



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: ALCIBIADES ARRIETA Y OTROS.
ACCIONADO: MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS
RADICADO: 70001-23-33-000-2017-00288-00.
INSTANCIA: PRIMERA

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Procede el Tribunal a resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por ALCIBIADES ANTONIO ARRIETA QUINTANA, EDINSON OLE PILA LILIO FRANCISCO MUSLACO DE HOYOS Y HERNANDO BARRETO DE PILA, en contra del MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE ASUNTOS INDÍGENAS ROM Y MINORÍAS Y DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, por la presunta vulneración a su derecho fundamental de petición, debido proceso, consulta previa, igualdad y dignidad humana.

I. ANTECEDENTES.

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA.

Los actores formulan acción de tutela en contra del MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE ASUNTOS INDÍGENAS ROM Y MINORÍAS Y DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, consulta previa, igualdad y dignidad humana.

En amparo de sus derechos, **pretenden:**

- Que el Ministerio del Interior, responda de manera clara, completa, en lenguaje sencillo y de fondo, los derechos de petición que se han

radicado y que ellos no han respondido o lo han hecho de manera incompleta o difusa.

- Que el Ministerio del Interior, envíe una comisión del más alto nivel y con funcionarios que ofrezcan garantía de idoneidad y profesionalismo para que realicen un verdadero proceso de verificación de los casos CAYO DE LA CRUZ y EL LLANO y con ello tomar decisiones que reflejen el restablecimiento de sus derechos, contando con la verificación y acompañamiento de la comisión que deleguen las autoridades de los cabildos indígenas que interponen la acción de tutela, toda vez que no fueron consultados.
- Que mientras se surte el proceso de verificación de los casos solicitados, se ordene al Ministerio del Interior la suspensión de efectos y/o la revocatoria directa de las certificaciones 410, 411 y 412 de 2017, por las irregularidades expuestas en la presente tutela y que dicho Ministerio no atendió oportunamente.
- Que como medida de salvaguarda y protección, el Ministerio del Interior, en acatamiento de lo ordenado por la Corte Constitucional despliegue todas las acciones que sean necesarias para evitar la proliferación de cabildos, en virtud de lo expuesto en la presente tutela y para evitar la alteración del orden público en éstos territorios.
- Que se impartan instrucciones a la Defensoría del Pueblo y Procuraduría General de la Nación, para que sirvan como garantes y acompañen los procesos de verificación de los casos CAYO DE LA CRUZ y EL LLANO.
- Que de las irregularidades que se encuentren en la investigación interna que ha de surtir el Ministerio del Interior y de las que se encuentren en el proceso de verificación, se dé traslado a la Procuraduría General de la Nación para el inicio de las investigaciones disciplinarias y a la Fiscalía General de la Nación en el caso de los delitos que se pudieren haber cometido en contra de los derechos reclamados.

- Que en caso de ser necesario, las autoridades civiles, municipales y de policía tomen las acciones necesarias para garantizar la convivencia y el orden público en sus cabildos.

Como **fundamentos fácticos relevantes** se resumen los siguientes:

En el escrito de tutela, los actores expresaron, que el origen del conflicto se da entorno a irregularidades presentadas con el falso cabildo indígena de Cayo de la Cruz y del autonombrado irregularmente Cabildo del Llano.

Respecto al cabildo "CAYO DE LA CRUZ", afirman, que el 23 de junio de 2016 presentaron al Director de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior un derecho de petición donde denunciaban amenazas por parte de integrantes de la Asociación de cabildos indígenas de San Jorge y la verificación de los documentos legales de dicha asociación, pues personas malintencionadas de los cabildos que la conforman han afectado y afectan gravemente la integridad moral, cultural y física de los familias indígenas que habitan su territorio.

Que en ese entonces informaron, *"que esa gente negocia los puestos de docentes indígenas que otorga la Gobernación de Sucre, amenazan a las compañías petroleras reclamando derechos sobre territorios ancestrales del exclusivo uso de las comunidades indígenas de MonteGrande y Santo Domingo Vidal y amenazan además con atentar contra la integridad de líderes de su comunidad si no acceden a su derecho"*.

Aducen, que le solicitaron al Ministerio información sobre dicha asociación y otros documentos de constitución y demás, que nunca llegaron y los cuales eran importantes para demostrar su verdad indígena respecto de esa gente oportunista.

Manifiestan que, el 14 de febrero de 2017 le escribieron ésta vez al Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, informándole sobre la preocupación por el resultado que se daría por parte de la visita de verificación realizada por la dirección de consulta previa de noviembre de 2016 con respecto a la posible presencia de la comunidad de cayo de la cruz, porque en la vereda solo se encuentra 36 familias que se vinieron desplazadas del cabildo Agua Fría Alto San Jorge y quienes por la acción de gente de junta de acción comunal y políticos que se están haciendo pasar

por indígenas, les arrebataron su identidad como pueblo indígena y los relegaron, quedando ellos con un nombre, una certificación y un censo que no les corresponde, sin recibir respuesta a lo solicitado.

Afirman que, el día 16 de mayo de 2017 presentaron Derecho de petición ante la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, manifestando su incertidumbre y preocupación sobre la certificación de la Comunidad indígena Cayo de La Cruz y requiriendo resolver de manera urgente la situación de reconocimiento de ésta y la Asociación de cabildos San Jorge, ante dicha petición se dio respuesta mediante OFI17-18968-DAI-2200.

Que dicha respuesta expedida por Horacio Guerrero García, Director de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías fue ambigua e incompleta, toda vez que nunca se adelantó una investigación por la petición número 1, siendo que la obligación del Ministerio era verificar el procedimiento para establecer si se ajustaba en derecho, de la petición No.2, nunca se revisaron los listados censales de los que dicen llamarse Cabildo "Cayo de la Cruz" y de los puntos 3 y 4, no fueron revisadas la certificaciones 410, 411 y 412 expedidas el Director de Consulta Previa (e), las cuales están plagadas de irregularidades, pues la forma como realizaron las visitas para justificar esa certificaciones fue manipulada, falsa, mentirosa e irregular y el Ministerio se prestó para eso. En otra de las peticiones se les pidió no convocar a consulta previa a estas personas que falsamente le arrebataron la identidad al verdadero Cabildo Agua Fría Cayo de la Cruz y no obtuvieron respuesta al respecto.

Señalan que, el Ministerio, a pesar de haberles solicitado que se reunieran para hacer ver la farsa, nunca lo hicieron y por el contrario, hicieron una visita en noviembre del 2016 y otra apenas ahora el 30 y 31 de agosto y 1º de septiembre de 2017, para reafirmar que mediante la utilización de una cartografía social como herramienta metodológica a partir del conocimiento empírico y la memorial oral de la comunidad, eludiendo que esa comunidad desde el año pasado le estaba diciendo que eso era una mentira, que estaban en su territorio y que había plata de por medio. Desconociendo además que lo que valía era el censo de Cayo de la Cruz y nunca se tomaron la molestia de tomarlo y contar cabezas, ir a donde estaban las personas y familias que se señalaban en ese censo patrón del año 2007 que es el vigente hasta la fecha.

Que en el año 2016 el 25, 26 y 27 de noviembre, "Polo" y su gente de la Asociación del San Jorge movilizan familias de diferentes veredas llevándolos para hacerlos pasar por miembros del cabildo Cayo de la Cruz en diferentes veredas, que casualmente y de manera estratégica fueron escogidas para hacer ver que ellos estaban dentro del área de influencia de los proyectos de la empresa Canacol.

Aseguran que, por las irregularidades entorno a los temas en los que se encuentra inmersa la comunidad "Cayo de la Cruz" se puede probar la existencia de una falsa e indebida motivación por parte del Ministerio del Interior al emitir un concepto de fecha 18 de abril y casi que de forma paralela, el 26 de abril proferir las certificaciones 410, 411 y 412 del 26 de abril del 2017.

En lo relacionado con la "comunidad indígena el "llano" del cabildo Montegrande", afirman, *"que, este "falso" cabildo, se forma en agosto de 2017 porque antes no estaba; Milton Jiménez era uno de los que hacía parte del "Cabildo Montegrande", fue uno de los que salió a independizarse y hacer un nuevo cabildo, ahí estaba Jorge Peña político, del municipio de San Marcos, quien es un señor que vive en el llano pero que no es indígena y ahora de la noche en la mañana se hace pasar por indígena. Orladis María Olea Flórez también hacía parte del cabildo Montegrande y también salió para hacer un cabildo aparte autodenominado "El Llano". Otros que llegaron al convite del nuevo negocio son José Daniel Arroyo Sabala, que pertenecía a otro cabildo diferente, José Gabriel Castillo Méndez que era de Montegrande, David José Aleman Alian, y otros"*.

Que el cabildo "Montegrande" haciendo uso de su derecho de autonomía y derecho propio para autorregularse y aplicar su jurisdicción y leyes propias decide expulsar a unas personas por disociadores a la comunidad y por querer hacer prevalecer sus propios intereses, de ahí se hacen visitar por una señora Luz Marina Valencia, que dice pertenecer al cabildo "Venecia Urbano de Sahagún Córdoba", pero se sabe que es docente de ese municipio, trayendo una cúpula de abogados para solicitar a la empresa "Canacol" que les otorgue una consulta previa; dicha señora, tiene un movimiento de interés personal de conseguir la certificación y tiene montado es un negocio aprovechando la presencia de esa empresa.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

La acción de tutela fue presentada el 26 de octubre de 2017 (folios 12 y 55), por reparto correspondió al Tribunal Administrativo de Sucre. Conforme nota Secretarial, se le puso en conocimiento de la misma al despacho conductor el 26 de octubre de 2017 (folio 56).

