CONCESIONARIA S.A. (en reorganización), presentó recurso de reposición y subsidiariamente recurso de apelación en contra de la Resolución N° ST-0020 del 18 de enero de 2023, el cual fue registrado en el aplicativo ControlDoc No. 2023-1-002410-005579.

B. ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

La empresa YUMA CONCESIONARIA S.A. (en reorganización) motivó su inconformidad frente al contenido de la Resolución ST-0020 del 18 de enero de 2023, de acuerdo con los siguientes argumentos: 1) Aclaración Previa, 2) La DANCP violó el procedimiento establecido para la determinación de procedencia de la consulta previa y obró sin competencia, por cuanto que dicha determinación no fue solicitada por la ANI ni por YUMA, 3) El Ministerio del Interior certificó la procedencia de la consulta previa, a pesar de que desde hace más de 12 años la había descartado, lo que constituye un manifiesto desconocimiento de sus propios actos, 4) La comunidad Akashkatopo no existía cuando se celebró el contrato de concesión, 5) Los impactos que son tomados como fundamento para ordenar la consulta previa no son consecuencia del proyecto, 6) En cualquier caso, la comunidad Akashkatopo no se encuentra afectado directamente por el Proyecto, 7) Los impactos relacionados con el tránsito de maquinaria se predicen de las comunidades étnicas y no étnicas, en igualdad de condiciones.

Sobre cada uno de los argumentos expuestos esta Subdirección se pronunciará en acápite siguientes.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. Competencia de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

La Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, actúa de conformidad con la Carta Política de 1991, que consagró el reconocimiento y la especial protección de la diversidad étnica y cultural en el país, con la finalidad de dar cumplimiento al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptado en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 21 de 1991, conformando el bloque de constitucionalidad.

De conformidad con lo anterior, la consulta previa surge como un derecho constitucional, mediante el cual el Estado garantiza a las comunidades étnicas afectadas por un proyecto, obra o actividad (en adelante POA), medida legislativa o administrativa, la participación previa, libre e informada sobre el proyecto o medida que se pretenda realizar, buscando que de manera conjunta y participativa se identifiquen los posibles impactos que estos puedan generar, con el fin de salvaguardar la idiosincrasia de las comunidades étnicas que habitan en el país.

Para dar cumplimiento a lo antes señalado encontramos como marco normativo:

- El Decreto 2353 de 2019, crea dentro de la estructura del Ministerio del Interior la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, convirtiéndola en garante dentro del Desarrollo del proceso de consulta previa, con la misión de atender entre otras tareas, la de impartir los lineamientos para la determinación de la procedencia de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan afectar directamente a comunidades étnicas.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

- Específicamente el artículo 4 que modificó el artículo 16 del Decreto 2893 de 2011, modificado por el Decreto 1140 de 2018, que señala las funciones de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior:

“1. Impartir los lineamientos para la determinación de la procedencia de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan afectar directamente a comunidades étnicas”.

Es así como dentro de la competencia fijada por la ley a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, se pueden resumir entre otras en: **I)** La determinación de la procedencia y oportunidad de la consulta previa; y en **II)** Dirigir y coordinar los procesos de consulta previa. Se trata entonces, de competencias que han sido fijadas de manera única y exclusiva a esta Autoridad del Interior, sin que otra autoridad administrativa tenga competencia para ello.

3.2. Del recurso de reposición.

El recurso de reposición constituye un instrumento legal mediante el cual la parte interesada tiene la oportunidad de ejercer el derecho de controvertir una decisión de la administración, para que la administración, previa evaluación, confirme, aclare, modifique, adicione o revoque la decisión. Es decir que el funcionario que tomó la decisión administrativa tendrá la oportunidad para enmendar o corregir un error que se haya presentado en el acto administrativo.

En el capítulo VI de la Ley 1437 de 2011, “*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, se establecen las normas para la presentación, oportunidad y trámite de los recursos de reposición contra los actos administrativos.

Los recursos contra los actos administrativos se encuentran reglados en la Ley 1437 de 2011, así:

“Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque”.

La oportunidad y presentación del recurso de reposición se encuentra en el artículo 76 del mismo Código, así:

“Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión (...)”

Además del plazo para el ejercicio de los recursos, el artículo 77 del precitado Código fija los requisitos que deben cumplir para su interposición con el siguiente texto:

“Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.

Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

1. *Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.*
2. *Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.*
3. *Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.*
4. *Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.*

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si la recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses.

Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente. Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber”.

3.2.1. Revisión de cumplimiento de requisitos formales del escrito de reposición interpuesto por el representante legal judicial de Yuma Concesionaria S.A. en reorganización:

Así las cosas, con relación a los requisitos formales del escrito de recurso de reposición que deben observarse, en el presente caso se puede concluir lo siguiente:

- a. El recurso se interpuso por escrito y está dirigido a la Subdirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.
- b. En cuanto a la oportunidad legal para interponer el recurso, se tiene que una vez verificados los canales de correspondencia y recepción de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa se constató que el recurso de reposición en subsidio de apelación se interpuso dentro de los términos de ley, ya que la Resolución ST- 0020 del 18 de enero del 2023 se notificó el 18 de enero del 2023 y el recurso de interpuso el 31 de enero de la presente anualidad.
- c. El recurrente radicó el recurso de reposición y subsidiariamente recurso de apelación y expone la inconformidad en la decisión emitida en razón a que, en considera, en general, que la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa no podía tramitar oficiosamente la etapa de determinación de procedencia de la Consulta Previa, que con la expedición del acto administrativo recurrido esta Autoridad desconoció sus propios actos, que la comunidad indígena Akashkatopo no existía ni física ni jurídicamente cuando se celebró el contrato de Concesión, que los impactos tomados como fundamento para ordenar la consulta previa no son consecuencia del proyecto, que la comunidad Akashkatopo no se encuentra afectada directamente por el proyecto, que los impactos relacionados con el tránsito de maquinaria se predicen de las comunidades étnicas y no étnicas en igualdad de condiciones y que los impactos relacionados con la inundación no son consecuencia de proyecto.
- d. Teniendo en cuenta que el recurso de reposición y en subsidio de apelación fue presentado por la señora Ximena Mayorga Basto en calidad de representante legal judicial del YUMA Concesionaria S.A., esta Subdirección reconoce que el recurso ha sido presentado por la persona legitimada para este efecto.
- e. Por último, el recurrente indicó la dirección electrónica de notificación, en este caso, los correos electrónicos donde este Despacho puede notificar la presente decisión son: atención.usuario@yuma.com.co y notificacionesjudiciales@yuma.com.co.

Como resultado de lo expuesto, se puede observar que el recurrente cumplió los requisitos establecidos en el artículo 77 de la Ley 1437 del 2011.

