MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO 23-06-2017 08:32
Al Contestar Cite Este No.: 2017ER0075082 Fol:4 Anex:0 FA:0
ORIGEN JORGE ELIECER GONZALEZ PERTUZ / MINISTERIO DEL INTERIOR
DESTINO 732 -SUBDIRECCION DE PROYECTOS / JOHAN SEBASTIAN MOSQUERA BERNAL
ASUNTO RESPUESTA EXTMI17-25766 DEL 12 DE JUNIO DE 2017
OBS

2017ER0075082

TODOS POR UN NUEVO PAÍS
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

MININTERIOR

Al responder cite este número
OFI17-21304-DCP-2500

Bogotá, D.C., miércoles, 14 de junio de 2017.

Doctor
SEBASTIAN MOSQUERA BERNAL
Grupo de Seguimiento de la Subdirección de Proyectos
MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRITORIO
Calle 18 No. 7-59 piso 6
Bogotá D.C

Asunto: Respuesta **EXTMI17-25766** del 12 de junio de 2017.

(Se envía también vía email: jsmosquera@minvivienda.gov.co)

Respetado Doctor **MOSQUERA BERNAL:**

Acusamos recibido de su comunicación, referenciada en el asunto, en la que solicita *"(…) confirmar si los proyectos relacionados con el derecho de abastecimiento de agua y saneamiento NO requieren consulta previa (…)"*. Sobre el particular nos permitimos manifestar lo siguiente:

La Consulta Previa es un proceso que garantiza el derecho constitucional de participación de los Grupos Étnicos de Colombia, reconocido por el Convenio 169 de Organización Internacional de Trabajo – OIT –ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de1991, para proteger su integridad étnica y cultural antes de iniciar un proyecto, obra o actividad. El artículo 6 señala que:

> *"1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, Los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c)establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".*

La Consulta Previa más que un procedimiento es una obligatoriedad legal y constitucional del Estado Colombiano y de las personas naturales o jurídicas que pretenden desarrollar o ejecutar un proyecto obra o actividad.

El Ministerio del Interior - Dirección de Consulta Previa es la entidad pública encargada de coordinar y garantizar las consultas previas en lo relacionado con actividades, obras o proyectos que llegasen a afectar directamente a los grupos étnicos asentados en nuestro territorio nacional, por tal razón tiene entre otras la función, como lo señala el artículo 16 en el numeral 1, del Decreto 2893 de 2011 de:

> *"Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la Ley"*

Por tal razón, y luego de hacer las anteriores precisiones y sin que exista duda del derecho que les asiste a las comunidades étnicas a ser consultados previamente a la realización de un proyecto, obra o actividad, el debate se debe centrar para el caso concreto, en la necesidad o no de realizar consulta previa, respecto a la construcción de los proyectos: *"AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO"*.

CONSULTA PREVIA PLAN NACIONAL DE DESARROLLO

Es pertinente anotar que el Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1450 de 2011, fue debidamente consultado en las instancias de participación nacional de los representantes de los grupos étnicos nacionales, protocolizándose los acuerdos de dicha consulta en el mes de enero de 2011. Lo anterior cobra relevancia habida consideración que el título III Mecanismos para la ejecución del Plan, capítulo I Convergencia y fortalecimiento del Desarrollo Regional, Artículo 21, dispone: "PLANES DEPARTAMENTALES PARA EL MANEJO EMPRESARIAL DE LOS SERVICIOS DE AGUA Y SANEAMIENTO. La estructuración y funcionamiento de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento -PDA- previstos en el artículo 91 de la Ley 1151 de 2007, se ajustará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta las características locales, la capacidad institucional de las entidades territoriales y personas prestadoras de los servicios públicos, y la implementación efectiva de esquemas de regionalización. PARÁGRAFO 1o. El producto del recaudo de la deuda de municipios y empresas de servicios públicos con INSFOPAL, realizadas según la Ley 57 de 1989 por FINDETER, se destinará exclusivamente al pago de pasivos laborales generados por las personas prestadoras de los servicios públicos liquidadas y/o transformadas, en el marco de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento -PDA-.PARÁGRAFO 2o. Por motivos de interés social y cuando las características técnicas y económicas de los servicios de agua potable y saneamiento básico lo requieran, la Nación podrá implementar esquemas regionales eficientes y sostenibles para la prestación de estos servicios en los municipios de categoría 4, 5 y 6, incluyendo sus áreas rurales, a través de áreas de servicio exclusivo, asociaciones comunitarias de acueductos en las zonas rurales, o de otras figuras, en el marco de la estructura financiera de los PDA, de conformidad con el reglamento (...)".