Mediante auto del 27 de octubre de 2017 se admitió la acción, ordenándose la notificación a las autoridades accionadas, y concediéndoles el término de (2) días para que se pronunciaran frente a lo expuesto.

1.2.1. INFORME RENDIDO POR EL MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE ASUNTOS INDÍGENAS ROM Y MINORÍAS (folio 60 a 61).

Expone la entidad en mención, que si dieron respuesta clara, congruente, precisa y de fondo sobre la solicitud planteada mediante el OFI16-000027055-DAI-2200, enviado por correo electrónico a las direcciones concejoancianos@colombia.com y cabildomontegrande@gmail.com el 27 de junio de la misma anualidad.

Igualmente, a la petición del 16 de mayo de 2017 el Ministerio dio respuesta clara, congruente, precisa y de fondo mediante el OF117-18968-DAI-2200 en la cual se señala que la Resolución N° 112 del 24 de agosto de 2017 por la cual se inscribió la constitución de la Asociación de Cabildos Indígenas San Jorge, Etnia Zenú, es un acto administrativo y para poder revocar este acto, como lo solicita el accionante, debe darse uno de los siguientes casos (Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o la Ley, cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona).

Informa la entidad, que para que sea procedente la solicitud de revocatoria directa del acto administrativo por parte del particular interesado, es necesario que concurren dos circunstancias, i. Cuando la causal invocada sea, manifiesta oposición a la Constitución política o la ley, y 2. Que el peticionario no haya interpuesto los recursos que procedían contra el acto y que no haya operado la caducidad para su control judicial.

Si las circunstancias antes mencionadas no se cumplen y se solicita la revocatoria directa de un acto administrativo, la autoridad debe declarar la solicitud improcedente por cuanto es indispensable a la hora de solicitar que se efectúe la revocatoria directa de un acto administrativo revisar la caducidad que se tendría para demandar dicho acto, ya que, cuando el termino de caducidad ya ha operado, se busca salvaguardar el ordenamiento jurídico, en el sentido de que, no se podría revivir la discusión sobre una situación jurídica ya consolidada por el transcurso del tiempo; tiempo que se concedió para que se controvirtiera la decisión plasmada en el acto, sin que el interesado hiciera uso de las herramientas que poseía para ello.

Adicionalmente señalan, que el actuar de ese Despacho siempre estuvo enmarcado a la normatividad legal aplicable y el acto administrativo emitido guarda coherencia y corresponde a los registros y documentos que reposan sobre la Asociación de Cabildos Indígenas San Jorge Etnia Zenú los cuales gozan del principio constitucional de la buena fe, el cual obliga a que las autoridades presuman la buena fe en las actuaciones de los particulares; de lo contrario será necesario entrar a probarla.

Por último argumenta, que no hubo en ningún momento vulneración a los derechos que falazmente esgrime el actor como vulnerados, por cuanto la petición tuvo respuesta oportuna y de fondo acorde a lo establecido en la Ley. Así las cosas, el reclamo del accionante es infundado en relación a esa entidad, toda vez que las actividades se han dado en observancia del Decreto 2893 de 2011 modificado por el Decreto 2340 de 2015 y en el marco de la autodeterminación de las comunidades indígenas.

1.2.2. INFORME RENDIDO POR EL MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA (folio 69 a 72).

Rinde su informe la entidad, aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la acción de tutela, haciendo énfasis, en que, las "asociaciones" son un conjunto de personas naturales o jurídicas, que tiene como finalidad ofrecer bienestar social, a sus asociados o a un grupo social en particular; con uno fines y objetivos distantes de los perseguidos por las comunidades étnicas, luego entonces, el hecho de estar afiliados en una Asociación, no significa que deban ser consultados. De esta manera, el accionante no acredita los criterios que legal y

jurisprudencialmente se hallan establecidos para que se le declare la titularidad de sujetos especiales de proyección.

Indican también, que es cierto, que esa entidad expidió las certificaciones 410,411 y 412, documentos, técnicos que permiten determinar la presencia de las comunidades en el área de influencia de proyecto obra o actividad, pero también es cierto, que el Ministerio, atendió las peticiones formuladas por el hoy accionante, que no sean favorables, y que lleven el pronunciamiento técnico de otras áreas, no significa que no tenga una resolución de fondo a la petición.

Señalan que, con relación a las descripciones, que hace el accionante sobre los procesos de consulta previa, es importante advertir, que todo proceso consultivo tiene una serie de pasos y deben cumplirse con un procedimiento establecido conforme a la Directiva Presidencial 10 de 2013, el cual se resume de la siguiente manera:

- Se inicia con la solicitud del interesado, en llevar a cabo un proyecto, obra, actividad o medida administrativa, a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, de expedir una certificación sobre la presencia o no de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto, obra o actividad. Dentro de dicha solicitud el interesado debe realizar una breve descripción del proyecto, obra o actividad; y debe anexar las coordenadas geográficas o con sistema Gauss que permitan precisar la localización física del proyecto en cuestión.
- Cuando la Dirección de Consulta Previa cuente con esta información, realiza una verificación desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial para identificar si dentro del área del proyecto se identifica la presencia o no de comunidades étnicas.
- Las visitas realizadas, corresponde a un componente técnico, que permite determinar, la ubicaciones de las comunidades en el área de influencia del proyecto, obra o actividad, que si son o no son comunidades, esta competencia recae sobre la Dirección de asuntos indígenas Rom y Minorías, que para el caso en particular, las visitas se realizaron con los parámetros técnicos establecidos para tal fin.

Por último se expone, que esa Dirección mediante OF117-38951- DCP- del 12 de octubre de 2017 y OFI17-27118-DCP-2500 de 24 de julio de 2017, dio respuestas de fondo a las solicitudes formuladas por el hoy accionante, y se remitió conforme a los datos suministrados en su requerimiento.

- Los días 17 de febrero de 2017 con EXTM117-6672 se dio respuesta con OF117-12483-DCP-2500 del 10 de abril del 2017.
- El 16 de mayo de 2017, con el EXTM117-21175 se dio respuesta con OFI17-20217-DCP-2500 del 7 de junio de 2017 y el 6 de julio de 2017.
- A la solicitud EXTML 17-29610, se dio respuesta con oficio No. OFI17-31299-DCP-2500 del 22 de agosto, respetando los términos establecidos por la ley 1755 de 2015 y atendiendo a las solicitudes presentadas por el señor ALCIBIADES ARRIETA QUINTANA, respuestas que fueron remitidas a la dirección de notificación establecida por el accionante correo electrónico: cabildomontegrande@hotmail.com

Los datos utilizados para el envío de la correspondencia, son los mencionados por el peticionario, en tal sentido, se desvirtúan las afirmaciones del accionante y en su lugar solicitan previa valoración de las pruebas aportadas la inexistencia de la responsabilidad por parte de la Dirección de Consulta Previa, pues se configura La carencia actual de objeto por hecho superado, dado que este Ministerio dio respuesta de fondo a la solicitud presentada, en debida forma.

Concluyen manifestando, que la tutela debe ser declarada improcedente, pues no existe prueba de vulneración del derecho a la consulta previa, además, sobre el particular se configura una falta de legitimidad en la causa por activa, pues los actores siendo una asociación y no una comunidad indígena legalmente constituida, no pueden ser tenidos como sujetos de especial protección constitucional, aunado a esto, existe una carencia actual de objeto frente a l derecho de petición, pues se le dio respuesta de fondo a todas las solicitudes presentadas por los actores.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente acción al tenor del artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO. De conformidad con los antecedentes reconstruidos, debe el Tribunal establecer en el caso concreto si *¿en el sub examine, se encuentra demostrada la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, de petición y consulta previa o si por el contrario de conformidad a lo probado en el proceso, existe una inexistencia de vulneración por parte de los entes accionados a los derechos que se presentan como conculcados en la presente acción de tutela?*

Adicionalmente, la Sala estudiará, *¿Si es procedente la acción de tutela como mecanismo subsidiario y excepcional, para controvertir un acto administrativo de contenido particular y concreto, cuando existen medios de defensa ordinarios para ello, de los cuales no existe prueba de haber sido utilizados de forma adecuada y en término, y no se demuestra un perjuicio irremediable, con el cual se acceda a ella como mecanismo transitorio?*

2.3. ANALISIS DE LA SALA Y RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

I. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo introducida a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable,

agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá *"en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo"*.

Se requiere entonces una actuación u omisión de una autoridad estatal como fuente de la vulneración del derecho fundamental, así mismo, que se compruebe que dicha circunstancia es la que genera la agresión al derecho fundamental.

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable¹.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional², ha señalado que, *"la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha -la acción ordinaria."*³

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

Ahora bien, la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales de primera generación, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

³ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

A su vez el artículo 5º y 6º del Decreto 2591 de 1991 exponen:

"Artículo 5o. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante".