3.3. Fundamentos para resolver el recurso de reposición:

3.3.1. Problema jurídico:

Corresponde, entonces, a este Despacho analizar los argumentos expuestos por el recurrente en contra de la Resolución ST-0020 del 18 de enero de 2023, unos de orden procedimental y otros de fondo, conforme se exponen a continuación.

3.3.1.1. Frente a la “aclaración previa” del recurrente:

Con relación al primer punto, esto es, a la aclaración previa, el recurrente manifiesta que no es responsable de la consulta previa que eventualmente pueda derivarse de la determinación de procedencia. Ello por cuanto considera, que el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, celebrado entre el INCO (ahora ANI) y YUMA, no le asigna a esta última ninguna obligación o riesgo relacionado con la consulta previa. Así mismo indica que el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 1682 de 2013 establece que *“Es deber del Ministerio del Interior liderar y acompañar de manera permanente el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas cuando sea requerido para la obtención de la licencia ambiental del proyecto de infraestructura de transporte y la entidad contratante será responsable de los compromisos que se adquieran con las comunidades”*.

En ese sentido, aclara el recurrente que la interposición de los recursos de reposición y apelación obedece a la notificación que se le hiciera del acto administrativo recurrido que *“potencialmente afecta el Proyecto y puede también afectar la ejecución de las obligaciones contractuales y porque en ejercicio de sus deberes de debida diligencia en el marco del Contrato de Concesión, debe adelantar las acciones para mitigar las circunstancias que puedan afectar el Proyecto concesionado. Por tal motivo, dentro del alcance que le corresponde, en calidad de tercero con interés en el procedimiento administrativo, Yuma repone y apela la determinación de procedencia de consulta previa, sin perjuicio de que la ANI haga lo propio en su calidad de responsable frente a la consulta previa”*.

Teniendo en cuenta que este primer punto no corresponde a un reproche frente al contenido del acto administrativo recurrido, este Despacho se abstendrá de pronunciarse frente al mismo.

3.3.1.2. Frente al argumento del recurrente según el cual la DANCP violó el procedimiento establecido para la determinación de procedencia de la consulta previa y obró sin competencia, por cuanto que dicha determinación de procedencia no fue solicitada por la ANI ni por YUMA

En el segundo motivo de inconformidad frente a la Resolución impugnada, el recurrente manifiesta que la DANCP violó el procedimiento establecido para la determinación de la procedencia de la consulta previa y obró sin competencia por cuanto dicha determinación de procedencia no fue solicitada por la ANI ni por YUMA. Explica el recurrente este punto indicando que de acuerdo con lo prescrito en la Directiva Presidencial No. 8 de 2020, que contiene la Guía para la realización del proceso de consulta previa, el primer paso del proceso es la determinación de procedencia de la consulta previa y que de acuerdo con lo prescrito en la mencionada Directiva, esta solo puede ser solicitada por la “entidad promotora” o el “ejecutor del POA”.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

Agrega que ni YUMA ni ANI presentaron la solicitud de determinación de procedencia sino que esta fue expedida de manera oficiosa por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa en cumplimiento de un compromiso acordado en la reunión interinstitucional llevada a cabo el 28 de noviembre de 2022, atendiendo la solicitud elevada por la comunidad indígena de la etnia Yukpa. En ese sentido, considera el recurrente que este Despacho no podía iniciar el trámite de determinación de procedencia de la consulta previa de manera oficiosa pues tal circunstancia no está contemplada en la Directiva 8 de 2020 razón por la cual estima que la actuación oficiosa de la Dirección “*vicia el acto administrativo por haber sido expedido con infracción de las normas en que ha debido fundarse y falta de competencia de la DANCP*”.

Frente a lo anterior es menester realizar las siguientes consideraciones:

Mediante el Decreto 2353 de 26 de diciembre de 2019, se modificó la estructura del Ministerio del Interior y se creó a la Autoridad Nacional de Consulta Previa, estableciendo, en materia de determinación de la procedencia y oportunidad de la consulta previa las que se exponen a continuación.

En cabeza de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa:

ARTÍCULO 16. Funciones de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa. La Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa funcionará con autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica, con arreglo a lo dispuesto en el literal j) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998 y cumplirá las siguientes funciones:

1. Impartir los lineamientos para la determinación de la procedencia de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan afectar directamente a comunidades étnicas.

En cabeza de la Subdirección Técnica de Consulta Previa:

ARTÍCULO 16A. Funciones de la Subdirección Técnica de Consulta Previa. Son funciones de la Subdirección Técnica de Consulta Previa:

1. Determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran.

2. Proponer las directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas frente a la determinación de la afectación directa que pueda derivarse de proyectos, obras, actividades, medidas administrativas o legislativas.

3. Coordinar y desarrollar, bajo las directrices del Director de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, las visitas de verificación en campo que se determinen necesarias para establecer la procedencia de la consulta previa.

4. Expedir y notificar los actos administrativos de procedencia de la consulta previa, según los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

Como ha de observarse, la competencia asignada a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa y a la Subdirección Técnica relativas a la determinación de la procedencia y oportunidad de la consulta previa y la expedición de los actos administrativos correspondientes, no se encuentra supeditada a que la solicitud provenga de la entidad interesada o del ejecutor del proyecto, es decir, que no existe una limitación normativa para que esta Autoridad de manera oficiosa o a solicitud de una comunidad étnica realice el análisis de afectación directa y se pronuncie sobre la procedencia de una consulta previa para la ejecución de un determinado proyecto, obra o actividad o para la adopción de una medida administrativa o legislativa.

Si bien, como lo menciona el recurrente, la Directiva 8 de 2020 establece que para adelantar el trámite para la determinación de procedencia de la consulta previa la DANCP – Subdirección Técnica de Consulta Previa, deberá recibir la solicitud que presente la *entidad promotora* o el *ejecutor del POA*, ello no significa que con tal disposición se esté pretermitiendo la facultad oficiosa de esta Autoridad para pronunciarse frente a procedencia de la consulta previa y mucho menos, para resolver la solicitud que en esta materia hiciera una comunidad étnica, máxime cuando son estas las titulares del derecho a la consulta previa, lo que las legitima para reclamar su garantía.