EL AGUA COMO DERECHO UNIVERSAL

Dentro de los fines esenciales del Estado, conforme al artículo 2° de la C.P, está el de: "...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución", siendo un derecho de los administrados el de gozar del servicio público al agua potable y al saneamiento básico. A su turno la Ley 142 de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios hace referencia en su artículo 2.1 a la obligación del Estado a: "Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final, ´para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios"; igualmente dicha norma, refiere que todos los servicios públicos, de que trata dicha Ley, se considerarán servicios públicos esenciales. (artículo 4°); de la misma manera el artículo 5° ídem, contempla como obligación de los entes territoriales:..."Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio....".

De ahí que el agua, ha sido reconocida como Derecho Humano por la ONU al declarar que el agua potable pura y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos; este organismo internacional insta a los estados y a las organizaciones internacionales a proporcionar recursos y tecnología para ayudar a los países en vía de desarrollo a suministrar dicho servicio de manera limpia, accesible y asequible para todos.

En concordancia con lo anterior, en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General No.15 sobre el derecho al agua. El artículo 1 establece que "El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna". La Observación Nº 15 también define el derecho al agua como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico, así:

"(...) **SUFICIENTE**: El abastecimiento de agua por persona debe ser suficiente y continuo para el uso personal y doméstico. Estos usos incluyen de forma general el agua de beber, el saneamiento personal, el agua para realizar la colada, la preparación de alimentos, la limpieza del hogar y la higiene personal. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona y día para garantizar que se cubren las necesidades más básicas y surgen pocas preocupaciones en materia de salud.

SALUDABLE: El agua necesaria, tanto para el uso personal como doméstico, debe ser saludable; es decir, libre de microorganismos, sustancias químicas y peligros radiológicos que constituyan una amenaza para la salud humana. Las medidas de seguridad del agua potable vienen normalmente definidas por estándares nacionales y/o locales de calidad del agua de boca. Las Guías para la calidad del agua potable de la Organización Mundial de la Salud (OMS) proporcionan la bases para el desarrollo de estándares nacionales que, implementadas adecuadamente, garantizarán la salubridad del agua potable.

ACEPTABLE: El agua ha de presentar un color, olor y sabor aceptables para ambos usos, personal y doméstico. [...] Todas las instalaciones y servicios de agua deben ser culturalmente apropiados y sensibles al género, al ciclo de la vida y a las exigencias de privacidad.

FÍSICAMENTE ACCESIBLE: Todo el mundo tiene derecho a unos servicios de agua y saneamiento accesibles físicamente dentro o situados en la inmediata cercanía del hogar, de las instituciones académicas, en el lugar de trabajo o las instituciones de salud. De acuerdo con la OMS, la fuente de agua debe encontrarse a menos de1.000 metros del hogar y el tiempo de desplazamiento para la recogida no debería superar los 30 minutos.

ASEQUIBLE: El agua y los servicios e instalaciones de acceso al agua deben ser asequibles para todos. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que el coste del agua no debería superar el3% de los ingresos del hogar (...)".

CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y REFERENTES JURISPRUDENCIALES

La consulta previa es un derecho fundamental que le asiste a las comunidades étnicas cuando son susceptibles de verse afectadas en su integridad y autonomía por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad; en tal sentido la jurisprudencia constitucional al referirse al vocablo afectación directa, lo ha definido como: "la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias", capaz de "alterar el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios".

De igual manera, a fin de establecer la procedencia o no de adelantar proceso de consulta previa para la ejecución de los "Planes de agua y saneamiento departamental", es menester tener presente los lineamientos que la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha establecido al respecto: " El derecho fundamental a la consulta previa solo debe agotarse en aquellos casos o eventos en que el proyecto, obra o actividad afecte directamente los intereses de las comunidades indígenas o tribales en su calidad de tales, y no para aquellas actividades que se han previsto de manera uniforme para toda la población, por lo cual, su obligación solo resulta exigible cuando la actividad pueda: "(...) alterar el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios (...)" ,

Precisamente, y en relación con el ámbito temático sobre el deber de consulta previa respecto a las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha reiterado que: "Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha sido enfática en afirmar que la obligación de adelantar la consulta previa no surge frente a toda medida – administrativa o legislativa- que sea susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente" , de lo que se infiere, que este derecho fundamental deberá garantizarse cuando el proyecto, obra o actividad genera

afectación directa sobre los grupos étnicos, por lo cual, en cada caso en particular, es necesario determinar si se altera el status de la comunidad diferenciada.