Al respecto, ha dicho la Máxima Autoridad de la Jurisdicción Constitucional:

"El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares". Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

...

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003[18] o la T-883 de 2008, al afirmar que "partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)", ya que "sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)"

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, "ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría

constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.”⁴ (Destacado de la Sala).

Por consiguiente, si la acción de tutela tiene por objeto la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales cuando han sido conculcados o enfrentan amenaza, es natural que, en caso de prosperar, se refleje en una orden judicial enderezada a la protección actual y cierta del derecho, de lo contrario y ante la ausencia de pruebas que demuestren la vulneración de un derecho invocado, el instrumento constitucional de defensa pierde su razón de ser y ha de ser despachada desfavorablemente para los intereses solicitados.

En conexión a lo expuesto, debe señalarse que si bien la acción de tutela por su informalidad, trámite sumario y el principio de la buena fe que gobiernan su análisis, goza de algunos privilegios que flexibilizan o aligeran las cargas probatorias, ella no escapa de unos deberes mínimos de gestión o actividad o diligencia de parte de quien afirma la existencia de una vulneración de sus derechos fundamentales, razón por la cual, es importante, traer a colación, las reflexiones expuestas al respecto por la H. Corte Constitucional en sentencia T 131 de 2007, así:

“En diversas ocasiones la Corte ha examinado el tema de la carga de la prueba en sede de tutela. Así, en sentencia T-298 de 1993 esta Corporación, con ocasión de una petición de amparo instaurada por un padre, quien pretendía que su hijo fuese desvinculado de las filas del Ejército Nacional, negó la protección judicial demandada con base en las siguientes consideraciones:

“El artículo 22 del mencionado decreto, “el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”. Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él

⁴CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-130 de 2014. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes".

Siguiendo con esa misma línea jurisprudencial, la Corte en sentencia T-835 de 2000, en el caso de un trabajador, quien alegaba ser víctima de una discriminación en materia salarial en relación con sus compañeros, negó el amparo solicitado por cuanto *"Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación"*.

Así mismo, en diferentes providencias el Tribunal Constitucional ha estimado que, si bien se pueden amparar transitoriamente los derechos de la mujer embarazada cuando el despido amenace su derecho al mínimo vital o el de su hijo que está por nacer, *"la prueba de la vulneración del mínimo vital se convierte en un elemento indispensable para que el juez constitucional adquiera competencia para decidir un asunto como el que ahora se estudia, pues sin esta condición la jurisdicción competente seguirá siendo la ordinaria[1]"*. En igual sentido, en sentencia T-237 de 2001, la Corte señaló lo siguiente:

"el directo afectado debe demostrar la afectación de su mínimo vital, señalando qué necesidades básicas están quedando insatisfechas, para lograr la protección y garantía por vía de tutela, pues de no ser así, derechos de mayor entidad, como la vida y la dignidad humana se pueden ver afectados de manera irreparable.

"En este punto, es necesario enfatizar el hecho de que, no basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del mínimo vital, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez de tutela tener la certeza de tal situación."

Ahora bien, en situaciones muy particulares de especial indefensión, la Corte ha considerado que se invierte la carga de la prueba a favor del peticionario, es decir, que basta con que éste realice una afirmación, teniendo la autoridad pública accionada, o el particular en su caso, el deber de desvirtuarla. En otras palabras se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante. Así por ejemplo, en casos de personas víctimas de desplazamiento forzado, esta Corporación en sentencia T- 327 de 2001 estimó lo siguiente:

"Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. El no conocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental alguna no es prueba de su no ocurrencia. Es apenas prueba de la inmanejable dimensión del problema que hace que en muchas ocasiones las entidades gubernamentales sean desconocedoras del mismo. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado.

Otro tanto ha sucedido en materia de salud en lo atinente a la capacidad de pago de quien demanda, por ejemplo, el suministro de un medicamento excluido del POS. Al respecto, la Corte en sentencia T-1066 de 2006, en una labor de sistematización de las líneas jurisprudenciales existentes en la materia, consideró lo siguiente:

“Precisamente en los casos aludidos, para despejar cualquier interrogante referido a la capacidad de pago del usuario del sistema de salud, esta Corporación ha establecido las siguientes reglas probatorias: (i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad[2].

En suma, quien instaure una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél”

Por ello, la carga mínima de la prueba corresponde a quien instaura la acción, ello bajo el entendido que no se puede amparar un derecho fundamental si no se advierte la confirmación de la vulneración concreta del derecho fundamental invocado, producto de la conducta activa o pasiva del Estado o sus agentes, razón por la cual, se entiende, que las afirmaciones realizadas en el escrito narrativo de tutela deben estar probados para que se tener certeza sobre la vulneración y con ello, activar la protección *ius fundamental* que pregona el mecanismo constitucional.

La H. Corte Constitucional, sin desconocer la oficiosidad probatoria, se ha encargado de estudiar el tema, manifestando al respecto, que el ejercicio de la acción de tutela se encuentra orientado por el principio de informalidad, lo cual supone que el rigor formal propio de otras áreas del derecho procesal no se hace presente en este contexto, teniendo en cuenta que el fin último de este mecanismo constitucional es la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales. **Sin embargo**, este parámetro no debe ser entendido como una patente de corso para que el juez constitucional acceda a todo lo pedido por quien se considera afectado, en virtud de la presunción

de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, **pues la carga mínima que se impone para quien accede a la jurisdicción constitucional, es probar sumariamente la vulneración o amenaza de sus garantías individuales (*onus probandi incumbit actori*)⁵.**

II. DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN.

El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”.

Derecho sobre el cual la Corte Constitucional ha afirmado, que *“es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa y se garantizan otros derechos constitucionales, como el derecho a la información, a la participación política y a la libertad de expresión”*⁶

En reiterada jurisprudencia⁷, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha sostenido, que en la pronta resolución, por parte de la autoridad a quien se dirige la petición, más no en la formulación, que no deja de ser un aspecto formal, es donde este derecho fundamental adquiere toda su dimensión (núcleo esencial) como instrumento eficaz de la participación democrática, ya que así recibe información y hace efectivo el resto de los derechos fundamentales.

En cuanto al núcleo esencial del derecho de petición, la Corte Constitucional⁸ ha señalado que comprende los siguientes elementos⁹: “i) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de

⁵ Sentencia T-808 de 2010.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T 630 de 2002.

⁷ Entre ellas, la Sentencia T- 495 de 1992.

⁸ Ver entre otras las sentencias T-220 de 1994; T-515 de 1995; T-309 de 2000; C-504 de 2004; T-892, T-952 y T-957 de 2004. Ver, Corte Constitucional, sentencia T 207 de 2007. Igualmente consultar T-213 de 2005, T-657, T-658 y T-692 de 2004, T-119 de 1993, T-663 de 1997, T-281 de 1998 de la misma Corporación.

⁹ Ver sentencias T-944 de 1999 y T-447 de 2003. En la sentencia T-377 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, retomada recientemente por las sentencias T-855 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-734 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-915 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras, se delinearon algunos supuestos fácticos mínimos del derecho de petición, que han sido precisados en la jurisprudencia de esta Corporación, mediante sus diferentes Salas de Revisión.

tramitarlas (núcleo esencial)¹⁰; ii.) Una respuesta que debe ser pronta y oportuna, es decir otorgada dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, así como clara, precisa y de fondo o material, que supone que la autoridad competente se pronuncie sobre la materia propia de la solicitud y de manera completa y congruente, es decir sin evasivas, respecto a todos y cada uno de los asuntos planteados y iv.) Una pronta comunicación de lo decidido al peticionario, independientemente de que la respuesta sea positiva o negativa, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido”.

En esa dirección, la respuesta que se entregue, debe resolver de manera precisa y completa el escrito sometido a su consideración¹¹ y, por ende no se considera satisfecho este derecho, cuando la administración da respuestas evasivas o se limita a la simple afirmación que el asunto se encuentra en revisión, porque “el derecho de petición se materializa cuando la autoridad requerida, o el particular en los eventos en que procede, emite respuesta a lo requerido, respetando el término concedido para tal efecto. Sin embargo, esa garantía no sólo implica que la solución al petitum se emita dentro del plazo oportuno, sino que dicha respuesta debe: **i) ser de fondo,** esto es, que resuelva la cuestión sometida a estudio, sea favorable o desfavorablemente a los intereses del peticionario; **ii) ser congruente** frente a la petición elevada; y, **iii) ser puesta en conocimiento del solicitante.** Entonces, si la respuesta emitida por el ente requerido carece de uno de estos tres presupuestos, se entenderá que la petición no ha sido atendida, conculcándose el derecho fundamental”¹²

Quiere decir lo anterior que el derecho de petición se satisface sólo con las respuestas, que deciden, que concluyen, que afirman una realidad, que satisfacen una inquietud, u ofrecen certeza al interesado (Sent. T-439 de 1998). Por lo tanto, se revela vulneración de este derecho constitucional, cuando no hay respuesta a la petición formulada o cuando su resolución es tardía.

¹⁰ Es abundante la jurisprudencia existente sobre el núcleo esencial del derecho de petición. Se pueden consultar, entre las más recientes las siguientes: T-091, T-099, T-143, T-144, T-144 y T-1099 de 2004.