En ese mismo sentido, es preciso recordar que la profusa jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la consulta previa ha reiterado, en concordancia con el Convenio 169 de 1989 que le corresponde principalmente al Estado, sin perjuicio del deber de diligencia que le compete a los particulares, el deber de respetar y garantizar el derecho fundamental a la consulta previa. Sobre el particular, en la sentencia SU-123 de 2018, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“12.1. Una vez recordados los criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza de la consulta previa y los principios que rigen su procedencia y su forma de realizarse, la obvia pregunta que surge es a quién corresponde respetarla y garantizar su observancia. (Resaltado fuera de texto)

12.2. Conforme a la Constitución y al derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad esencial corresponde al Estado, quien debe no sólo respetar el derecho a la consulta previa, esto es, evitar que sus agentes desconozcan ese derecho, sino también proteger y garantizar ese derecho de los pueblos indígenas incluso frente a actuaciones de los particulares, y en especial de las empresas. Esto significa que es deber del Estado tomar todas las medidas necesarias para amparar ese derecho de los grupos étnicos, lo cual incluye, entre otras, una adecuada demarcación de sus territorios y la existencia de una institucionalidad capaz de asegurar que las consultas sean realizadas en debida forma en aquellos casos exigidos por la Constitución. (Resaltado fuera de texto)”

Ello quiere decir, que si el deber de garantizar el derecho a la consulta previa recae esencialmente en el Estado, la competencia para determinar la procedencia de la consulta previa no se encuentra circunscrita a la solicitud de la entidad promotora o al ejecutor del POA, sino que implica que cuenta con la facultad de hacerlo a ruego de las comunidades étnicas posiblemente afectadas e incluso de manera oficiosa.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

En el caso que nos ocupa, el análisis de determinación de procedencia de la consulta previa y posterior expedición de la Resolución ST-0020 de 2023, tuvo origen en las públicas reclamaciones que hicieron las autoridades del pueblo Yukpa por las posibles afectaciones generadas a las familias pertenecientes a este pueblo indígena asentadas en el municipio de Bosconia en cercanías del proyecto vial “PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”, con ocasión de la inundación sufrida en octubre de 2022, por el desbordamiento de las aguas del antiguo cauce del arroyo Bosconia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el argumento expuesto por el recurrente sobre la falta de competencia de la Subdirección Técnica para pronunciarse sobre la procedencia de la consulta previa para el proyecto vial “PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA no está llamado a prosperar, por cuanto ni la ley, ni los reglamentos, ni la jurisprudencia de la Corte Constitucional limitan la competencia de esta Autoridad para pronunciarse sobre esta materia.

3.3.1.3. Frente al argumento del recurrente según el cual la DANCP desconoció sus propios actos al certificar la procedencia de una consulta previa a pesar de que hace más de 12 años la había descartado.

Indica el recurrente que la Resolución ST-0020 del 18 de enero de 2023 se produjo contrariando la comunicación OF112-0008219-DCP del 4 de mayo de 2012, según la cual la entonces Dirección de Consulta Previa expresamente había descartado la procedencia de la Consulta Previa para el proyecto “PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”, al advertir que el asentamiento del grupo de familias del pueblo Yukpa en el municipio de Bosconia se trataba de un “fenómeno de ocupación temporal por razones de orden público” que no modificaba la certificación de presencia de grupos étnicos para el proyecto ruta del Sol Tramo III y que debía ser atendido “dentro de las vías diferentes a la consulta previa”.

Como sustento de su argumento, el recurrente invoca el “principio constitucional del respeto por los actos propios, el cual se deriva del principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución”, para lo cual alude a las condiciones fijadas por la jurisprudencia constitucional que se requieren para que este principio pueda ser aplicado.

No obstante, tratándose del derecho fundamental y colectivo a la consulta previa, la Corte Constitucional ha señalado que esta garantía es procedente, incluso para proyectos cuya ejecución ha finalizado. No se trata pues, de un desconocimiento del principio de respeto del acto propio ni del principio de buena fe; ocurre que siendo la consulta previa un derecho fundamental que garantiza la pervivencia física y cultural de los grupos étnicos, el deber de adelantar el procedimiento consultivo no desaparece por el hecho de que el proyecto se encuentre en ejecución o ya finalizado cuando se advierte que el mismo es susceptible de generar afectación directa en este tipo de comunidades.

Las certificaciones de presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia de los proyectos (Decreto 2893 de 2011) y los actos administrativos de determinación de procedencia de la consulta previa (Decreto 2353 de 2019), se expiden para las condiciones actuales de los proyectos, obras o actividades, las cuales pueden variar teniendo en cuenta las dinámicas ambientales, sociales, culturales y económicas de los territorios.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

Tiene bien en afirmar el recurrente que en efecto, para el año 2012, época en la que se expidió la certificación que indicaba la no presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, se entendía que el asentamiento de la comunidad Yukpa era de carácter temporal mientras se concertaba una reubicación o incluso el retorno de la comunidad a su territorio. Sin embargo, las dinámicas humanas y sociales revisten un sinfín de complejidades que en el caso concreto impidieron que estas medidas se agotaran y favorecieron que con el transcurrir del tiempo la ocupación temporal se tornara en definitiva.

Cabe recordar que conforme con los antecedentes históricos, la ocupación del grupo de familias del pueblo Yukpa no acaeció de manera voluntaria sino como resultado de un fenómeno de desplazamiento que limitó las posibilidades de lograr que la comunidad accediera a desalojar los terrenos contiguos al proyecto de desarrollo vial. Conforme con los resultados plasmados en el informe de la visita de verificación, con el paso del tiempo la comunidad generó vínculos más estrechos con el territorio ocupado lo que implica que aunque inicialmente el proyecto pudiera no haber generado impactos, afianzadas las relaciones territoriales y las condiciones de vida de las personas y de la comunidad misma en espacio geográfico, es posible, tal y como se determinó, que la operación del proyecto haya generado y pueda seguir produciendo afectaciones directas en la comunidad étnica, máxime si no se prevé en el corto plazo su reubicación voluntaria en otro territorio.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la sentencia SU-123 de 2018 indicó que

17.13. En cuanto a la validez de la certificación que expide el Ministerio del Interior sobre la no presencia de comunidades indígenas y tribales en el área de influencia de un proyecto, esta sentencia precisa que esta no es válida para eximirse de la consulta previa cuando se advierta o acredite una afectación directa a un pueblo étnico. El operador administrativo será responsable en este trámite por incumplimiento de las normas del Convenio 169 OIT.

Esto quiere decir que aun cuando en su momento el Ministerio del Interior haya certificado la no presencia de comunidades étnicas en el área de un proyecto, la misma pierde su validez si se evidencia o acredita una afectación directa a un pueblo étnico, tal y como ocurre en el presente caso, en el que pasados más de doce años desde la certificación emitida por el Ministerio del Interior se advierte que la operación del proyecto vial es susceptible de generación afectación directa, este pronunciamiento pierde validez y debe ser remplazado por otro que dé cuenta de los impactos y afectaciones actuales que padece la comunidad étnica.