Al respecto, la Carta Política del 91 protege el ambiente y en particular el agua: "como fuente de vida y como condicionante de la realización de otros derechos fundamentales como el derecho a la alimentación, el derecho a la salud, a la vida, y derechos culturales ligados a prácticas tradicionales e incluso el derecho al trabajo" , del mismo modo el artículo 8° de la Constitución de Colombia señala la obligación del Estado de proteger las riquezas naturales, entre las que se incluye el agua. Por ello, es pertinente indicar que así como el Estado debe cumplir sus fines esenciales, le asiste al ciudadano, el deber de ser solidario con tal menester, por cuanto el principio de solidaridad de que trata la carta política, es un valor constitucional que se constituye en un deber-derecho; esto es que así como a todos los colombianos les asiste el derecho a ser tratados solidariamente, este derecho es correlativo al deber de ser solidarios con el Estado en el cumplimiento de sus fines.

Lo anterior encuentra sustento en el artículo 95 de la Carta Política que dispone: "La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales; 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad".

Así las cosas, la realización de cualquier obra de ingeniería comporta la realización de actividades propias de la misma como son: remoción de tierras, excavaciones, construcción de taludes, construcción de cunetas, perforaciones, entre otras; actividades estas que no pueden tenerse como impactos negativos "per se", en tanto que dichas tareas son ineludibles y sin el desarrollo o ejecución de ellas no es posible la concreción del proyecto.

En el caso particular, para los proyectos: *"AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO"*, comporta en su ejecución actividades propias como son, entre otras: apertura de zanjas, construcción de bocatomas, instalación de redes y canales de conducción, construcción de plantas de tratamiento de aguas negras etc, las cuales son eminentemente temporales y sin ellas no se logra el fin mismo de la provisión del preciado líquido. En síntesis, no pueden tenerse como afectaciones negativas este tipo de acciones, se trata entonces de necesarias, e ineludibles actividades, que pese a generar u obligar medidas provisionales para afrontar esas tareas, imponen el deber pro tempore de solidaridad social para el logro del altísimo cometido público de beneficio social, como lo es el suministro del agua. Lógicamente ha de entenderse

que esas actividades temporales citadas a título enunciativo, que como se indicó son de carácter temporal, deben los ejecutores del proyecto garantizar que no dejan secuelas o daños que a futuro se conviertan en impactos negativos trasladados a la comunidad.

A propósito de la solidaridad, la jurisprudencia ha señalado: "En esta dimensión el principio de la solidaridad se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país. Yendo en el primer caso de lo público hacia lo privado, a tiempo que en el segundo del núcleo familiar hacia el ámbito social, en una suerte de concatenaciones dialécticas que deben tener siempre a la persona como razón y fin último. El deber de solidaridad en cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia y cualificación en la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales, al paso que en cabeza de los particulares el deber de solidaridad es exigible en los términos de ley. (...) Ha sostenido esta Corporación que la solidaridad es un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios".

Lo anterior implica que los ciudadanos universalmente considerados, tenemos el deber solidario de soportar de manera temporal algunas incomodidades que puedan generarse como actividades connaturales de una obra que sea para el servicio de toda la comunidad, sin perjuicio de que una vez se concluya la misma y se brinde el servicio o bien público perseguido, los responsables o ejecutores de la misma, retornen las afectaciones causadas a su statu quo.

CONCEPTO

El Estado Social de Derecho busca la procura existencial de todos los ciudadanos y su vida en condiciones de dignidad es por ello que debe velar por la preservación de los recursos naturales, con el fin de mejorar la calidad de vida de todos y asegurar su subsistencia futura.

Con la ejecución de los proyectos: *"AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO"*, se busca la recuperación de los índices en la calidad de vida de las comunidades, lo que hace evidente la necesidad de aunar esfuerzos por parte de los entes territoriales para que con su intervención se proteja el preciado y vital líquido para la subsistencia humana; lo cual demanda actuaciones inmediatas por parte del Estado, encaminadas a tomar medidas necesarias y obligatorias, tendientes a proteger el elemento natural básico esencial para el ser humano. Por el contrario, la no ejecución del proyecto en comento, conllevaría a posibles afectaciones negativas para las comunidades ya que se pondría en riesgo la salud y el derecho a una vida digna de la población en general.

En tal sentido y en relación con la Consulta Previa para la ejecución de los proyectos *"AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO"*, esta Dirección considera que no es necesario agotar el proceso de consulta previa, y en consecuencia no se requiere elevar la solicitud de certificación de presencia de grupos étnicos, por las razones expuestas y por ser parte de los planes departamentales de agua, de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014; la

cual ya se dijo fue consultada en su oportunidad y examinada constitucionalmente mediante la sentencia C-077 de 2012.

En los anteriores términos damos respuesta a su requerimiento, no sin antes manifestar la disposición, que nos asiste en suministrar o aclarar cualquier información adicional que se requiera.

Cordialmente,

JORGE ELICER GONZALEZ PERTUZ
Director de Consulta Previa

Proyecto: Ángela Salcedo Velásquez
Reviso: Isis Andrea Muñoz Espinosa
Aprobó: Jorge Eliécer González Pertuz

TRD . 2500.510 12