¹¹ Ver sentencia T -166 de 1996, donde se señaló: “...ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de sostener que el derecho de petición no se ve satisfecho simplemente porque la autoridad ante la cual se eleva la solicitud se limite a responder y menos a acusar recibo, sino que debe producirse una respuesta que guarde relación con lo solicitado, sin que ello implique necesariamente, que ella deba ser favorable; es decir, que el funcionario competente está en la obligación de analizar a fondo la petición para emitir una respuesta que guarde relación directa con lo solicitado en la misma”

¹² Corte Constitucional, sentencia T 490 de 2007.

Ahora bien, la norma superior (Art. 23) no estipuló dentro de qué término las autoridades deben resolver prontamente, pero dicho tiempo o período para obtener la respuesta le fue dejado a la ley, que por regla general está dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015, que establece un plazo de quince (15) días para dar respuesta a las solicitudes de contenido particular, diez (10) días, para solicitar documentos e información y treinta (30) días para solicitudes relacionadas con consultas. En caso de no recibirse respuesta de fondo por parte de las autoridades dentro del término señalado, se vulnera el derecho de petición constitucionalmente protegido.

La Ley 1755 de 2015, al respecto estableció:

Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo [23](#) de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, **se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.**

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado, o de persona mayor cuando se trate de menores en relación a las entidades dedicadas a su protección o formación.

Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto. (NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO).

En ese orden, se tiene claro que, la respuesta puesta en conocimiento, debe resolver de fondo el asunto, atendiendo a los principios de suficiencia, congruencia y efectividad del derecho de petición, lo que no quiere decir que la misma tenga que ser positiva frente a lo solicitado, basta con que la misma resuelva materialmente y satisfaga la necesidad, con sujeción a los requisitos antes mencionados

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA- Elementos que se deben configurar para alegar su vulneración.

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, fue establecido en 1989 por la OIT mediante el Convenio 169¹³, instrumento que ha sido incorporado paulatinamente a la legislación interna de los países latinoamericanos mediante leyes o resoluciones.

En Colombia, a través de la Ley 21 de 1991, se aprobó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo OIT., realizada en Ginebra -Suiza en 1989, mediante este mecanismo, fueron reconocidas las entidades territoriales indígenas (art. 239) así como la autoridad jurisdiccional en sus territorios (art. 246) y el ejercicio de su gobierno propio conforme a sus usos y costumbres (art. 330). De forma particular se estableció que en el caso de explotación de recursos naturales existentes en sus territorios, esta se haría sin desmedro de su integridad cultural, social y económica y que toda decisión adoptada respecto de dicha explotación debería contar con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas (art. 330).

Este mandato fue reproducido en la ley que diseñó el Sistema Nacional Ambiental, la Ley 99 de 1993, haciendo explícito por medio del artículo 76, que todas las decisiones sobre la explotación de recursos naturales en territorios de comunidades indígenas y negras "*se tomarán previa consulta a los representantes de tales comunidades*".

¹³ Ver artículo 13 y 14 del precepto legal.

Posteriormente y frente a la necesidad de reglamentar de manera especial la consulta previa a las comunidades indígenas y negras tradicionales mediante un procedimiento específico que permita a las autoridades ambientales ejercer su competencia en esa materia fue expedido el Decreto 1320 de 1998, conforme a este instrumento la consulta previa se orienta a analizar tanto el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o afrocolombiana por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.

A su vez, mediante el artículo 7º y 330 de la C.P., se reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana como principio fundamental proyectado desde el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República, y de igual manera, las comunidades indígenas son definidas como conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales y la participación de los representantes de las comunidades indígenas en la toma de decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales de sus territorios.

Así las cosas, con la entrada en vigencia de la ley 99 de 1993, la cual estipuló en su artículo 76, que *"La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades"*, se comenzó a legislar sobre el tema del medio ambiente, y como se anotó, estos postulados son correlativos con los de la Ley 70 que prevé la realización de consultas a las comunidades afrocolombianas en cuatro eventos: **(i)** en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades afro que desarrollen prácticas tradicionales (artículo 22); **(ii)** en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (artículo 38); **(iii)** en la conformación de la "unidad de gestión de proyectos" que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación,

formulación, ejecución y evaluación de proyectos (artículo 58); y **(iv)** en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere la ley. Estos preceptos reconocen entonces el derecho fundamental de las comunidades a la consulta previa de cualquier decisión susceptible de afectarles directamente¹⁴.

Adicionalmente a lo anterior, conviene aclarar que, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1320 de 1998¹⁵ y en el Decreto Ley 2893 de 2011¹⁶, **el Ministerio del Interior es la entidad competente para certificar sobre la existencia y representación de un grupo étnico en determinado territorio.**

En ejercicio de la autonomía que se deriva de la Constitución Política, las comunidades étnicas tienen derecho a establecer sus propias formas de organización y sus sistemas de autoridad, gobierno y representación. En tal virtud, las comunidades indígenas conforman cabildos¹⁷ y las comunidades negras hacen lo propio mediante los llamados consejos comunitarios¹⁸. En todo caso, para cada una de esas formas de organización, la comunidad elige una o varias personas, según el caso, a fin de que representen sus intereses.

¹⁴ Ver Sentencia T-193 de 2011. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

¹⁵ "ARTÍCULO 3o. IDENTIFICACIÓN DE COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido (...)" (subrayado fuera del texto original).

¹⁶ "ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA. Son funciones de la Dirección de Consulta Previa, las siguientes:
(...)

4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.

5. Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos.

6. Verificar, antes del inicio de cualquier proceso de Consulta Previa, con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías, y de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, los registros actualizados de la representación legal de las autoridades de los grupos étnicos y conformación legítima de los espacios de concertación propios de cada uno de ellos (...)"

¹⁷ "Ley 89 de 1890. Artículo 3º. En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño cabildo nombrado por éstos, conforme sus costumbres (...)"

¹⁸ "Decreto 1745 de 1995. Artículo 3º. Definición. Una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad (...)"

De manera que, cuando se reclama la protección de un derecho fundamental cuyo titular es un determinado grupo étnico, como la consulta previa, es necesario **i)** que el Ministerio del Interior certifique sobre la existencia y representación de la comunidad étnica, y **ii)** que la solicitud de tutela sea presentada por el representante de la respectiva comunidad étnica¹⁹. De esa forma el juez de tutela no solo adquiere certeza sobre la presencia de un grupo étnico en determinado territorio, sino que también se asegura de que la persona que presenta la solicitud de amparo esté legitimada para hacerlo, esto es, que esté habilitado para pedir la protección de los derechos fundamentales en representación de toda la comunidad²⁰.

La Consulta Previa, fue definida por la H. Corte Constitucional como:

*"Un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país."*²¹

Para el tratadista JOHN JAIRO MORALES ALZATE, la consulta previa es:

*"Un derecho que poseen las comunidades étnicas o también denominadas sujetos colectivos de protección especial, reconocidas y protegidas constitucionalmente, cuya finalidad es la salvaguarda y preservación de su identidad étnica, cultural, social y económica, fundada en la garantía de la participación de eventuales medidas legislativas, administrativas, obras, proyectos o actividades que afectan directa y específicamente su integridad o subsistencia como grupo social."*²²

Sobre la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas por medio de la figura de la Consulta Previa, ha precisado el Máximo Rector de la Jurisdicción Constitucional:

"Esta protección implica un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que sean identificados,

¹⁹ En los asuntos relacionados con el derecho a la consulta previa, la Corte Constitucional siempre revisa que la comunidad étnica esté reconocida como tal y que la persona que instaura la acción de tutela esté legitimada para hacerlo. Por ejemplo, en la sentencia T-116 de 2011, magistrado ponente: Humberto Sierra Porto, verificó que la comunidad indígena paez de La Gaitana existía y que la señora Marciana Quira Calapsu, que interpuso la tutela, ostentaba la calidad de representante de esa comunidad.

²⁰ Al respecto se puede consultar, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO. ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Sentencia del 10 de diciembre de 2015. Radicado. 70001-23-33-000-2015-00197-01(AC).

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-154 de 2009. M. P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

²² MORALES ALZATE, John Jairo. La Consulta Previa un Derecho Fundamental. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2014. Tomo II, p. 101 y ss.

participativamente, los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país. Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave en la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible.

Así, los procesos de consulta, que constituyen una específica forma de participación democrática, se encuentran regulados en el artículo 330 superior, con un sustento adicional en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, el cual fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todo el mundo, siendo preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de tales pueblos son permanentes y perdurables, dado el interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado”

(,,)...

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ha expresado que es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades étnicas minoritarias de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación cultural; cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por medio de la acción de tutela, en razón a la importancia y significación para la defensa de la identidad e integridad social y a su condición de mecanismo de participación²³”.

Respecto a las características del derecho a la consulta previa, señaló la H. Corte Constitucional, mediante sentencia T-172 de 2013, Magistrado Ponente Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO:

“La Corte ha destacado que el derecho fundamental a la consulta previa tiene sustento constitucional en la visión pluralista de nuestra sociedad, en la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables o personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 CP); en la diversidad étnica que prescribe el respeto de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación (artículo 7º CP) y en el mandato que rechaza la imposición de la forma de vida mayoritaria (artículo 70 CP).