Ahora bien, sobre la oportunidad de la consulta previa, la Corte Constitucional en esta misma sentencia explicó que el agotamiento de dicho proceso debe anteceder a la medida o al proyecto que es susceptible de afectar al pueblo indígena y por tanto, antes de que el proyecto haya iniciado. Sin embargo, frente a proyectos en ejecución, como acontece con el caso que nos ocupa, la Corte fue enfática en afirmar que aún en estos eventos persiste el deber de adelantar la consulta previa.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, el reproche endilgado por el recurrente al acto administrativo no está llamado a prosperar.

3.3.1.4. Frente al argumento de la inexistencia de la comunidad Akashkatopo cuando se celebró el contrato de concesión.

Este argumento lo divide el recurrente en dos partes, por un lado, la inexistencia física de la comunidad cuando se celebró el contrato y por otro, la inexistencia

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

jurídica de la comunidad para ese mismo momento. Con relación al primero, esto es, la inexistencia física, indica que para el momento de la licitación pública No. SEA-LP-001-2010, abierta mediante Resolución No.106 de 10 de marzo de 2010, que derivó en la adjudicación del contrato de concesión mediante Resolución No. 289 del 22 de julio de 2010 y posterior celebración del contrato de Concesión, llevada a cabo el 4 de agosto de 2010, no se había producido el desplazamiento de los miembros de la etnia Yukpa. Agrega que, de acuerdo con algunos soportes documentales y con los resultados de la visita de verificación realizada en noviembre de 2022 por la Subdirección Técnica de Consulta Previa, el asentamiento en el predio privado colindante por parte de familias pertenecientes al pueblo indígena Yukpa se dio a partir del año 2012, es decir, de manera posterior al inicio de la ejecución del contrato de Concesión.

Cabe señalar que no le asiste razón al recurrente, porque, tal como se explicó en precedencia, si bien el asentamiento de las familias inició como una ocupación de carácter temporal ante una situación de desplazamiento involuntario que les impedía retornar a sus territorios, con el tiempo las relaciones de la comunidad con este territorio se afianzaron, de tal manera que el asentamiento se tornó permanente.

Así mismo cabe recordar que, de acuerdo con las disposiciones del Convenio 169 de 1989 y con la profusa jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, el elemento que hace procedente el deber de adelantar la consulta previa es el criterio de afectación directa, criterio que debe ser analizado, indistintamente del momento histórico en que esta se produce. En el presente caso resulta indistinto que para la época de apertura de la licitación, de la posterior adjudicación y celebración del contrato de concesión, la comunidad étnica Akashkatopo no se encontrara ubicada en el área de influencia del proyecto, pues actualmente se evidencia que las actividades derivadas del desarrollo vial generan impactos y afectaciones de diversa índole en los elementos que definen la identidad e integridad étnica de la comunidad indígena.

Con relación al segundo argumento, sobre la inexistencia jurídica de la comunidad indígena Akashkatopo, el recurrente afirma que esta no solo no existía físicamente, sino que además no existía jurídicamente pues fue *“solo hasta el año 2022, más de doce años después de la celebración del contrato, aparece la pretensión de que identifique a los Yukpa que están en Bosconia como una comunidad distinta a la del Resguardo Iroka”*. Frente a esta afirmación del recurrente es importante hacer algunas claridades relativas a la función de registro que ostenta la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior.

De acuerdo con el artículo 13 del Decreto 2893 de 2011, le corresponde, entre otras funciones, a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, la de llevar el registro de los censos de población de comunidades indígenas y de los resguardos indígenas y las comunidades reconocidas, de las autoridades tradicionales indígenas reconocidas por la respectiva comunidad y de las asociaciones de autoridades tradicionales o cabildos indígenas y su actualización.

Del mismo modo, la Corte Constitucional¹ ha destacado que en el marco de su autonomía, las comunidades tienen la posibilidad de auto reconocimiento, entendido como el elemento determinante en la identificación de los grupos indígenas y de sus miembros. En ese sentido, la Corte Constitucional² ha sostenido:

“Asimismo, el ordenamiento jurídico colombiano consagra disposiciones que dan cuenta del auto reconocimiento como elemento

¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-172 de 2019, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

² Ibidem

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

principal para la identificación de las comunidades indígenas y la pertenencia de los miembros a dichos grupos. Por ejemplo, el artículo 7.1 de la Ley 89 de 1890 establece la obligación de que el cabildo correspondiente lleve y custodie el censo de la parcialidad; y el artículo 5 de la Ley 691 de 1991[138] que regula las formas de vinculación de los miembros de los pueblos indígenas al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisa que las autoridades tradicionales de cada pueblo elaborarán un censo, que deben mantener actualizado, el cual se registra y verifica por el ente territorial en el que esté asentado el pueblo indígena.

66.- En concordancia con las disposiciones referidas, la jurisprudencia de esta Corporación desarrolló el derecho de las comunidades indígenas a auto identificarse e identificar a sus semejantes como parte de la comunidad. (Resaltado fuera de texto)

El núcleo de este derecho es la fijación del auto reconocimiento[139] como el elemento principal que configura la condición de indígena. Lo anterior, porque el carácter pluralista del Estado, que reconoce la coexistencia de las diversas concepciones del mundo, formas de organización social, usos y costumbres, impide la imposición, desde la concepción de la sociedad mayoritaria, de criterios formales y sustanciales para la definición, determinación e identificación de los pueblos indígenas.

Asimismo, se ha precisado que del derecho en mención se desprenden dos obligaciones concretas para el Estado y la sociedad en conjunto: (i) el reconocimiento de las comunidades indígenas -como sujetos colectivos- y de sus integrantes individualmente considerados-; y (ii) la prohibición de negar arbitrariamente la identidad indígena de las comunidades o sus miembros. (Resaltado fuera de texto).

En ese orden de ideas, el registro que lleva la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, obedece precisamente al derecho que tienen las comunidades indígenas a auto reconocerse como tales, registro que en todo caso es de carácter voluntario, no tiene efectos constitutivos y no determina la titularidad del derecho a la consulta previa.

En el caso particular, la comunidad indígena Akashkatopo responde a la definición de comunidad o parcialidad indígena, que de acuerdo con el Decreto 2164 de 1995, consiste en el “grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes”.

En esa misma línea la sentencia aludida sostiene lo siguiente:

71.- Una de las sentencias que ha abordado con mayor profundidad el auto reconocimiento de las comunidades como criterio que determina su existencia es la sentencia T-294 de 2014[148]. En esta providencia se decidió la acción de tutela formulada por una comunidad indígena que denunció la vulneración del derecho a la consulta por la construcción de un relleno sanitario que afectaba a la parcialidad. En el caso examinado los miembros de la comunidad manifestaron las afectaciones que les generaba el proyecto y a pesar de ello el Ministerio del Interior y el contratista negaron su reconocimiento.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

En relación con el derecho a la consulta previa, la Sala Primera de Revisión indicó que si bien muchas comunidades pueden resultar afectadas por la ejecución de un proyecto, obra o actividad en su territorio, sólo los grupos étnicos son titulares del derecho a la consulta previa. Por ende, es necesario determinar si se está en presencia de este tipo de comunidades.