En la sentencia T-129 de 2011 se desarrolló la línea jurisprudencial en la que se fijaron algunas hipótesis de protección alrededor del derecho respecto a las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizal, palenquera y gitana. En el relato incluido allí y siguiendo el argumento del capítulo anterior, se advirtió que la acción de tutela no pierde alcance o vigencia respecto de esa atribución constitucional cuando la obra que afecta a la población ya se ha ejecutado (sentencia T-652 de 1998) o cuando las decisiones que perjudican a una comunidad están implementándose (SU 383 de 2003 y T-955 de 2003). En lo que se refiere a la primera, se explicó lo siguiente:

“En el asunto resuelto en la Sentencia T-652 de 1998 la Corte procedió a estudiar el caso de la comunidad Embera-Katío del Alto Sinú, la cual alegaba que en la expedición de la licencia ambiental que autorizó la construcción de la hidroeléctrica Urrá (1) en el río Sinú se había pretermitido el trámite de consulta previa. En esta oportunidad la Corte se pronunció sobre el derecho a la integridad territorial y el dominio sobre el resguardo; el derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena; a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas; la consulta para el llenado y funcionamiento de la represa; el derecho al mínimo vital y cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental a una agraria de alto impacto y menor productividad; las autoridades Embera-Katío del Alto Sinú y la

²³CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1045A de 2010. M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

representación de ese pueblo y sobre las formas tradicionales de organización y cabildos.

Debido a que la obra ya se había ejecutado y a las problemáticas derivadas de la misma, la Corporación resolvió ordenar la indemnización a la comunidad, la unificación del resguardo, la concertación del régimen especial en salud de los afectados, la supervivencia de la comunidad y el etnodesarrollo de los afectados, entre otras medidas."

Asimismo, en la sentencia T-129 de 2011 la Corte evidenció que el alcance del derecho a la consulta previa se extiende a todas las células que componen una comunidad. Para este efecto, resumió el siguiente caso:

"Posteriormente, en la Sentencia T-737 de 2005 la Corte examinó la problemática relacionada con la decisión administrativa de la alcaldía municipal de Mocoa (Putumayo) que afectaba a la comunidad indígena Yanacona Villamaría de Mocoa, la cual había solicitado a dicha autoridad el cumplimiento con lo señalado en el artículo tercero de la Ley 89 de 1890[11] relativo al reconocimiento como cabildo. No obstante, dicho funcionario no accedió a tal petición por cuanto previamente ya había efectuado un reconocimiento a otras autoridades de ese Cabildo Indígena Yanacona Villamaría. El accionante señalaba que dicho "cabildo y autoridades reconocidas" correspondía en realidad a un grupo de familias que se separaron de su parcialidad indígena y que de manera abusiva habían usurpado su nombre y su derecho como cabildo.

La Corte se pronunció sobre la protección constitucional a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y encontró que en efecto no se había consultado de forma previa por parte del Alcalde de Mocoa a los dos grupos de la misma parcialidad indígena del Pueblo Yanacona, en los términos señalados por la Ley 21 de 1991, por lo que halló vulnerados los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural y al debido proceso de los accionantes. Por ello, ordenó al Alcalde de Mocoa que iniciara el proceso consultivo con la comunidad correspondiente al pueblo Yanacona."

Posteriormente, luego de insistir en el carácter fundamental del derecho a la consulta previa y de señalar algunas de las condiciones bajo las cuales ha sido protegido por parte de las sentencias de tutela, en la sentencia T-129 de 2011 la Corte concretó que la base normativa de esa atribución se encuentra establecida en el artículo 6-1 del convenio OIT 169 de 1989[12] y relacionó sus diferentes características de la siguiente manera:

"En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación DURANTE los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos

participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Finalmente, vale la pena destacar que en la sentencia T-376 de 2012 la Corte aceptó que un elemento cardinal adscrito a la protección de este derecho lo constituye la determinación de qué es una "afectación directa" sobre las atribuciones de una comunidad. Allí se destacó que ello "hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas". Con todo, también se aclaró que la consulta previa hace parte de un conjunto más amplio de potestades y herramientas de protección a favor de los pueblos; en esa providencia se planteó lo siguiente"

Ahora bien, teniendo en cuenta que reviste gran importancia el tema de la idoneidad del mecanismo de amparo respecto a la vulneración de los derechos de las comunidades indígenas, y la omisión de la consulta para tales fines, valga la pena resaltar lo expuesto por el Máximo Tribunal en materia Constitucional respecto al tema.

Sobre este punto expone la H. Corte Constitucional:

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

de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

En relación con la compatibilidad entre la acción de tutela y las acciones contenciosas administrativas y la suspensión provisional del acto administrativo. Se expone las siguientes consideraciones: 1) Procede la tutela como mecanismo definitivo, cuando la persona afectada en su derecho fundamental no cuenta con acción contenciosa administrativa. También, en el evento de que no sea posible a través de la acción contenciosa administrativa, controvertir la violación del derecho fundamental o dicha acción se revela insuficientemente idónea o ineficaz para la efectiva protección del derecho. 2) Procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando el afectado en su derecho fundamental dispone de acción contenciosa pero no procede la suspensión provisional. Hay que entender que la no procedencia de la suspensión provisional se refiere a los casos en que se ejercitan acciones que no involucran la anulación de actos administrativos (contractuales o de reparación directa). Igualmente es viable cuando el interesado dispone de la acción contenciosa administrativa y la suspensión provisional es procedente, por las siguientes razones: A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que si se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos.

La Corte estima que la tutela si es procedente como mecanismo transitorio. En efecto: a) No es incompatible la tutela con el ejercicio de la acción contenciosa

*administrativa ni con la suspensión provisional del acto administrativo. b) Es irrelevante la contradicción existente entre lo decidido por el Consejo de Estado al no acceder a la suspensión provisional y lo que se resolverá en el presente proceso, porque al pronunciarse sobre dicha suspensión no se analizó lo concerniente al aspecto sustancial o de fondo relativo al derecho de participación de la comunidad U'wa. Tampoco podrá existir contradicción entre lo que se decida en este proceso y lo que resuelva el Consejo de Estado, en el evento de que niegue la nulidad pedida, si se tiene en cuenta que conforme al art. 175 del C.C.A. la cosa juzgada "erga omnes" sólo opera en relación con la "causa petendi" materia de juzgamiento, y como se observó antes en la demanda de nulidad no se señaló como violado el art. 40-2 de la Constitución ni se expuso, el concepto de su violación. Las referencias que se hacen a dicho artículo en la demanda de nulidad, sin mencionar el numeral 2, son meramente circunstanciales para aludir simplemente a los tipos de mecanismos de participación, pero en modo alguno se formuló un cargo concreto por violación del derecho fundamental de participación de la referida comunidad, con arreglo a la aludida norma. La irremediabilidad del perjuicio que se pretende evitar consiste en que la violación de los aludidos derechos fundamentales persista e incluso, pueda llegar a un punto de no retorno, como sería la destrucción o aniquilación del grupo humano U'wa. La eventual nulidad que llegare a decretar el Consejo de Estado no tendría la virtud de restablecer el perjuicio que se esta causando y se causaría, por el desconocimiento de los referidos derechos. Por lo tanto se requiere de su protección urgente e inmediata. Como la omisión de la consulta es precisamente el hecho que origina la violación o amenaza de violación de los mencionados derechos, la Corte ordenará que la consulta a ésta se cumpla dentro de un plazo."*²⁴

Como se puede observar, el mecanismo de amparo constitucional es procedente dentro de este tipo de actuaciones, una vez se constata que con la ejecución de los proyectos se puede ver afectado los derechos de las comunidades que habitan las áreas de impacto de los mismos, aunado a esto, si no se realizan las consultas previas pertinentes, por lo tanto las acciones ordinarias perderían efectividad, puesto que se estaría a puertas de la causación de un perjuicio irremediable, siendo viable la suspensión de los proyectos si los hay, mientras se hagan los estudios respectivos sobre el impacto ambiental que podrían producir en la zona respectiva.

IV. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO, VIABILIDAD E IDONEIDAD DEL MECANISMO CONSTITUCIONAL, PARA BUSCAR LA SUSPENSIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO (Certificación de presencias étnicas en el marco de ejecución de un proyecto estatal)´

Como se expuso en líneas anteriores, la tutela está establecida como un mecanismo subsidiario y residual, es decir, solo puede ser interpuesta cuando el afectado no tenga otro mecanismo de defensa judicial mediante el

²⁴CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-039 de 1997. M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, disposiciones que fueron retomadas en la Sentencia de unificación SU-383 de 2003. Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

cual pueda evitar la afectación de los derechos o detener la vulneración de los mismos, salvo que, teniéndolo este sea ineficaz para el amparo de los derechos y la tutela sea el mecanismo idóneo para evitar un perjuicio irremediable.

Debido a lo anterior, en reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir estos actos se tiene la acción, hoy medio de control, de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa, o los medios de control establecidos dentro del marco jurídico de cada caso en concreto.

Al respecto la H. Corte Constitucional ha manifestado:

"Por regla general, la acción de tutela no procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto en la medida en que éstos pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, el afectado puede solicitar su suspensión provisional. Sin embargo, de manera excepcional, cuando la acción de tutela se instaura para evitar un perjuicio irremediable y existe una presunta violación de derechos fundamentales, se torna procedente.

...

En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que el perjuicio irremediable es aquel que tiene las características de inminencia, urgencia y gravedad. Por lo tanto, cuando se acredite la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo; (iii) amenace de manera grave un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico; y, (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, la acción de tutela es procedente aunque para controvertir el acto administrativo de carácter particular, el actor tenga a su disposición otros medios de defensa judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo."²⁵

Sobre el punto expuesto, nos ilustra el tratadista y Consejero de Estado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, determinando de manera precisa las restricciones que de manera constitucional existen para invocar la procedencia de la tutela frente a este tipo de actos administrativos así;

"... en la individualización de la pretensión: la tutela no procede frente a todo tipo de violaciones de los principios fundamentales es posible intentarla cuando los derechos vulnerados son de naturaleza subjetiva y personal, solo de manera excepcional procede contra violaciones colectiva de derechos como es el caso de la acción de tutela contra particulares, y en lo concerniente a la existencia de

²⁵ Corte Constitucional. Sala tercera de revisión. Sentencia T-067 de 2011. Referencia: expediente T-2.808.968 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

otros recursos o medios de defensa judicial refiriéndose a que si los actos que se consideran violatorios de los derechos fundamentales, pueden ser objeto de impugnación a través de otros recursos o acciones judiciales, de ser así no es posible hacer uso de este medio judicial exceptuando si se está frente a un perjuicio irremediable.”²⁶

Resalta la Sala los siguientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado:

“la acción de tutela es subsidiaria y residual cuando el afectado no cuenta con otros medios de defensa judicial, no cuando teniéndolos dejó de hacer uso oportuno de ellos.”²⁷

“Si el desvinculado dispone de un medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y además el perjuicio que se le causa no es irremediable, es evidente en tal caso que no es procedente la acción de tutela a términos del inciso 3º del artículo 86 de la constitución política, pero menos aún, cuando se ha dejado vencer el término que la ley concede para utilizar el medio de defensa judicial.”²⁸

En igual sentido, manifiesta la H. Corte Constitucional:

“Con todo, en eventos determinados es posible que, pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sea necesario conceder el amparo, debido a la presencia de un perjuicio que sólo podría ser remediado con la decisión del juez constitucional. La Corte ha establecido los requisitos para que proceda la tutela contra actos administrativos, así:

“(1) Que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (3) que su ocurrencia sea inminente; (4) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”.

En general, resulta contrario a la naturaleza de la acción de tutela, invocarla contra actos de la administración, por perjuicios derivados de la incuria propia de quien dejó vencer los términos judiciales o no ejerció las acciones ordinarias en tiempo, o las ejerció en indebida forma sin cumplimiento de los presupuestos legales. Tampoco puede el juez de tutela entrar a sustituir al juez Contencioso Administrativo, arrogándose la facultad de decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de un acto de la administración, ni cuando existe otro medio de defensa judicial y respecto de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto.” (Negrillas de la Sala)²⁹

Por lo expuesto, se puede concluir en este punto que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues esto conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado. Así, esta acción tampoco resulta procedente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha contado

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III, p. 678 y ss.

²⁷ Consejo de Estado. Sala plena de lo contencioso administrativo. Providencia del 13 de febrero de 1992. Exp. AC-03. C.P: Clara Forero de Castro. Actor. Jairo Bocanegra Aguirre.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 24 de enero de 1992. C.P: JOAQUÍN BARRETO RUIZ

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1048 de 2008.

con la posibilidad de ejercer las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer de los litigios originados en actos de la administración, y dejó fenecer dichas posibilidades por su ejercicio inadecuado o inoportuno³⁰.

Por consiguiente, la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir, en la generalidad de los casos- una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia.

Sobre el caso en particular la H. Corte Constitucional en sentencia SU-1070 de 2003, con ponencia del Dr. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, expuso:

"En el proceso que se revisa no se cumplen las condiciones que debe reunir el perjuicio para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio, esto es: 1ª) que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; 2ª) que de ocurrir, no existiría forma de reparar el daño producido; 3ª) que su ocurrencia sea inminente, esto es que amenaza o está por suceder prontamente; 4ª) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra; y 5ª) que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo transitorio para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. Se aprecian varias razones que así lo evidencian: 1) existe un medio ordinario de defensa judicial. Según la información suministrada por los accionantes, los actos administrativos que se cuestionan ante el juez constitucional ya fueron demandados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en esa jurisdicción las empresas accionantes podrán obtener la reparación integral del daño antijurídico que eventualmente se les haya producido. 2. El ordenamiento jurídico admite que los accionantes puedan invocar ante el juez administrativo la suspensión provisional de los actos administrativos, que constituye un figura jurídica excepcional y eficaz para la protección inmediata de sus derechos. 3. En el presente caso se está ante actuaciones administrativas ya surtidas. Los actos administrativos que se impugnan ante el juez constitucional están en firme. Por ello, podría tratarse de un evento de vulneración del derecho al debido proceso administrativo, pero no de una situación en que se halle amenazado el derecho, lo cual torna igualmente improcedente la acción de tutela. 4. El problema que se debate no es naturaleza constitucional. Los que se discuten son derechos de rango legal o contractual, cuya solución no compete al juez de tutela sino al juez ordinario. 5. De otra parte, las firmas accionantes invocan igualmente la protección de los derechos a la igualdad y al buen nombre. No obstante, de acuerdo con la descripción de los hechos y las circunstancias en que se apoyan para respaldar su petición, se observa que el

³⁰ Sobre el punto nos ilustra la doctrina: "No se trata entonces de que la tutela proceda simplemente cuando su protección resulte más ágil o más rápida, pues en este caso la tutela dejaría de ser un mecanismo subsidiario. Se trata de que el juez verifique si someter el caso a un procedimiento alternativo puede dar lugar a la consumación del perjuicio sobre el derecho fundamental amenazado o conculcado" BOTERO MARINO, Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p.51 y ss.

amparo de estos derechos está condicionado a la procedencia de la tutela del derecho al debido proceso administrativo. Por ende, al ser improcedente el amparo de éste, también lo es frente a aquellos". (Negrillas de la Sala).

V.CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso en estudio, en el sub examine los actores persiguen que por vía de acción de tutela, se le protejan sus derechos constitucionales de petición y consulta previa, presuntamente vulnerados por los entes accionados, y como consecuencia, se les ordene, responder de manera clara, completa, en lenguaje sencillo y de fondo, los derechos de petición que se han radicado, tendientes a la realización de un verdadero proceso de verificación de comunidades indígenas legalmente constituidas en el área de proyecto denominado "estudio de impacto ambiental para el área de producción Fandango Bloque VIM-21" localizado en la jurisdicción del municipio de Sahagún-Córdoba, jurisdicción de los municipio de Caimito, la Unión y San Marcos en el Departamento de Sucre.

Que además, se ordene la suspensión de efectos y/o la revocatoria directa de las certificaciones 410, 411 y 412 de 2017, por las irregularidades presentadas en el proceso de verificación al certificar la presencia en el sector de cabildos indígenas que no están constituidos legalmente y que presuntamente se encuentra suplantando el nombre de otras comunidades indígenas del sector, los cuales según los actores son "Resguardo San Jorge y Cayo de la Cruz" que suplantán el nombre de la comunidad "agua fría cayo de la cruz".

Pruebas aportadas³¹.

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Alcibíades Antonio Arrieta Quintana.
- Copia acta de posesión No. 047, de Alcibíades Antonio Arrieta Quintana, como Gobernador indígena del cabildo "Monte grande".
- Copia de certificación del Ministerio del Interior, sobre el registro de a comunidad indígena "Monte grande".
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Lilio Francisco Muslaco de Hoyos.
- Copia acta de posesión, de Lilio Francisco Muslaco de Hoyos , como Gobernador indígena del cabildo "Santo Domingo Vidal"

³¹ Folio 13 a 53.

- Copia de certificación del Ministerio del Interior, sobre el registro de a comunidad indígena "Santo Domingo Vidal".
- Fotocopia de la cédula de Hernando Barreto Molina.
- Copia acta de posesión de Hernando Barreto Molina, como capitán del cabildo indígena "maruza etnia zenú".
- Fotocopia de cédula de Edinson Enrique Olea Pila.
- Copia acta de conformación Cabildo Indígena Zenú-Agua Fría.
- Copia de derecho de petición, de fechado junio 23 de 2016, sin nota de presentación, suscrito por Alcibíades Antonio Arrieta Quintana y otros, y dirigido al Director de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior.
- Copia de escrito de referencia "denuncias de malas prácticas", suscrito por Alcibíades Antonio Arrieta Quintana y otros, y dirigido al Director de consulta previa, fecha 1º de septiembre de 2017.
- Copia de escrito fechado 14 de febrero de 2017, sin nota de presentación, suscrito por Alcibíades Antonio Arrieta Quintana y otros, dirigido al Director de Consulta Previa.
- Copia del oficio No.E-2017-764710 VAMM, de fecha 19 de septiembre de 2017, suscrito por la Procuraduría Delegada de Asuntos Étnicos, dirigido al señor Alcibíades Antonio Arrieta Quintana.
- Copia de derecho de petición, fechado 16 de mayo de 2017, suscrito por Alcibíades Antonio Arrieta Quintana y otros, dirigido al Director de Asuntos Indígenas.
- Copia de oficio fechado 22 de mayo de 2017, suscrito por la Dirección de Asuntos Indígenas, direccionado al Asesor de Asuntos Étnicos de la Gobernación de Sucre.
- Copia del oficio OFI-17-18968-DAI-2200, fechado 30 de mayo de 2017, suscrito por el Director de Asuntos Indígenas, dirigido a Alcibíades Antonio Arrieta Quintana.
- Copia del oficio OFI-17-35467-DAI-2200, fechado 20 de septiembre de 2017, suscrito por el Director de Asuntos Indígenas, enviado al señor Alcibíades Antonio Arrieta Quintana.