En concordancia con esa necesidad señaló que el reconocimiento de la identidad étnica es el resultado de un intercambio dialéctico entre quienes aducen su calidad de portadores de una identidad culturalmente diversa y aquellos ante quienes los primeros pretenden hacer valer su alteridad. En este diálogo pueden presentarse discrepancias entre el grupo que reivindica su carácter étnico y diferenciado, y la sociedad mayoritaria, las cuales deben resolverse con base en el principio de auto reconocimiento como criterio prevalente para determinar la condición de indígena. (Resaltado fuera de texto).

Entonces, no le asiste razón al recurrente, pues ni la existencia física ni jurídica de una comunidad étnica depende del registro que de ella haga el Ministerio del Interior, ni del pronunciamiento de los jueces, o de alguna autoridad administrativa haga sobre el particular. Otra cosa distinta es, que para efecto de ejercer ciertos derechos y prerrogativas jurídicas, la comunidad étnica requiera del acto administrativo de registro expedido por la Dirección de Asuntos para Comunidades Indígenas; Rom y Minorías del Ministerio del Interior, sin que ello signifique que la ausencia del registro se equivalente a la inexistencia física o jurídica de una comunidad indígena.

3.3.1.5. Frente al argumento de que los impactos que son tomados como fundamento para ordenar la consulta previa no son consecuencia del proyecto y al argumento según el cual, en cualquier caso, la comunidad Akashkatopo no se encuentra afectada directamente por el proyecto, contenidos en los numerales 5 y 6 del escrito de recurso.

Para defender el primer punto, el recurrente plantea como argumento que “*si en la actualidad existe alguna afectación a las personas de la comunidad que hoy se denomina Akashkatopo ... es claro que la misma no es ni mucho menos consecuencia del proyecto Ruta del Sol del Sector 3, sino de la omisión del Estado de su deber de proteger a las víctimas del conflicto armado en el país, del desplazamiento de las personas de la etnia Yukpa y la posterior ocupación irregular que esas personas hicieron del predio colindante con la vía, y del subsiguiente incumplimiento del Estado de su obligación de adoptar medidas para realizar el reasentamiento de esas personas en un lugar diferente, lo cual causalmente no tiene nada que ver con el proyecto*”.

En resumidas cuentas, considera el recurrente que las afectaciones que pueda haber padecido la comunidad indígena Akashkatopo no tienen origen en el proyecto sino en la falta de atención estatal y la omisión en la adopción de medidas para reubicar a esta comunidad en un predio o un territorio distinto, razón por la cual manifiesta que el proyecto no tiene porqué asumir las consecuencias de la inacción de las autoridades públicas.

Con relación al segundo punto, es decir, que en todo caso, la comunidad indígena Akashkatopo no se encuentra afectada directamente por el proyecto, el recurrente indica que las presuntas afectaciones identificadas por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa “*surgen de meras suposiciones*” de la entidad. En tal sentido, no existe perturbación a las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales, ni sobre las fuentes de sustento e imposibilidad para realizar

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

oficio de los que se deriva el sustento ni hay lugar a un reasentamiento de la comunidad a un lugar distinto.

El recurrente justifica el reproche aduciendo que el acto administrativo recurrido adolece de falta de la carga mínima de evidencia sobre las afectaciones para que proceda la consulta previa pues, citando a la Corte Constitucional, agrega que en materia de consulta previa, la afectación del proyecto sobre la comunidad debe ser directa, actual, verificable. Están proscritas las apreciaciones subjetivas, abstractas sobre las contingencias que podrían ocurrir o no.

Frente a lo anterior, es necesario afirmar que no le asiste razón al recurrente, por cuanto, a diferencia de lo manifestado, como resultado de la visita de verificación en campo, fue posible determinar que el proyecto “RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”, es susceptible de generar afectación directa en los elementos que definen la identidad e integridad cultural de la comunidad étnica, conforme se explica a continuación.

En primer lugar, es preciso recordar que la Corte Constitucional ha reiterado que el criterio de determina la procedencia de la consulta previa es la afectación directa, la cual ha definido como *“el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente”*³.

Precisó además en esta misma sentencia que constituyen eventos de afectación directa, los siguientes:

La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

Uno de los mecanismos con los que cuenta la Subdirección Técnica de Consulta Previa para identificar las posibles afectaciones que la ejecución del proyecto, obra o actividad va a generar en una o varias comunidades étnicas es la visita de verificación. De acuerdo con lo señalado en la Directiva Presidencial 8 de 2020, la visita de verificación en territorio procede en caso de que la información suministrada por la entidad promotora o el ejecutor del POA y consultada por la DANCP - Subdirección Técnica de Consulta Previa *“sea insuficiente para determinar la procedencia de la consulta previa”*. Agrega la mencionada directiva presidencial que *“la visita de verificación en territorio comprenderá una extensión superior al área identificada por la entidad promotora o el ejecutor del POA, que permita determinar posibles afectaciones directas”*, ello atendiendo la comprensión amplia del territorio de las comunidades étnicas.

³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-123 de 2018, magistrado ponente: Alberto Rojas.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

La visita de verificación tiene por objeto realizar un estudio en campo para recopilar información que permita determinar la procedencia de la consulta previa a partir de la identificación de los posibles impactos que el proyecto generó, está generando o puede llegar a producir en las comunidades étnicas identificadas. En la visita de verificación se deben establecer las zonas de asentamiento, usos, costumbres, zonas de tránsito y movilidad, el contexto territorial y las relaciones que se dan en ese entorno de las comunidades étnicas identificadas con el fin de fijar si hay coincidencia entre los contextos geográficos de proyecto y de los grupos étnicos identificados, estableciendo las posibles afectaciones a las mismas.

La visita de verificación debe adelantarse bajo un enfoque diferencial étnico que haga parte del análisis de la información y la actuación de los funcionarios y servidores de esta Autoridad, que busca en el proceso mismo de verificación reconocer los diferentes elementos que componen la integridad e identidad cultural con el fin de preservar los derechos de las comunidades al territorio, a la participación, a la autonomía, entre otros derechos.

Metodológicamente, la visita de verificación en territorio se desarrolla, previa planificación de la misma, a través de distintos instrumentos como la aplicación de encuestas, las entrevistas semiestructuradas, los grupos focales, las cartografías sociales, el registro fotográfico y los diarios de campo. Concluida la visita de verificación, los funcionarios y servidores que adelantaron la visita sistematizan la información recopilada y elaboran un informe de la visita que contiene el análisis de la información y las conclusiones acerca de las posibles afectaciones sociales, culturales, ambientales, económicas y territoriales que puedan tener las comunidades con la implementación de los proyectos, obras o actividades.

En el caso concreto, el informe de la visita de verificación constituyó el insumo fundamental para el análisis de procedencia que fue realizado por la Subdirección Técnica y que concluyó en la determinación de la procedencia de la consulta previa para el proyecto "RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA" con la comunidad indígena Akashkatopo del pueblo Yukpa.

Visto el informe se observa que la visita de verificación cumplió con los requisitos metodológicos, así mismo contiene el análisis de las actividades del proyecto, los impactos al medio biótico y socioeconómico, el análisis antropológico, geográfico, cartográfico y espacial. Igualmente se realizó el análisis del contexto del proyecto y de la comunidad. El resultado del análisis arrojó las siguientes conclusiones:

De acuerdo con la información aportada por la empresa YUMA CONCESIONARIA S.A. referente al "PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3- TRAMO 9 ANILLO VIAL DE BOSCONIA", y la información recolectada en campo durante la visita de verificación a la COMUNIDAD INDÍGENA AKASHKATOPO, se identificó lo siguiente:

- *Los miembros de la COMUNIDAD INDÍGENA AKASHKATOPO provienen del Resguardo Indígena Iroka en la Serranía del Perijá, lugar desde el cual se desplazaron en el 2008 hacia la ciudad de Valledupar y posteriormente en el año 2010 al casco urbano del municipio de Bosconia (Cesar).*
- *En el casco urbano de Bosconia se localizaron en el asentamiento Nueva Esperanza donde con el paso de los años empezaron a construir sus viviendas y a desarrollar sus fuentes de sustento asociadas a la agricultura en terrenos adyacentes a sus asentamientos hasta consolidarse como una comunidad independiente, logrando su registro ante la Alcaldía Municipal de Bosconia (Cesar) el 27 de octubre de 2021 como COMUNIDAD INDIGENA YUKPA NUEVA ESPERANZA AKASH KATOPO.*

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

- *El proceso de consolidación como comunidad independiente se da por el arraigo que se empezó a dar a través de la construcción de viviendas en el asentamiento Nueva Esperanza, el acceso a la educación y salud, la disponibilidad de agua potable, el desarrollo de fuentes de sustento como la agricultura y el bicitaxis, y el nacimiento de nuevas generaciones en Bosconia.*
- *Si bien la comunidad reconoce a la Serranía del Perijá como su territorio ancestral, a través de los años se ha resignificado el asentamiento Nueva Esperanza como su territorio, lo anterior ante la dificultad de volver al Resguardo Indígena Iroka por los desacuerdos con los “Watillas” o colonos, la falta de tierra y el conflicto armado.*
- *Actualmente, la comunidad se encuentra localizada en el Asentamiento Nueva Esperanza, no obstante, a raíz de la inundación han empezado a construir viviendas temporales sobre el terraplén en el cual se están llevando las actividades constructivas del Anillo Vial de Bosconia.*
- *Las principales fuentes de sustento de la Comunidad son el bicitaxismo y la agricultura, siendo la primera desarrollada en el casco urbano de Bosconia, y la segunda en terrenos alquilados adyacentes al área de intervención del proyecto, por lo cual el cual el anillo vial se constituye en una barrera que limita y modifica el acceso a sus cultivos.*
- *Respecto al tránsito y movilidad de la comunidad, este se desarrolla por medio de los caminos que se encuentran en el asentamiento Nueva Esperanza que a su vez conectan con la vía principal del casco urbano de Bosconia. Adicionalmente, para dirigirse desde sus asentamientos a las zonas en donde desarrollan sus cultivos deben atravesar el anillo vial de Bosconia, el cual es considerado como vía nacional que en su etapa de operación contará con el alto tránsito de tráfico pesado.*

Sobre las posibles afectaciones, el informe destacó lo siguiente:

De acuerdo con el análisis antropológico, espacial, cartográfico y geográfico que tiene como base lo establecido en la Sentencia SU-123 de 2018 y de la Directiva Presidencial número 10 de 2013, modificada por la Directiva Presidencial 08 del 2020, se determinó:

- (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales. Si bien la COMUNIDAD INDIGENA YUKPA NUEVA ESPERANZA AKASH KATOPO reconoce a la Serranía del Perijá como su territorio ancestral, a través de los años ha configurado su territorialidad en el asentamiento Nueva Esperanza, lo anterior ante la dificultad de volver al Resguardo Indígena Iroka por los desacuerdos con los “Watillas” o colonos, la falta de tierra y el conflicto armado. Este asentamiento y el desarrollo de sus usos y costumbres en el lugar son interrumpidos por las actividades constructivas del proyecto como son el terraplen y la presencia de maquinaria pesada; dado que esto es considerado como una intromisión en el territorio habitado y ocupado por la comunidad, modificándose la manera en la que ésta ha establecido su modo de vida.*
- (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica;*

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

- (iii) *se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento. En el marco del "PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA" se realizó la construcción de un terraplén sobre el cual se está construyendo un fragmento del Anillo Vial de Bosconia. Esta obra se constituye en una barrera que limita el acceso de las fuentes agrícolas de los miembros de la COMUNIDAD INDÍGENA AKASHKATOPO y por lo tanto imposibilita el acceso a estas, ya que para acceder a estos deben atravesar la vía del proyecto.*
- (iv) *se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Actualmente, la COMUNIDAD INDÍGENA AKASHKATOPO se encuentra localizada en el Asentamiento Nueva Esperanza, no obstante, a raíz de la inundación han empezado a construir viviendas temporales sobre el terraplén en el cual se están llevando a cabo las actividades constructivas del "PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA".*

() Respecto a las zonas de tránsito y movilidad Respecto al tránsito y movilidad de la COMUNIDAD INDÍGENA AKASHKATOPO, este se desarrolla por medio de los caminos que se encuentran en el Asentamiento Nueva Esperanza que a su vez conectan con la vía principal del casco urbano de Bosconia. Adicionalmente, para dirigirse desde sus asentamientos a las zonas en donde desarrollan sus cultivos deben atravesar el "PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA", el cual es considerado como vía nacional que en su etapa de operación contará con el alto tránsito de tráfico pesado.*

En resumen, como resultado del análisis de los contextos presentados en este informe se concluye que las dinámicas cotidianas y colectivas de la COMUNIDAD INDÍGENA AKASH KATOPO resultan afectadas por la realización de las actividades del "PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA"; por lo tanto, se establece que procede Consulta Previa con la COMUNIDAD INDÍGENA AKASH KATOPO para el "PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA".

En ese sentido, resultan inadmisibles los argumentos del recurrente, pues la visita de verificación en territorio constituye en sí misma un mecanismo válido y culturalmente apropiado para establecer las posibles afectaciones que un proyecto puede generar en una comunidad étnica. Del mismo modo, el contenido y las conclusiones del informe de la visita, que fundamenta en gran parte el acto administrativo de determinación de procedencia de la consulta previa, en el presente caso, constituye un medio de prueba con el cual se cumple con la carga de evidencia necesaria para establecer las posibles afectaciones del proyecto sobre la comunidad. No son entonces, meras especulaciones de esta Autoridad ni apreciaciones subjetivas o abstractas sin fundamento probatorio, sino que corresponden a un ejercicio técnico, jurídico y antropológico que no fue desvirtuado por el recurrente.

3.3.1.6. Frente al argumento de que los impactos relacionados con el tránsito de maquinaria se predicen de las comunidades étnicas y no étnicas, en igualdad de condiciones.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

Como sustento de este punto el recurrente afirma que *“la resolución omite analizar los distintos grados de afectación y los distintos grados de participación correspondientes, que la jurisprudencia ya ha establecido”*. Agrega que los impactos generales derivados del tránsito de maquinaria pesada y de manera general de las perturbaciones temporales relacionadas con la construcción de una obra de infraestructura han sido definidos por la Corte Constitucional como afectaciones indirectas y que la sola convivencia de la comunidad con la maquinaria pesada no es una afectación directa ya que esta es una circunstancia que toca a todas las comunidades étnicas y no étnicas que habitan las zonas cercanas al anillo vial de Bosconia.

Frente a este punto, tampoco le cabe razón al recurrente, en tanto la Corte Constitucional ha determinado la procedencia de la consulta previa derivada del tránsito de maquinarias necesarias para el adelantamiento de las obras. En la sentencia T-154 de 2021⁴ la Corte Constitucional también reconoció como afectación directa a la comunidad indígena “Telar Luz del Amanecer” los impactos derivados del tránsito de maquinaria pesada con ocasión de la puesta en marcha del proyecto denominado “Mejoramiento de Vías Terciarias en los municipios de Orito y Valle del Guamuez, en el departamento del Putumayo”. En esa sentencia, el Tribunal Constitucional consideró que la intervención vial derivada del mencionado proyecto “incrementó el flujo de maquinaria y de transporte pesado en la zona, asociado a la ejecución del proyecto” –como lo reconoció el Plan de Manejo de Tránsito, aportado por el Consorcio Craing–, así como el levantamiento de polvo, ruido y excavaciones que generan vibración constante del terreno.

Agregó que dicha circunstancia (el tránsito de maquinaria pesada) afectaba a la comunidad accionante, en los siguientes aspectos:

“Esto afecta (i) la dimensión espiritual de la comunidad, sustentada en el silencio, que le permite conectar a los miembros de la comunidad con los espíritus asociados al territorio que habitan; (ii) la posibilidad de practicar sus ritos sagrados que, en las condiciones en que se ha desplegado la obra, implica mayores trabajos de parte de “el taita”[292], quien en ocasiones no logra concretarse para desempeñar su rol dentro de la comunidad; (iii) la efectividad de los procesos asociados con la medicina tradicional, pues, además de la dificultad que existe para llevar a cabo los ritos asociados a ella, las condiciones en que se efectúa la intervención vial generan una gran circulación de polvo que ha afectado, incluso, las plantas medicinales; y (iv) compromete la calidad del agua con la que cuenta la comunidad, en tanto a las quebradas han llegado residuos que luego deben ser consumidos por sus miembros.

La circulación constante de polvo en la comunidad ha llegado a afectar la salud de las personas, la de los animales con los que conviven, que son parte de la comunidad, y también la integridad de los cultivos. Por ejemplo, tras la intervención vial, el tapabocas es de uso constante y permanente, e incluso debe portarse al interior de las viviendas, con el fin de evitar complicaciones para la salud.

El movimiento constante de maquinaria, implica una disminución en la tranquilidad con la que usualmente la comunidad étnica se desenvolvía en forma cotidiana. Incluso, se han presentado algunos incidentes con la maquinaria empleada, ya que una de

⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-154 de 2021, magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

ellas tumbó uno de sus árboles frutales. Igualmente, supone vibraciones y sonidos molestos que impiden los ritos y la práctica efectiva de la medicina ancestral, quienes han tenido que trasladar muchos de sus ritos, al horario nocturno. Por otro lado, implica que la integridad de los miembros del colectivo se encuentre en riesgo constante, pues deben compartir la vía con maquinaria de construcción por un camino que no tiene el ancho necesario para el paso simultáneo de ambos tipos de agentes viales. Ello, pese a que, como lo reconoció el Ministerio del Interior en el estudio etnológico de la comunidad, “[l]as familias que integran [la comunidad] (...) se encuentran en veredas cercanas que se conectan por vías terciarias que les permiten tener una fácil comunicación entre ellas. Entre estas vías la principal es la que conecta los dos municipios por la vía de Siberia, vereda central entre ambos que pertenece a Orito”[293]. Es decir que la interconexión entre los miembros del conglomerado tribal que formuló esta acción de tutela, depende del uso de los caminos carreteables de la zona, mismos que, en su empleo recurrente, amenazan la integridad de la población indígena en las condiciones en las que es desarrollado el proyecto de infraestructura vial.

(...)

A su vez, se generó un impacto en la expresión espiritual de la comunidad, puesto que se afectó la relación mística con la Pacha Mama en la medida en que, a raíz del paso y la presencia continua de maquinaria, de las excavaciones y del ruido que ello genera, se hizo más esporádica la conexión de la comunidad con sus “espíritus mayores” y dificultó la actividad propia del rol del taita y la efectividad de los procesos que él desarrolla, especialmente aquellos que tienen relación con la medicina tradicional.

(...)

En efecto, de los conceptos técnicos recaudados se destacan como elementos determinantes en la variación de las condiciones de vida del grupo étnico y del relacionamiento de la comunidad con el territorio y con sus “espíritus mayores”, (i) tanto el flujo de los vehículos de carga pesada (volquetas) que operan para el mismo proyecto, - los cuáles levantan polvo, dejan residuos en el aire y hacen ruido excesivo y constante-, como (ii) el hecho evidente de la cercanía entre la vía en transformación y la Casa Cabildo, que es el lugar sagrado de la comunidad “Telar Luz del Amanecer”, en el que se desarrollan todas las relaciones de contenido tanto político, como religioso y espiritual. Condiciones que, en conjunto, dan cuenta de la afectación directa a la comunidad, ya que a raíz del flujo de volquetas y de maquinaria propia del proyecto, se impacta tanto el desarrollo de las actividades en la Cabildo social, como los cultivos, las fuentes hídricas, la movilidad de los peatones, y las casas mismas de los miembros de la comunidad que, construidas en forma rudimentaria y artesanal, conforme sus costumbres, quedan más expuestas a daños ante la intervención mecánica en el territorio”.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

En sentido similar, en la sentencia T-446 de 2021⁵, al analizar la acción de tutela presentada por el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Mindalá contra la empresa Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. y otros por la falta de agotamiento de la consulta previa para la instalación de una antena de telecomunicaciones en el cerro Damiancito en jurisdicción del municipio de Suárez en el departamento del Cauca, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

161. *Asimismo, de conformidad con lo expuesto previamente en esta sentencia, Comcel incumplió con la debida diligencia. A la empresa le correspondía verificar si en el lugar donde instalaría la antena de comunicaciones estaba asentado un grupo étnico que se podría ver afectado directamente con la obra y, en consecuencia, agotar el procedimiento de la consulta previa. Sin embargo, Comcel omitió cumplir esta carga y, pese a la petición de la CM, justificó el incumplimiento de sus deberes en la deficiente actuación del Estado que guardó silencio sobre el particular.*

162. *Todo lo expuesto evidencia que tanto la DANCP como el municipio de Suárez y Comcel contribuyeron a la causación de la afectación directa a la comunidad. Sus omisiones y deficiencias permitieron la construcción de una antena de telecomunicaciones dentro del territorio colectivo de los pobladores de Mindalá sin haberles consultado previamente.*

163. *La intromisión en su territorio con las obras de construcción y con la antena finalmente construida afectaron tanto la tranquilidad de la comunidad como los caminos por los que diariamente transita. De ello hay evidencia en el escrito de tutela. Allí se observan los daños a las carreteras y los puentes por donde se movilizaron los materiales de construcción y la herramienta pesada que utilizó Comcel. (resaltado fuera de texto).*

(...)

167. *La parte actora ha estado asentada en el lugar, aun cuando estas tierras no estén tituladas a favor de aquella. Esto porque el grupo étnicamente diferenciado ha construido una estrecha relación con el sitio que habita y en su cosmovisión lo identifican como una zona estratégica con múltiples significaciones en distintos ámbitos de la vida de esa colectividad. No obstante, la instalación de la antena no les fue consultada pese a que los accionantes lo solicitaron.*

(...)

185. *La Corte concluye que, aun cuando ya finalizaron las obras de construcción de la antena de comunicaciones en el cerro Damián, la realización de la obra sin efectuar la consulta previa, el tránsito de maquinaria pesada por el lugar y el actual funcionamiento del referido artefacto constituye una lesión de la integridad cultural de la comunidad continua vigente en la medida que el uso de su territorio ancestral continúa siendo afectado y limitado.*

⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-446 de 2021, magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

186. *Para la Corte, todo lo descrito ha ocasionado daños materiales e inmateriales a la comunidad. Esta circunstancia desconoce los compromisos adquiridos por el Estado en relación con la protección de los pueblos étnicos. Todo lo anterior significa que se vulneraron los derechos fundamentales del CCCNM, por lo que se dictarán medidas encaminadas a protegerlos.*

De acuerdo con lo anterior, el tránsito de maquinaria pesada para el desarrollo de obras de infraestructura es entendido por la Corte Constitucional como una afectación directa sobre las comunidades étnicas y en tal sentido, determinante de la procedencia de la consulta previa.

3.3.1.7. Frente al argumento según el cual los impactos relacionados con la inundación no son consecuencia del proyecto.

Sobre este último punto, el recurrente aclara que la principal afectación que ha sufrido recientemente la comunidad, es decir, la inundación acaecida en el mes de octubre de 2022, no guarda relación con el proyecto de construcción del Anillo Vial de Bosconia, pues, de acuerdo con un informe elaborado por ANLA “las precipitaciones del 23 y 24 de octubre de 2022 causaron el colapso de unos reservorios existentes construidos de tiempo atrás por las autoridades municipales de Bosconia y las aguas transitaron por el antiguo cauce del arroyo Bosconia lo cual llevó a la inundación que afectó al asentamiento Nueva Esperanza”.

Frente a este último punto, esta Subdirección no habrá de pronunciarse porque, si bien el trámite de determinación de procedencia de la consulta previa para el proyecto en cuestión surgió con ocasión de la inundación que afectó a la comunidad en el mes de octubre de 2022, en el acto administrativo impugnado, esto es, la Resolución N° ST-0020 de enero de 2023, no fueron objeto de controversia ni se endilgaron dichos impactos a la ejecución de las obras adelantadas por YUMA Concesionaria S.A., ni fueron consideradas dentro del análisis de procedencia de la consulta previa para dicho proyecto.

En mérito de lo expuesto, la Subdirección Técnica de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa,

RESUELVE

PRIMERO: No reponer la Resolución No. ST- 0020 del 18 de enero del 2023, “Sobre la procedencia o no de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos, obras o actividades”, relacionada con el proyecto denominado: **“PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 3-TRAMO 9- ANILLO VIAL DE BOSCONIA”**, localizado en jurisdicción del municipio de Bosconia, en el departamento del Cesar.

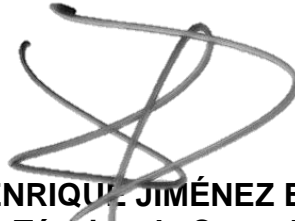
SEGUNDO: Confirmar en todas sus partes la Resolución No. ST- 0020 del 18 de enero del 2023.

TERCERO: Notificar el contenido de este acto administrativo a la Comunidad Indígena AKASHKATOPO, a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, y a la sociedad YUMA Concesionaria S.A., de conformidad a lo establecido en los artículos 67,68, 69 y 71 de la Ley 1437 de 2011.

CONTINUACIÓN RESOLUCIÓN ST-0662 DE 04 MAY 2023

CUARTO: Conceder el recurso de apelación que fuere interpuesto como subsidiario al aquí resuelto, ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, donde se trasladará la actuación para tales efectos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ALFONSO ENRIQUE JIMÉNEZ ECHEVERRÍA
Subdirector Técnico de Consulta Previa (E)

Elaboro: Angelica María Esquivel Castillo. Coordinadora Grupo Actuaciones Administrativas Sub Técnica.	Revisó y Aprobó: Alfonso Enrique Jiménez Echeverría. Subdirector Técnico (E) DANCP
---	---

TRD 2710.4.291
ControlDoc No. 2023-1-002410-005579

Notificación electrónica: atención.usuario@yuma.com.co, notificacionesjudiciales@yuma.com.co, edwar775@hotmail.com, yukpa@resguardoindigenairoka.org, contactenos@ani.gov.co