Análisis de la Sala en cuanto a la vulneración del derecho de petición.

Vistas las documentales anteriormente mencionadas, considera esta Magistratura, que el derecho de petición presentado por los actores, no ha sido vulnerado por parte de las autoridades accionadas, habida consideración

que existe constancia de una serie de respuestas otorgadas con el fin de materializar las exigencias requeridas por la parte actora, relacionadas con el proceso de verificación de comunidades indígenas en el sector de impacto de proyecto "Fandango Bloque VIM-21".

Para tal efecto explica la Sala, a folio 30 y 31, aparece un escrito de petición, sin fecha de presentación ni de recibido, suscrito por Alcibíades Antonio Arrieta Quintana, solicitando a la Dirección de Asuntos Indígenas, una serie de documentos (copia de estudios etnológicos, certificaciones de registro y actos administrativos de constitución de la comunidad indígena oasis, el pital, cayo de la cruz, y la florida).

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala no existe certeza de la presentación de dicho documento ante la entidad, no obstante, si se observa el oficio No. 17-17971-DAI-2200 (folio 41-45), dirigido al Asesor del Programa de Asuntos Étnicos del Departamento de Sucre, se entiende por superado el requerimiento, ya que en el mismo documento se hace constar:

"(sic).La Comunidad Indígena Cayo de la Cruz se encuentra registrada ante la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior mediante oficio OFIO6- 1463-DET-100 del 25 de enero de 2006, en el cual la entonces Dirección de Etnias emitió concepto previo favorable para la constitución del Resguardo Indígena del San Jorge de la Etnia Zenú teniendo en cuenta las consideraciones contenidas en el Estudio Socioeconómico elaborado por el entonces INCODER, hoy Agencia Nacional de Tierras. Igualmente se encuentra afiliada a la Asociación de Cabildos San Jorge Etnia Zenú con Resolución 112 del 24 de agosto de 2010. En el mencionado oficio se establece, respecto a la ubicación de las familias que componen la Comunidad Indígena y que hacen parte del proceso de constitución del Resguardo Indígena del San Jorge iniciado por la mencionada entidad, lo siguiente, "ubicación geografía, y población beneficiaria ().. Municipio de San Marcos-cayo de la cruz (veredas: cayo de la cruz, el limón, Montegrande, la quebrada, las Flores y la candelaria (..)"

Documento que si bien en cierto no se dirigió directamente al señor Alcibíades Antonio Arrieta Quintana, el mismo estaba en su poder, por ende tiene pleno conocimiento de dicha información³².

Igualmente, se observa el derecho de petición de fecha de presentación 16 de mayo de 2017, identificado con el numero EXIMI17-21175, suscrito por el señor Alcibíades Antonio Arrieta Quintana, solicitando adelantar proceso de verificación de comunidades indígenas en la zona de proyecto, así también, que se deje sin efectos la Resolución 0112 del 24 de agosto de 2010

³² Documento aportado junto con el escrito de presentación de la demanda.

y de las certificaciones No. 410, 411 y 412 de 2017 expedidas por el Ministerio del Interior (folio 35 a 40).

En respuesta a lo anterior, el Ministerio del interior, expide el oficio 17-18968-DAI-2200 de fecha 30 de mayo de 2017 enviado al señor Alcibíades Antonio Arrieta Quintana al correo electrónico cabildomontegrande@hotmail.com (folio 46 a 51), en donde se le informa:

" (SIC).. Consultadas las bases de datos institucionales de registro de Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas regidas por el Decreto 1088 de 1993 se comprueba que mediante Resolución No 112 del 24 de agosto de 2010 se inscribió la constitución de la Asociación de Cabildos Indígenas San Jorge Etnia Zenú, con jurisdicción en el municipio de San Marcos, Departamento de Sucre como una entidad de derecho público de carácter especial, conformada en la actualidad por los cabildos en representación de las siguientes comunidades indígenas, así, EL PITAL CUIVA- CANO VIEJO, EL OASIS, CAYO DE LA CRUZ y LA FLORIDA.

Es de recordar que en virtud del Decreto 1088 de 1993 las Asociaciones que se erijan bajo esta disposición legal, estarán conformadas por Cabildos o Autoridades Tradicionales en representación de sus respectivas comunidades o resguardos indígenas, que para el caso de la Asociación de Cabildos Indígenas San Jorge Etnia Zenú, repetimos, está conformada por los Capitanes Indígenas en Representación de las comunidades EL PITAL, CUIVA-CAÑO VIEJO, EL OASIS, CAYO DE LA CRUZ y LA FLORIDA. Consecuentemente con lo anterior, su afirmación relacionada con "omitiendo que esta asociación de manera irregular recoge familias de los listados censales de las comunidades" carece de fundamento tanto en cuanto la responsabilidad de elaborar y consolidar la información censal de las comunidades indígenas recae exclusivamente en el cabildo o Autoridad Tradicional, de conformidad con las funciones a ellos atribuidas en los artículos 7 y 35 de la Ley 89 de 1890.

Paralelo con lo anterior y en atención a su pretensión de dejar sin efectos jurídicos la resolución No 0112 de 24 de agosto de 2010", señalamos que la institución de Revocatoria de los Actos Administrativos es uno de los privilegios estatales que se halla previsto en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, puesto que allí se establecen las causales para poder revocar un acto administrativo y también se establecen los límites legales por los cuales no se puede revocar.

En este orden de ideas los actos administrativos podrán ser revocados en los siguientes casos únicamente:

- 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o la Ley.*
- 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
- 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.*

Para que sea procedente la solicitud de revocatoria directa del acto administrativo por parte del particular interesado, es necesario que concurren dos circunstancias: Cuando la causal invocada sea, manifiesta oposición a la Constitución política o la ley, que el peticionario no haya interpuesto los recursos que procedían contra el acto.

Que no haya operado la caducidad para su control judicial.

Si las circunstancias antes mencionadas no se cumplen y se solicita la revocatoria directa de un acto administrativo, la autoridad debe declarar la solicitud improcedente por cuanto es indispensable a la hora de solicitar que se efectúe la revocatoria directa de un acto administrativo revisar la caducidad que se tendría para demandar dicho acto, ya que, cuando el termino de caducidad ya ha operado, se busca salvaguardar el ordenamiento jurídico, en el sentido de que, no se podría revivir la discusión sobre una situación jurídica ya consolidada por el transcurso

del tiempo; tiempo que se concedió para que se controvirtiera la decisión plasmada en el acto, sin que el interesado hiciera uso de las herramientas que posea para ello.

Adicionalmente recordamos que el actuar de éste Despacho siempre estuvo enmarcado a la normatividad legal aplicable y el acto administrativo emitido guarda coherencia y corresponde a los registros y documentos que reposan en este despacho sobre la Asociación de Cabildos Indígenas San Jorge Etnia Zenú los cuales gozan del principio constitucional de la buena fe, el cual obliga a que las autoridades presuman la buena fe en las actuaciones de los particulares; de lo contrario será necesario entrar a probarla"

Adicionalmente, aparecen los siguientes oficios, suscritos por el Director de Consulta Previa.

- Oficio 17-12483-DPC-2500, fechado 10 de abril de 2017, enviado al señor Antonio Arrieta Quintana al correo electrónico cabildomontegrande@hotmail.com (folio 84 reverso), dando alcance a la solicitud de reunión en el municipio de San Marcos.
- Oficio No. 17-20217-DCP-2500, fechado 07 de junio de 2017, enviado al señor Antonio Arrieta Quintana al correo electrónico cabildomontegrande@hotmail.com (folio 79 reverso), que informa:

"(sic)... Así las cosas, atentamente esta Dirección les informa que en virtud de un recurso de reposición interpuesto por el señor ANDRÉS VALÉNZUELA PACHÓN, en calidad de representante legal de la empresa CNE OIL & GAS S.A.S., contra las certificaciones No. 410 de 2017, No. 411 de 2017 y No. 412 de 2017, mediante Auto de Apertura de pruebas de fecha 4 de agosto de 2017, decretó la realización de una visita de verificación con el fin de verificar o no la presencia de grupos étnicos, en el área de los proyectos: "ÁREA DE INTERÉS DENOMINADA H, PARA EL PROYECTO: CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS SECTOR LA ESPERANZA, ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EL ÁREA DE PRODUCCIÓN FANDANGO BLOQUE VÍM-21" y MODIFICACIÓN UCENCIA GLOBAL AMBIENTAL BLOQUE ESPERANZA VIM21", dicha visita de verificación se llevara' a cabo los días 30 y 31 de agosto y 1 de septiembre de la presente anualidad. Respecto a la segunda inquietud, este Despacho les informa que previa verificación del Sistema de Información y Gestión para la Gobernabilidad Democrática - SIGOB, y Sistema de Información de Consulta Previa- SICOP, no se evidenció proceso consultivo en el marco del proyecto: IMPACTO AMBIENTAL PARA EL ÁREA DE PRODUCCIÓN FANDANGO-BLOQUE VIM-5", sin embargo se encontró la certificación No. 411 del 26 de abril de 2017, en el marco del proyecto: "IMPACTO AMBIENTAL PARA EL ÁREA DE PRODUCCIÓN FANDANGO- BLOQUE VIM-21", mediante la cual certificó: "Que se registra la presencia de la Comunidad Indígena Cayo de la Cruz", a la fecha no registra proceso consultivo".*

- Oficio 17-35467-DAI-2200, fechado 20 de septiembre de 2017, enviado al señor Antonio Arrieta Quintana al correo electrónico cabildomontegrande@hotmail.com , suscrito por el Director Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, el cual le informa:

"(sic) ... Asunto: Respuesta a su comunicación con radicado EXTWII17-39368 septiembre 01 de 2017 (...)De manera atenta le informamos que la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior ha recibido su comunicación radicada con EXTM117-39368, en la cual manifiesta que "(...) denunció nuevamente las malas prácticas del Ministerio del Interior Dirección de Asuntos Indígenas frente al tema de reconocimiento de la comunidad indígena Cayo de la Cruz en el municipio de San Marcos, departamento de Sucre. En una visita para verificación de censo, adelantada el día 31 de agosto y 1 de septiembre de 2017, se presenta la dirección de consulta previa y no la oficina de registro de la oficina de asuntos indígenas lo que agrava todo. Responsabilizamos de los sucesos trágicos que puede desencadenar estas malas prácticas y solicitamos se envíe a que se realice la verificación y denunciemos también a la Procuraduría General de la Nación de Asuntos Indígenas de esta grave situación que el Ministerio está causando."

Atendiendo su comunicación nos permitimos aclarar los alcances de la comisión de servicios adelantada conjuntamente por la Dirección de Consulta Previa -DCP- y la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías -DAIRM- entre el 29 de agosto y el 1 de septiembre del año en curso, así como aclarar las afirmaciones infundadas de su comunicación.

En este orden de ideas es necesario mencionar que el objeto de la visita en cuestión fue atender la solicitud de acompañamiento de la Dirección de Consulta Previa a la jornada de verificación de presencia o no de grupos étnicos, específicamente a la Comunidad Indígena Cayo de la Cruz, en el marco de la realización de la práctica de pruebas en atención al recurso de reposición interpuesto contra las certificaciones 410, 411 y 412 de 2017 emitidas por dicha Dirección. En este sentido no es preciso lo que usted indica al señalar que la visita tenía por objeto hacer una verificación censal, en tanto los profesionales delegados de la DAIRM desempeñaron fue la función de validar en campo si las familias que la DCP visitó se encontraban en el último censo de la Comunidad Indígena Cayo de la Cruz aportado por la comunidad en el año 2007".

Respecto a la solicitud de intervención de la Procuraduría General de la Nación, se observa a folio 34 del expediente, oficio suscrito por la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos, donde le informan al señor Antonio Arrieta Quintana (cabildomontegrande@hotmail.com), que de sus requerimientos, se hizo remisión a los directores para que verifiquen la situación y conforme a ello se adopten las medidas que legalmente procedan para dar solución y garantizar los derechos de la comunidad de "Montegrande).

Por lo anterior, estima la Sala que no existe vulneración al derecho fundamental de petición y se denegará dicha pretensión, por cuanto las respuestas antes descritas, le dan un alcance de fondo frente a lo pretendido por los actores, acorde con esto, se debe precisar, que si bien y es claro que, la respuesta puesta en conocimiento, debe resolver de fondo el asunto, atendiendo a los principios de suficiencia, congruencia y efectividad del derecho de petición, no quiere decir esto, **que la misma tenga que ser positiva frente a lo solicitado**, basta con que la misma resuelva materialmente y satisfaga la necesidad

Análisis de vulneración del derecho fundamental a la consulta previa.

Respecto de la pretensión de amparo al derecho fundamental a la consulta previa, la misma ha de negarse, por cuanto en el proceso no existe material probatorio que lleve a determinar que en efecto dicho derecho este siendo conculcado por los entes accionados.

Para explicar lo anterior, lo primero que advierte la Sala, es que más que una controversia en torno a la "omisión de la práctica de consulta previa" el inconformismo de los actores radica en el hecho de que el Ministerio del Interior actuando a través de la Dirección de Consulta Previa, y Dirección de Asuntos Indígenas, haya expedido la certificación con la cual se registra la presencia de la comunidad indígena "Cayo de la Cruz" de la Etnia Zenú, afiliada a la Asociación de cabildos san Jorge, que según los actores no son legales y suplantán la identificación de la comunidad indígena "agua fría-cayo de la cruz", situación que no fue probada en el expediente.

Se considera entonces, que lo anterior es un conflicto de intereses étnicos entre resguardos indígenas que escapa del ámbito de protección de la acción de tutela, atendiendo a su carácter eminentemente subsidiario, ya que el desacuerdo radica en que se por medio de la Resolución 112 de 2010 se registró la "Comunidad Indígena Cayo de la Cruz", y las certificaciones con las cuales se registraron estas comunidades en el área en la cual se ejecutará el proyecto "ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EL ÁREA DE PRODUCCIÓN DE FANDANGO VIM-21".

Recordemos, que esta protección implica un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas y a las comunidades implicadas, directamente **la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio**, buscando que sean identificados, participativamente, los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país. Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave en la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible.

La consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades étnicas minoritarias de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación cultural; cuando procede ese deber de consulta, surge para las **comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por medio de la acción de tutela**, en razón a la importancia y significación para la defensa de la identidad e integridad social y a su condición de mecanismo de participación.

Así las cosas, el mecanismo de amparo constitucional es procedente dentro de este tipo de actuaciones, una vez se constata que con la ejecución de los proyectos se puede ver afectado los derechos de las comunidades que habitan las áreas de impacto de los mismos, situación que no ocurre en el sub lite, pues no existe prueba alguna que las entidades estén vulnerando derechos ancestrales de los cabildos que estos representan.

Ahora, los actores deben demostrar si quiera sumariamente la existencia del perjuicio que presuntamente se le está causando a las comunidades indígenas que representan, con la expedición de las certificaciones que registran a los otros resguardos indígenas "cayo de la cruz-San Jorge" en el área en donde se pretende desarrollar el estudio del impacto ambiental.

Cabe destacar, que el Ministerio previo a la expedición de la certificación ordenó realizar visita de verificación en el área de influencia directa del proyecto de la presente litis, producto de la cual certificó la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de directa "comunidad cayo de la cruz de la etnia zenú" la cual era susceptible del recurso de reposición, del cual no se evidencia que haya hecho uso los actores (folio 77).

En este punto se precisa, que los actores no aportaron al proceso las certificaciones que se pretenden dejar sin efectos, adelantadas en virtud de la actuación administrativa de verificación de comunidades indígenas en la zona de ejecución del proyecto (certificación 410, 411, y 412 de 2017) pues si bien a folio 73 a 77, reposa la copia de certificación 411 de 2017, la misma fue allegada al expediente por el ente accionado.

De tal suerte que las certificaciones en mención, gozan de presunción de legalidad, la cual no puede ser desconocida por el Juez constitucional. En efecto, la Jurisdicción Contencioso Administrativa preceptúa en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, que quien se considere afectado con la expedición

de un acto administrativo (certificación) pueda solicitar su anulación y en consecuencia, la reparación de los derechos conculcados.

Por lo anterior ha de negarse el amparo solicitado respecto al derecho fundamental a la consulta previa, pues no se evidencia que los entes accionados estén vulnerando derechos de raigambre ancestral o cultural, propios de la comunidad indígena, declarándose así mismo improcedente la acción de tutela para buscar la suspensión de las certificaciones 410, 411 y 412 de 2017, pues como se anunció en los considerandos precedentes, este mecanismo no procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir estos actos se tienen los medios ordinarios respectivos, que se ejercen ante la jurisdicción contencioso administrativa, o los medios de control establecidos dentro del marco jurídico de cada caso en concreto.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: DENIÉGUESE el amparo al derecho de petición y consulta previa solicitados a través de la acción de tutela por ALCIBIADES ANTONIO ARRIETA QUINTANA, EDINSON OLE PILA LILIO FRANCISCO MUSLACO DE HOYOS Y HERNANDO BARRETO DE PILA en contra del MINISTERIO DEL INTERIOR-DIRECCIÓN DE ASUNTOS INDÍGENAS ROM Y MINORÍAS Y DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, por lo expuesto en la motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE improcedente la acción de tutela en relación con la suspensión de los efectos de las certificaciones No. 410, 411 Y 412 de 2017 expedidas por el Ministerio del Interior.

TERCERO: DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito esta decisión a los actores, a los entes accionados y al agente delegado del Ministerio Público.

TERCERO: Si el presente fallo no es impugnado, ENVÍESE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. En firme el fallo, ordénese su archivo definitivo, previas las anotaciones en el sistema de información judicial.

Esta Sentencia se discutió y aprobó en sesión de Sala Extraordinaria conforme consta en el Acta N° 192 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA