



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Acción de Tutela	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	No. 70-001-33-33-00 5-2018-00248-01
Accionante:	Defensor del Pueblo en representación de la Parcialidad Indígena Cabildo Menor de San José de Pileta y Cabildo Menor Esmeralda Las Tinas del Municipio de Corozal, de la etnia Zenú.
Accionado:	Promigas S.A E.S.P- Ministerio del Interior- Dirección de Consulta Previa y Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA
Procedencia:	Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo

Tema: *Generalidades de la acción de tutela - Características del derecho fundamental a la consulta previa – Territorio – Carga de la prueba en tutela -*

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

Una vez agotadas las etapas propias del proceso, procede la Sala a dirimir la impugnación presentada por la parte accionada contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo el 15 de agosto de 2018.

2. LA SÍNTESIS FÁCTICA¹

Manifestó la Defensoría del Pueblo que mediante certificación No. 618 del 2 de abril de 2014, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior informó a la empresa Promigas S.A. E.S.P que en el área de influencia del proyecto “construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo-Mamonal” no se encontraba asentada ninguna comunidad étnica distinta a la de la parcialidad indígenas La Peñaata, razón por la cual

¹ Fls 1 y 2 del C. Ppal.

Promigas S.A. E.S.P. no adelantó los procesos de Consulta Previa en comunidades étnicas diferentes a las señaladas.

Debido a eso, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA expidió la Resolución No. 0805 del 9 de julio de 2015, mediante la cual otorgó Licencia Ambiental a la empresa Promigas S.A E.S.P para desarrollar el proyecto “construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo- Mamonal” que comprende los departamentos de Sucre y Bolívar.

Mediante sentencia de revisión T-1997 de 2016 adiada 26 de abril de 2016, proferida por la H. Corte Constitucional, M.P Jorge Iván Palacio Palacio, se revocó la sentencia proferida por el Consejo de Estado, y en su lugar concedió la protección del derecho a la consulta previa de los accionantes. En el numeral 5º de la referenciada sentencia el cual establece (ad literam): *“Quinto: ORDENAR a la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar y a la Defensoría del pueblo Regional Sucre, que en compañía de las comunidades posiblemente afectadas presenten las respectivas acciones de tutela con miras a obtener la protección de sus derechos fundamentales”.*

Aduce, que de las visitas adelantadas al área del trazado del gasoducto San Mateo Loop-Mamonal, se pudieron evidenciar que con el desarrollo del citado proyecto se ocasionaron afectaciones a comunidades indígenas que se encuentran asentadas en dicho territorio o lo han utilizado para desarrollarse tradicional y culturalmente. Esas comunidades son: La parcialidad indígena cabildo menor indígena Zenú de San José de Pileta y Cabildo Menor Indígena Zenú Esmeralda Las Tinas, entre otras, las cuales no se encuentran registradas ante el Ministerio del Interior.

Finalmente, expresa que las afectaciones ocasionadas a las comunidades étnicas se han concentrado en el menoscabo del territorio donde se encuentran asentadas, como la tala de árboles, la contaminación de fuentes hídricas, el deterioro de fauna y flora, así como de algunos carretables que les permitían el acceso a sus comunidades, presentándose también, afectaciones en el desarrollo de sus tradiciones y cultura que evidentemente ponen en riesgo la subsistencia de las mismas.

3. LOS DERECHOS INVOCADOS²

Del escrito se tutela se infieren los siguientes derechos: Derecho fundamental a la Consulta Previa, derecho a la vida e integridad cultural.

² Fls. 2-4 C. Ppal.

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN³

La Defensoría del Pueblo, en representación de las comunidades étnicas referenciadas, solicita se ampare y proteja el derecho fundamental a la consulta previa. En consecuencia, se ordene al Ministerio del Interior - Dirección de Consulta Previa adelantar las gestiones necesarias y urgentes para que en el menor tiempo posible se adelante el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas PARCIALIDAD INDÍGENA CABILDO MENOR INDÍGENA ZENÚ DE SAN JOSÉ DE PILETA Y CABILDO MENOR INDÍGENA ZENÚ ESMERALDA LAS TINAS. Así mismo, que se ordene la suspensión inmediata de las obras que se están ejecutando en el marco del proyecto “construcción y operación del gasoducto Loop San Mateo-Mamonal” en la zona de influencia de las comunidades indígenas afectadas en el Departamento de Sucre.

Además, que se ordene la suspensión inmediata de la Resolución N° 0805 del 9 de julio de 2015 expedida por la Autoridad Nacional de licencias Ambientales-ANLA, mediante la cual se otorgó Licencia Ambiental a la empresa Promigas S.A E.S.P para desarrollar el proyecto “construcción y operación del gasoducto Loop San Mateo-Mamonal”.

5. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Por reparto ordinario del 31-07-2018 se asignó el conocimiento del proceso en primera instancia al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo (Fls. 42), con providencia del 01-08-2018, se admitió y se ordenó notificar a Promigas S.A E.S.P – Ministerio del Interior Dirección de Consulta Previa y a la Autoridad Nacional de Licencias ambientales ANLA (Fls. 44-51). El Ministerio del Interior rindió informe el 03 de agosto de 2018 (Fls. 52-63), por su parte, Promigas S.A E.S.P dio contestación el 06 de agosto de 2018 (Fls 81-89), también, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA rindió contestación el 08 de agosto de 2018 (Fls. 90-104) y, mediante sentencia del 15 de agosto de 2018, se negaron los derechos fundamentales invocados como vulnerados (fl. 156-164).

La parte actora y las entidades accionadas se notificaron de la sentencia el 16 de agosto de 2018 por buzón electrónico (Fls. 166-170); la accionante mediante escrito del 22 de agosto de 2018; es decir, dentro del término de 3 días hábiles impugnó la decisión (Fls. 184-192), siendo concedida mediante proveído del 24 de agosto de 2018 (fl. 194)

³ Folios 4 C.Ppal.

La tutela fue repartida en segunda instancia el 27 de agosto de 2018, correspondiéndole a este Tribunal. (fl. 2 del C.alzada)

6. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

6.1. El MINISTERIO DEL INTERIOR - DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA⁴, rindió informe indicando frente a los hechos que el primero y tercero son ciertos; en relación con los demás hechos sostuvo que no le constan y que no son hechos sino apreciaciones subjetivas del accionante.

Expresa, que la certificación de presencia de comunidades étnicas diferenciadas No. 618 de 2 de abril de 2014, está revestida de presunción de legalidad y fue expedida en virtud de la consulta realizada en las bases de datos y conforme a las coordenadas presentadas por el solicitante del proyecto “construcción y operación del gasoducto Loop San Mateo-Mamonal”.

Para el ejercicio de análisis cartográfico del 31 de marzo, se utilizó la cartografía básica y temática IGAC 2012, lo que permitió constatar que el proyecto se localiza en jurisdicción de los Municipios de Arjona, Turbana, María la Baja y el Distrito Histórico, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar y en jurisdicción de los municipios de San Onofre, Ovejas, Tolú, Toluviéjo, San Pedro, Morroa, Sincelejo, Sincé, San Juan de Betulia y Corozal, con una extensión aproximada de 5.623 hectáreas, siendo ello correspondiente con la información aportada por el solicitante.

Conforme a lo anterior, expuso que el término “certificación o no de presencia de comunidades étnicas” más que un solo hecho, es la resultante de comprobar dos (2) circunstancias que deben ser simultáneas. Uno, que efectivamente una comunidad étnica, llámese indígena; negra, afrodescendientes, raizal, palenquera o ROM, se encuentra ubicada con sus usos, costumbres y medios de subsistencia activos, dentro del área de influencia de un proyecto, obra o actividad; y dos, que dicha comunidad étnica, reciba un impacto directo ocasionado por la ejecución de un proyecto, obra o actividad, requisitos técnicos que para el proyecto “construcción y operación del gasoducto Loop San Mateo-Mamonal”, se encontraron satisfechos solo para la parcialidad indígena La Peña, reconocida por la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías, con la Resolución No. 022 del 26 de octubre de 2012.

⁴ Fls 53 al 82 del C. Ppal.

Aduce, que no se puede desvirtuar un informe técnico realizado por expertos y conforme a los requisitos ya señalados por juicios de valor, suposiciones, análisis personales, o pruebas de menor valor probatorio pues de un lado resultaría violatorio del debido proceso al pretender modificar un acto que ya se encuentra en firme y que goza de presunción de legalidad, por lo que las apreciaciones subjetivas que formula el accionante no tienen el mismo peso probatorio conforme a la estructuración de la prueba oficial que implica la utilización de recursos técnicos y un procedimiento reglado, como tampoco se prueba la existencia de un perjuicio irremediable, ni siquiera de manera mediata.

Respecto al cumplimiento del proceso de consulta previa, explican las fases del proceso de dicha consulta con el fin de que se note que han realizado todas y cada una de las acciones y gestiones necesarias y suficientes en el proceso consultivo, por lo que este se ha cumplido hasta la fase de protocolización, es decir, han cumplido con el propósito constitucional, por tanto, no puede pregonarse incumplimiento por parte del Ministerio del Interior y de las entidades accionadas.

Afirma también, que la parte accionante no asumió la carga probatoria necesaria para demostrar los hechos materia de tutela, ni tampoco aportó elementos probatorios que demuestran alguna afectación, pues el trámite administrativo de consulta previa y los acuerdos surgidos fueron fruto de un proceso de concertación que estuvo revestido de los parámetros establecidos por la directiva presidencial del 10 de 2013. Agrega, que la insuficiencia probatoria en el presente caso, no permite verificar la vulneración de algún derecho fundamental, ni siquiera el de la consulta previa.

De otra parte, insiste en que como regla general la tutela no procede como mecanismo principal contra actuaciones de una autoridad administrativa pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, solo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable y de manera clara afecte derechos fundamentales, por lo que alegan que no procedería la acción de tutela en el presente caso, primero porque no se evidenció un perjuicio irremediable, toda vez que lo que se pretende es desvirtuar el trámite administrativo de consulta previa adelantado en virtud del proyecto de la referencia, así como ordene la suspensión de la Resolución No. 0805 del 9 de julio de 2015 expedida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, manifestando que existen otras instancias judiciales que resultan eficaces para la protección que se reclama.

Por último, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela por insuficiencia probatoria y existencia de otros mecanismos de defensa jurídica.

Anexan actas de consulta previa etapa de seguimiento de acuerdos (Fl. 62-75), certificación No. 618 de 2014 sobre la presencia o no de comunidades étnicas en la zona del proyecto (Fl. 76-80).

Por su parte, **PROMIGAS S.A E.S.P⁵** dio contestación a la presente tutela, aclarando primeramente (ad literam):

“las obras de construcción del gasoducto Loop San Mateo Mamonal iniciaron en agosto del año 2015, previa otorgamiento de la respectiva licencia ambiental, y culminaron mecánicamente hace más de dos años. En la actualidad, con ocasión a la construcción de ese gasoducto, no se ejecuta ningún tipo de trabajo en zonas cercanas a las parcialidades indígenas Cabildo Menor Indígena Zenú de San José de Pileta y Cabildo Menor Indígena Zenú Esmeraldas Las Tinajas del Municipio de Corozal.

Es de anotar que el gasoducto fue instalado en predios de propiedad privada, previa autorización de los respectivos propietarios, quienes en pleno uso de sus facultades legales permitieron el ingreso de la maquinaria y equipos, la ocupación temporal del terreno, la remoción de los obstáculos que pudiesen existir en el sitio de los trabajos y la ejecución de los obras civiles y metalmecánicas que implica un proyecto de esta naturaleza.

Dichas obras, en virtud de lo dispuesto en la licencia ambiental, tal como se podrá apreciar en los documentos que se adjuntan, fueron socializadas con las parcialidades indígenas que hoy, a través de la Defensoría del Pueblo, invocan la protección de unos derechos constitucionales que ahora, de manera inexplicable y sin causa u hecho sobreviniente justificable, estiman les fueron vulnerados con ocasión de los trabajos”.

Además, aduce que para la realización del proyecto fueron respetuosos de la normatividad y procedimientos legales y vigentes. Solicitando al Ministerio del Interior Dirección de Consulta Previa y al INCODER, certificación de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto, certificándose únicamente al cabildo con el cual se realizó la consulta previa, sin que fueran certificadas las comunidades accionantes.

Manifiestan, que las entidades antes mencionadas son las legalmente facultadas para hacer tales reconocimientos, como también, que les resulta inexplicable que pasado el tiempo, incluso después de haberse cumplido por parte de la empresa lo ordenado en la sentencia T-197 de 2016, pues ya hicieron las consultas previas que allí se habían dispuesto, y que esas parcialidades indígenas nunca han radicado una solicitud a la empresa, ni una reclamación administrativa o judicial, por supuesta vulneración a sus derechos fundamentales, solo hasta ahora, luego de más de dos (2) años de haber

⁵ Fls. 81 al 89 del C.Ppal

culminado la construcción del gasoducto en jurisdicción del Municipio de Corozal, sin demostrar con un hecho palpable y evidente alguna alteración sobreviniente en su entorno, acuden al juez de tutela para pedir el amparo de sus derechos.

En cuanto a las pretensiones solicitan, que se denieguen por improcedentes, en razón a que no resulta cierto que la empresa adelantó un proyecto que haya afectado de manera alguna su desarrollo económico, social, cultural, ni su subsistencia.

Finalmente, anexan como pruebas actas de socialización del proyecto en los Corregimientos Las Tinas y San José de Pileta, licencias de intervención de espacio público en el Municipio de Tolúviejo, acta de reunión de cierre del proyecto, reunión de seguimiento en el corregimiento las Tinas, solicitud dirigida al Ministerio del Interior para que se certifique sobre la existencia de grupos étnicos en la zona a intervenir, socialización de la licencia ambiental e inicio de las obras de construcción en el corregimiento San José de Pileta, reunión de seguimiento de licencia ambiental y actividades constructivas, los cuales se encuentran en el CD que obra a Folio 89 del expediente.

A su turno, **LA AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES – ANLA**⁶, contestó la presente tutela manifestando que se opone a cada una de las pretensiones, dado que no es competencia de esa entidad. Afirma, que una vez revisado el expediente LAV-0023-00-2015 y el sistema de información de Licencias Ambientales, se encontró que mediante Resolución No. 805 del 09 de julio de 2015, la ANLA, otorgó licencia ambiental a la sociedad Promigas S.A E.S.P.

Posteriormente y en cumplimiento de la sentencia T-197 del 26 de abril de 2016 proferida por la H. Corte Constitucional, la entidad mediante Resolución No. 622 del 10 de junio de 2016 resolvió ordenar la suspensión inmediata de las obras que se estuvieran ejecutando en el marco del proyecto “construcción y operación del gasoducto Loop San Mateo Mamonal”, dando cumplimiento con ello a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Sustenta, que debe declararse la improcedencia de la presente acción por las siguientes causales: buena fe exenta de culpa por parte de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, falta de legitimación material en la causa por pasiva, ausencia de perjuicio irremediable, carácter subsidiario de la acción de tutela, principio del juez natural, debido proceso e insuficiencia probatoria – carga probatoria en cabeza del accionante.

⁶ Fls. 92 al 104 del C.Ppal

Del mismo modo, que esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados, así como tampoco tiene pendiente por desplegar ninguna competencia que tenga relación directa con los hechos y pretensiones materia de la presente acción de tutela.

6.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: El señor Agente de Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, no emitió concepto alguno.

7. LA DECISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁷

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 15 de agosto de 2018, resolvió negar el amparo deprecado por la Defensoría del Pueblo Regional Sucre, en representación de las parcialidades indígenas Cabildo Menor Indígena Zenú de San José de Pileta y Cabildo Menor Indígena Zenú Esmeralda Las Tinas del Municipio de Corozal.

Argumenta su decisión, manifestando que en el presente asunto no hay lugar a realizar el estudio de procedencia de la acción y que respecto al requisito de inmediatez han transcurrido dos (2) años desde que la Corte profirió la anterior decisión y no se explica en el escrito de tutela cuales fueron las razones de tal mora para interponer este mecanismo preferente y sumario.

También consideró, que no se aportaron las pruebas que soporten los fundamentos fácticos aducidos en el escrito de tutela, pues no se reveló con precisión cual es la zona que consideran los cabildos indígenas como su territorio, cuales son las actividades que desarrollan tradicional y culturalmente en ese territorio, cual es la afectación directa que causa el proyecto que pone en riesgo sus tradiciones y cultura, cuál es su relación con la tierra, que actividades religiosas o emblemáticas realizan.

Resalta, que a través de auto de 8 de agosto de 2018, ese Despacho, requirió a los accionantes y al Municipio de Corozal para que aportaran las pruebas que acreditaran la existencia de los territorios pertenecientes a los cabildos indígenas accionantes; contestando solamente el Municipio de Corozal, cuales son las parcialidades indígenas que se encuentran ubicadas en la zona rural de esa municipalidad e informando que la Secretaria de Planeación, Obras Publicas y Saneamiento Ambiental no tiene conocimiento de la afectación del territorio con la construcción del gasoducto.

⁷ Fls. 156-164 Del C. Ppal.

En suma a lo anterior, expresó que de acuerdo con las pruebas aportadas por Promigas S.A E.S.P, las comunidades indígenas fueron informadas y se les dio participación en las reuniones de seguimiento a la licencia ambiental, siendo las ultimas desarrolladas en el 2016, sin embargo, las accionadas han tardado más de 2 años sin reclamar sus derechos, aun cuando existía una orden impartida por parte de la Corte Constitucional que flexibilizaba el uso de la acción de tutela.

Por último, adujo que la acción de tutela no puede entenderse por las accionadas como un mero requisito sin mayor formalidad para lograr le sea realizada la consulta previa, pues debe entenderse que es un mecanismo sumario donde debe demostrarse por el accionante la vulneración de los derechos fundamentales, además de acreditarse la inminencia de un perjuicio.

7.1. LA IMPUGNACIÓN⁸: En tiempo, la Defensoría del Pueblo en representación de las comunidades étnicas Parcialidad Indígena Cabildo Menor Indígena Zenú san José de Pileta y Cabildo Menor Indígena Zenú Esmeralda Las Tinas impugnó la sentencia del 15 de agosto de 2018, considerando que el escrito introductorio busca que se les garantice el derecho a las comunidades étnicas representadas, toda vez que se les afectó su territorio ancestral con el proyecto referido, también manifiestan que con la tutela se presentaron evidencias, tales como, actas de reuniones celebradas entre la comunidad étnica y la empresa Promigas S.A E.S.P, en las cuales se dejó sentada la afectación sufrida por los cabildos, vulnerando además del derecho reclamado, los principios de confianza legítima y de buena fe de las comunidades étnicas.

Afirma, que el argumento presentado por el juzgado de primera instancia sobre el principio de inmediatez, no es vinculante por cuanto la Corte Constitucional ha manifestado en sus diferentes sentencias que el principio de inmediatez puede ser inaplicable por cuanto vulneración de derechos de comunidad indígena permanece en el tiempo, así mismo, que la obligación de consultar la ejecución de un proyecto con la comunidad étnicamente diferenciada surge de la titularidad de los derechos derivados de la identidad étnica diversa.

Precisa, que la finalidad de la consulta previa es garantizar la supervivencia de las comunidades étnicas en el tiempo, y toda traba administrativa o desconocimiento de los territorios étnicos es vulnerador de dicho derecho, en este caso, la empresa Promigas vulnera este derecho, máxime cuando sabe existe en el expediente actas y reuniones de

⁸ Fls. 184 al 192 del C. Ppal.

socialización del proyecto en donde se han levantado actas de compromisos, los cuales han sido desconocidos posteriormente por la empresa.

Por último, sobre la procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho de consulta previa, trae a colación apartes jurisprudenciales de la Corte Constitucional⁹, conforme a los cuales solicita el amparo y protección del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas parcialidad Indígena Cabildo Menor Indígena Zenú de San José de Pileta y Cabildo Menor Indígena Zenú Esmeralda Las Tinas; en consecuencia, que se ordene al Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa adelantar las gestiones necesarias y urgentes para que en el menor tiempo posible se adelante el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas anteriormente mencionadas, así mismo, que se ordene la suspensión inmediata de las obras que se estén ejecutando en el marco del proyecto “construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo-Mamonal” en la zona de influencia de las comunidades indígenas en el Departamento de Sucre.

8. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

8.1. LA COMPETENCIA: El Tribunal, es competente para conocer en Segunda Instancia, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del decreto ley 2591 de 1991.

8.2. EL PROBLEMA JURÍDICO: De conformidad con los hechos expuestos y el planteamiento de la impugnación, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Existe una vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, de las comunidades étnicas parcialidad Indígena Cabildo Menor Indígena Zenú de San José de Pileta y Cabildo Menor Indígena Zenú Esmeralda Las Tinas, en el supuesto de la expedición de la licencia ambiental otorgada a la empresa PROMIGAS S.A. E.S.P., mediante Resolución No. 0805 del 9 de julio de 2015 por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA-, para la construcción del proyecto denominado “CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL”, sin que se haya agotado previamente el proceso de consulta previa con esas comunidades?

⁹ Sentencia T-385A de 2014, T-766 de 2015, T-197 de 2016, entre otros.

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) legitimación por activa de la defensora del pueblo – Regional Sucre (ii) Procedencia excepcional de la acción de tutela para garantizar el derecho a la consulta previa; (iv) el derecho fundamental a la consulta previa; y (v) Caso concreto.

8.3. LEGITIMACIÓN POR ACTIVA DE LA DEFENSORA DEL PUEBLO – REGIONAL SUCRE PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA. Frente a la legitimación en la causa por activa para interponer acciones de tutela en representación de comunidades étnicas, la Corte Constitucional ha sostenido que:

*“Así las cosas, la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para enervar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también, “las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas **y la Defensoría del Pueblo**.”¹⁰*

Posteriormente, en una sentencia del año subsiguiente, repite la misma sub-regla:

*“tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas colectividades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también lo pueden hacer las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y **la Defensoría del Pueblo**, por lo cual se encuentran legitimados para actuar en esta causa”¹¹.*

En el mismo sentido, la siguiente providencia, en la que tras reiterar la jurisprudencia de esa Corporación¹², se señaló que:

*“(…) cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos que, por ejemplo, conceden una licencia ambiental, (...) cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente”. Dicho esto, indicó que “(...)tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también “las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas **y la Defensoría del Pueblo**”*

¹⁰ Sentencia T-049 de 2013

¹¹ Sentencia T-305 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹² Sentencia T-766 de 2015

8.4. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA. La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

Así lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

“Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa ius fundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela”.

Cabe señalar que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general. La tutela es un mecanismo excepcional de defensa al que puede acudir un afectado solo después de ejercer infructuosamente todos y cada uno de los medios ordinarios.

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, esta Corporación expresó en sentencia T-569 de 2011, que:

“El deber del juez de tutela es examinar si la controversia puesta a su consideración: (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. Por consiguiente, no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.”

Frente al asunto, el H. Consejo de Estado ha precisado que los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), instituyeron los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales pueden emplearse para cuestionar la validez de las decisiones adoptadas por las autoridades. Dicho proceso puede ser iniciado cuando los actos administrativos se expidan (i) desconociendo las normas en que deben fundarse, (ii) por un órgano que carece de competencia, (iii) de manera irregular, (iv) violando el derecho de audiencia y defensa, (v) mediante falsa motivación o (vi) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Artículo 137 inciso. 2º).

Así, la Ley 1437 de 2011 dispuso como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos el desconocimiento al derecho a la consulta previa. En este sentido el artículo 46 de la mentada ley contempla lo siguiente: *“cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisdicción contencioso administrativo ha entendido que en todas las circunstancias en las cuales se presente una acción de tutela en contra de decisiones proferidas por la administración, y además se solicite la protección del

derecho a la consulta previa, esta resulta improcedente debido a la existencia de los medios de control de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por su parte, la H. Corte Constitucional a través de distintos pronunciamientos ha manifestado su reparo respecto al razonamiento del máximo Tribunal Contencioso. En la sentencia T-576 de 2014¹³ esa Corporación afirmó en relación con la idoneidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar las decisiones administrativas no consultadas, lo siguiente:

“Los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no está en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa. En ese sentido, la Corte ha puesto de presente en casos similares al que ahora ocupa a la Sala que ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos.”

En ese orden de ideas, ha sido del criterio de ese alto Tribunal que la interposición de los medios de control contemplados en la Ley 1437 de 2011 tienden a ser insuficientes para reparar desde el ámbito constitucional el derecho a la participación de las comunidades afectadas.

Al efecto, esa alta Corporación en sentencia T-485 de 2015¹⁴ sostuvo:

*“La actuación requerida por parte de los funcionarios responsables **no encuentra respuesta concreta a partir de la revisión judicial del acto administrativo**, sino que exige, en caso que así se decida en esta sentencia, acciones materiales tendientes a efectuar el procedimiento de consulta, **las cuales no hacen parte de la decisión que adopte la jurisdicción contenciosa**. En otros términos, la resolución de los problemas jurídicos materia de esta sentencia se centra en definir si el proceso de consulta previa respecto de la comunidad negra de la Vereda Playa Blanca, es exigible o no. Esta clase de asuntos, en razón de su naturaleza, **escapan a la órbita de decisión del juez administrativo, en el marco de la revisión judicial de los actos proferidos por las autoridades demandadas**”. (Negrilla y cursiva fuera de texto)*

El hecho de que desde el punto de vista de la H. Corte constitucional, los medios de control contenciosos administrativos no tengan la idoneidad necesaria para desplazar a

¹³ En la sentencia en comento la H. Corte Constitucional analizó si la consultiva afro de alto nivel era un espacio de participación adecuada para las comunidades diferenciadas del territorio nacional.

¹⁴ Asunto en el cual se cuestionó la legalidad de una decisión administrativa que negó el derecho a la consulta previa de una comunidad en las inmediaciones de la ciudad de Cartagena.

la acción de tutela como mecanismo principal de protección del derecho a la consulta previa, no significa que estos no puedan emplearse concurrentemente con el amparo constitucional. En este sentido la sentencia SU-039 de 1997 afirmó:

“El hecho de que la perspectiva del juez contencioso administrativo sea distinta a la del juez constitucional explica que la acción de tutela y las acciones contenciosas sean compatibles, incluso, si el afectado no solicitó la suspensión provisional del acto administrativo que habría infringido sus derechos fundamentales, o si lo hizo, pero el juez contencioso adoptó una decisión adversa a sus intereses”¹⁵.

Sobre este aspecto, según la jurisprudencia constitucional, el hecho de que la Ley 1437 de 2011 haya flexibilizado los requisitos para obtener la prosperidad de una medida provisional en el marco de un proceso contencioso administrativo, no es *per se* un argumento suficiente que permita desvirtuar la procedencia de la acción de tutela. En este sentido la sentencia SU-355 de 2015 afirmó lo siguiente:

“El juez de tutela tiene la obligación de calificar, en cada caso particular, la idoneidad de los medios judiciales para enfrentar la violación de derechos fundamentales cuando ella tenga por causa la adopción o aplicación de actos administrativos. Para el efecto, deberá tener en cuenta los cambios que recientemente y según lo dejó dicho esta providencia, fueron incorporados en la Ley 1437 de 2011. Solo después de ese análisis podrá establecer la procedencia transitoria o definitiva de la acción de tutela, teniendo como único norte la efectiva vigencia de las normas de derecho fundamental.

En consecuencia, no obstante los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 y en particular en lo que se refiere a la denominada suspensión provisional, la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos”.

En desarrollo de lo anterior, la sentencia T-576 de 2014 ya citada afirmó respecto a la interrelación de la acción de tutela con las medidas cautelares contempladas en el derecho administrativo lo siguiente: “la tutela y la medida de suspensión provisional protegen derechos de distinta naturaleza. Así, mientras la primera persigue la salvaguarda de derechos constitucionales fundamentales, la segunda busca impedir la ejecución de actos administrativos que violan el ordenamiento jurídico y que, por ello, perjudican a alguna persona.”

En ese orden de ideas, se colige que la consagración expresa por parte de la Ley 1437 de 2011 de una causal de nulidad autónoma por desconocimiento al derecho a la consulta previa, desde una perspectiva constitucional no puede ser entendida como un impedimento para la prosperidad de la tutela en un caso concreto. En igual medida, la

¹⁵ Sentencia SU-039 de 1997.

flexibilización de los requisitos para acceder al decreto de medidas cautelares bajo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tampoco puede entenderse como un limitante que impida el conocimiento del amparo.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha entendido que debido a las condiciones de vulnerabilidad y pobreza extrema en las que habitan las comunidades afro e indígenas del país, la procedencia de la acción de tutela adquiere un carácter prevalente para garantizar sus derechos constitucionales. Así sostiene:

“Ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional debe considerar las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos¹⁶”.

Es común que la planeación y ejecución de proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales afecten los derechos de las comunidades étnicas, puesto que además que son directamente afectadas por los mismos, carecen de instancias de participación efectiva. Así, la abierta asimetría de poder entre las comunidades étnicas y quienes adelantan dichos proyectos, sumada a la discriminación histórica contra los pueblos indígenas y tribales, ha llevado a la jurisprudencia a conferirles la condición de sujetos colectivos de especial protección constitucional.¹⁷

8.5. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA. El derecho a la consulta previa está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, suscrito Ginebra en 1989.¹⁸ Este Convenio surge como respuesta a las críticas hechas a otro convenio anterior de la OIT, el Convenio 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957. Aun cuando el objetivo del Convenio 107 era el de proteger a las personas pertenecientes a las comunidades étnicas, su enfoque era asimilacionista, en el sentido de que pretendía integrar a las comunidades indígenas y tribales a las sociedades mayoritarias y vincularlas a la fuerza de trabajo, a partir de una noción hegemónica de desarrollo¹⁹.

La Corte Constitucional, ha venido reconociendo la consulta previa como un derecho fundamental innominado, de carácter colectivo, cuyos titulares son las comunidades

¹⁶ Sentencia T-576 de 2014.

¹⁷ Sentencia T-485 de 2015.

¹⁸ El Convenio 169 establece algunas hipótesis que deben ser objeto de concertación, a saber: **i)** la prospección o explotación de recursos en el territorio indígena; **ii)** el traslado o reubicación de la comunidad en tierras diferentes a las que ocupan; **iii)** la restricción o regulación a la capacidad de que el colectivo étnico enajene o transfiera sus derechos fuera de su comunidad; **iv)** la reglamentación con la organización y funcionamiento de programas de formación profesional; **v)** fijación de las condiciones mínimas para conformar instituciones de educación y autogobierno; y **vi)** la políticas de enseñanza y la conservación de su lengua.

¹⁹ Sentencia T-969/14. M. P. Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

indígenas, negras, raizales, palenqueras y afrocolombianas. Más aun, ha dicho que es un derecho susceptible de protección por vía de la acción de tutela, a partir de la regla establecida en la Sentencia SU-037 de 1997²⁰.

En igual sentido, esa misma Corte, en sentencia SU 039 de febrero 3 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, definió la finalidad de la consulta previa en los siguientes términos:

“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 dé 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”.

Ahora bien, el art. 6º del Convenio de la OIT, establece que la consulta previa se constituye en un instrumento determinante para que los grupos indígenas y tribales participen en las decisiones que los afecten directamente y, en esa medida, sean actores principales en el permanente proceso de conformación y reafirmación de su identidad, garantía que se encuentra inescindiblemente ligada a su subsistencia como pueblo diferenciado.

Para el tratadista JOHN JAIRO MORALES ÁLZATE, 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.”²¹

²⁰ Sentencia T-969/14. M. P. Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

²¹MORALES ALZATE, John Jairo. La Consulta Previa un Derecho Fundamental. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2014. Tomo II, p. 101 y ss.

En ese orden, la jurisprudencia constitucional²² sostiene que aclarado el contenido y naturaleza del derecho fundamental a la consulta previa, lo que procede es definir, que se entiende por ***afectación directa*** a la comunidad indígena, al momento de darse curso, al proceso administrativo para concretar tal derecho. Para ello, se ha indicado que tal concepto, se entiende, en el sentido de que *“toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos, deberá agotar, no sólo el trámite de la consulta previa, desde el inicio, sino que se orientará bajo **el principio de participación y reconocimiento**, en un proceso de diálogo entre iguales, que tendrá como fin, el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas”*.

Por lo anterior, no toda afectación por sí misma, da lugar al ejercicio del mecanismo de protección pluricitado, de allí que se haya recurrido al estudio específico de cada evento, con apoyo de las directrices gubernativas solventadas al respecto, como lo es, en el caso concreto, la certificación del Ministerio del Interior, el cual, si bien, no es un requisito ***sine qua non*** para la consulta, si se traduce en un elemento de importancia mayúscula, para valorar el criterio de afectación directa. Sobre lo manifestado, se ha indicado:

“Pero existe un tema adicional que revela cuán aceptada ha sido esa perspectiva, incluso, por parte de las autoridades. Es el que tiene que ver con el trámite de la “Certificación de presencia de grupos étnicos en zonas de ejecución de proyectos”, una de las herramientas clave para resolver cualquier duda de los empresarios o de las entidades gubernamentales sobre la necesidad de agotar el proceso de consulta.

Algunos de los debates constitucionales que se dieron en el pasado sobre la procedencia de la consulta fueron resueltos en atención a la obtención de dicha certificación que, hoy, puede solicitarse vía web, a través del Programa de Gobierno en Línea del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Un caso emblemático es el de la sentencia T-880 de 2006[90], que le ordenó a Ecopetrol suspender las actividades exploratorias que estaba adelantando en una vereda del municipio de Tibú y consultar a las autoridades del Pueblo Indígena Motilón Barí sobre su presencia en la zona, para determinar de qué manera incidía la construcción de un pozo petrolero en su integridad cultural, social y económica.

El problema consistió en que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia negó la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del pozo petrolero, lo cual condujo a que el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial concediera la licencia ambiental para construirlo.

La Corte ordenó verificar dicha presencia, porque, de confirmarse, habría que consultar a las minorías étnicas correspondientes sobre dicha construcción.

²² Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

El trámite de la referida certificación fue un elemento fundamental para definir procesos posteriores, como el evaluado por la sentencia T-1045A de 2010. En este caso, la Corte advirtió que “el Ministerio del Interior y de Justicia recomendó realizar la consulta previa, precisamente por la presencia de comunidades afrodescendientes en la respectiva área de explotación, consulta que obviamente debió efectuarse antes de iniciarse la explotación minera”.

Pero eso no quiere decir que el documento opere como una camisa de fuerza que determine o descarte la realización de la consulta. La sentencia T-547 de 2010 aclaró ese tema, debido a que, en el caso, la misma se expidió con referencia en criterios legales y reglamentarios “según los cuales la consulta solo procedía si se trataba de adelantar proyectos en resguardos o zonas con asentamientos permanentes y a partir de la constatación de que el área del proyecto no hacía parte de un territorio indígena jurídicamente establecido”.

La Corte precisó que la ausencia de asentamientos permanentes de comunidades indígenas en la zona del proyecto no descartaba el trámite de la consulta previa, porque, de todas maneras, el elemento de afectación directa estaba demostrado, en tanto que el proyecto en estudio incidía sobre el entorno territorial y sobre los lugares en los que los accionantes realizaban prácticas culturales.

Así, quedó claro que la certificación es un instrumento válido al que, en aplicación del principio de buena fe, deben acudir las autoridades del Estado y a los particulares interesados en la medida susceptible de afectar a las comunidades indígenas.

Vale la pena recordar las consideraciones que hizo la Corte sobre tal exigencia de buena fe. El fallo advirtió que esta involucra el deber de plantear ante las instancias correspondientes el requerimiento de consulta, tan pronto se tenga conocimiento de una medida que pueda afectar a una comunidad indígena. Era dicha conducta la que se esperaba de las accionadas en este caso.

La Sala considera pertinente insistir sobre el marco de referencia que la Constitución y la jurisprudencia han desarrollado para cerrarle el paso a cualquier duda relacionada con la pertinencia de la consulta. Y sobre las herramientas que ha dispuesto el Gobierno para garantizar este derecho fundamental, mientras se determina la competencia que tienen los entes territoriales en esta materia.

Ciertamente, la ausencia de una regulación legal de los eventos en los cuales es procedente la consulta no excusa lo que ocurrió en este caso. Sobre todo, cuando existen instructivos como la Directiva Presidencial 001 del 2010, que indica qué acciones requieren agotar ese trámite, cuáles no y establece los mecanismos para desarrollarlo.

El documento fija una regla general que insta a realizar la consulta “antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquier proyecto que pueda afectar a los Grupos Étnicos Nacionales, o los derechos de los que son titulares de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o los instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación”.

También precisa un listado de acciones concretas que deben ser consultadas con los grupos étnicos nacionales, entre las que se incluye la expedición de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los grupos étnicos

nacionales y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial.

El hecho de que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior tenga entre sus funciones las de “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” y “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” confirma que no hay pretextos para rehuir al trámite de la consulta.

Los interesados pueden requerir la información pertinente antes de proceder a la ejecución de cualquier acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir o tenga la potencialidad de afectar territorios habitados por minorías étnicas.”²³ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Como se puede observar, el mecanismo de amparo constitucional es procedente dentro de este tipo de actuaciones, una vez se constate que con la ejecución de los proyectos se pueden ver afectados los derechos de las comunidades que habitan las áreas de impacto de los mismos.

9. EL CASO CONCRETO: Dentro del acervo probatorio allegado al expediente, se vislumbran las siguientes piezas documentales aportadas por las partes:

Parte demandante:

- Copia de la petición presentada por las comunidades indígenas a la Defensoría del Pueblo, el 07 de mayo 2018 (Folio 6)
- Copia del memorial presentado por los resguardos indígenas a la Personería del Municipio de Corozal, sobre la falta de socialización del proyecto a sus comunidades, del 24 de agosto de 2015 (Folios 7 y 8)
- Copia de Certificaciones de la Alcaldía de Corozal y de la Personería Municipal sobre la elección del capitán del Cabildo Menor del Territorio Indígena Zenú La Esmeralda Las Tinas, del 21 y 22 de marzo de 2017 (Folio 9 y 10)
- Actas de reunión sobre la construcción del gasoducto. (Folio 11-14)
- Copia de las Actas del Cabildo Menor Indígena Zenú – San José de Pileta Corozal Sucre, sobre la modificación de su junta directiva, posesión del personal directivo, al igual que las certificaciones de la Alcaldía de Corozal. (Folio 16-41)

Parte demandada:

²³ Sentencia T-698 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- **Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior:**

- Copia de actas de consulta previa etapa de seguimiento de acuerdos y cierre con la Parcialidad Indígena La Peñata, en el marco del proyecto “Construcción y operación del Gasoducto Loop San Mateo Mamonal, a cargo de la Empresa Promigas S.A E.S.P (Folio 62 al 75)
- Certificación No. 618 de 02 de abril de 2014, sobre la presencia o no de comunidades étnicas en las zonas de proyectos, obras o actividades a realizarse en la “CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL”, (Folios 76-80)

- **Promigas S.A E.S.P- CD – Folio 89:**

- Actas de socialización del proyecto en los Corregimientos Las Tinas y San José de Pileta
- Certificado de Cámara de Comercio de Promigas S.A E.S.P
- Resolución 560 del 06 de noviembre del 2015 expedida por la Secretaria de Planeación de Toluviejo, “por medio de la cual se concede permiso a la empresa Promigas S.A E.S.P para la intervención del espacio público”.
- Solicitud de Promigas al Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior con Rad. No. 0976767 de fecha 07 de enero de 2014 donde solicita que se certifique presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto “construcción y operación del gasoducto Loop San Mateo Mamonal.
- Acta de reunión cierre del proyecto.
- Socialización de la licencia ambiental de fecha 15 de enero de 2016, en el corregimiento Las Tinas.
- Reunión de seguimiento en el Corregimiento Las Tinas y acta de reunión No. 01.
- Socialización de la Licencia Ambiental e inicio de las obras de construcción en el Corregimiento San José de Pileta y acta de reunión No. 01.
- Reunión de seguimiento de licencia ambiental y actividades constructivas.

Todos los anexos reseñados se encuentran contenidos en el CD que obra a Folio 89 del C.Ppal.

Analizada la postura de las partes, la Sala procede a resolver el presente asunto. En lo que respecta a la legitimidad por activa, se encuentra que el señor CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ VERBEL, es el Capitán Menor del Cabildo Menor Indígena Zenú La Esmeralda Las Tinas, según certificación emanada de la Alcaldía Municipal de Corozal y

suscrita por el Alcalde, de fecha 21 de marzo de 2017, en la que consta, que fue elegido mediante Resolución No. 0265 de marzo de 2015, para el periodo 2017-2019 (Nit. 901089671-3)²⁴, y que la señora CARMEN JULIA BERTEL MERCADO, es la Capitana Menor del Cabildo Menor Indígena Zenú San José de Pileta, según Resolución No. 0267 de marzo de 2015, suscrita por Eder Eduardo Espitia Estrada Cacique Mayor Regional del Pueblo Zenú, para el periodo 2017-2019²⁵.

Entonces, la comunidad accionante representada como viene de ser descrito, solicita a la Defensoría interponer la presente acción de tutela exponiendo dos problemáticas que, en su sentir lleven a la afectación de su derecho fundamental a la consulta previa.

El primero hace referencia a la afectación directa de los derechos étnicos que se están presentando por el proyecto “*Construcción y operación del Gasoducto Loop – San Mateo - Mamonal*” y el segundo, al otorgamiento de la licencia ambiental por parte de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, a la empresa Promigas S.A. E.S.P, mediante Resolución No. 0805 del 9 de julio de 2015, sin adelantar la consulta previa correspondiente.

Ante esta situación, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales referidos, la Sala pasa a examinar **en primer lugar**, si la tutela fue interpuesta dentro de un término razonable y, **en segundo lugar**, si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para lograr la protección invocada.

En relación con el principio de inmediatez como requisito de procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia²⁶, ha sostenido que si bien no existe un término de caducidad para la presentación de la acción de amparo, dada su naturaleza cautelar, la acción judicial debe ser interpuesta en un plazo razonable dentro del cual se presuma que la amenaza o afectación del derecho fundamental es actual e inminente. Lo anterior encuentra sustento en que si lo que se persigue a través de esa acción constitucional es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales frente a una vulneración o amenaza, es necesario que la petición sea presentada en el marco temporal de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos. Por consiguiente, “[a]l no limitar en el tiempo la presentación de la demanda de amparo constitucional, se burla el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de

²⁴ Fl. 9 del C.Ppal.

²⁵ Fls. 26-29 ib.

²⁶ Sentencia T-693 de 2011.

*tutela, y se desvirtúa su fin de protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos*²⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, también se ha señalado que, para la verificación del cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez constitucional debe **analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso**. Ello, con el fin de determinar si el ejercicio de la acción de tutela se hizo oportunamente a no ser que medie **justa causa** que haya impedido al demandante actuar de manera oportuna²⁸, lo cual deberá ser advertido o justificado por el juez de conocimiento, a la luz del caso concreto.

Así, la jurisprudencia constitucional ha establecido ciertos eventos en los que **resulta admisible la dilación en la interposición de la acción de tutela**, a saber:

“(i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual y,

*(ii) Que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.”*²⁹

En el presente evento, aparece probado que la licencia ambiental para iniciar el proyecto “Construcción y Operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal” se otorgó a la empresa PROMIGAS S.A. E.S.P., mediante Resolución No. 0805 de data 9 de julio de 2015. Adicionalmente, la socialización de la licencia ambiental del proyecto se realizó en el corregimiento de San José de Piletas el 14 de enero de 2016 y en las Tinas el 15 de enero de 2016; la reunión cuyo objeto fue el cierre del proyecto se llevó a cabo el 21 de noviembre de 2016, según dan cuentas las actas de reunión realizadas por la empresa MONTECZ S.A. y que obran en el documento adjunto CD remitido por Promigas S.A. E.S.P.; de ahí que tanto las autoridades, la empresa accionada, así como el *A quo* hacen alusión a la falta de inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela.

De igual manera, que el representante legal de Promigas S.A. E.S.P., radicó ante el Ministerio del interior el día 8 de enero de 2014, oficio, solicitando se certifique la presencia de resguardos indígenas y/o territorios colectivos de comunidades negras en el área del proyecto “Construcción y Operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal”. Del mismo modo, radicó ante el INCODER, Área de Gestión de Asuntos

²⁷ Sentencia T-279 de 2010 M.P. Humberto Sierra Porto.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-158 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁹ Sentencia T-693 de 2011.

Étnicos, oficio No. 096763, solicitando se certifique la presencia de resguardos indígenas y/o territorios colectivos de comunidades negras en el área del proyecto “Construcción y Operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal”³⁰.

Asimismo, a través de oficio No. 74694 de fecha 5 de marzo de 2014, suscrito por el Director de Consulta Previa, se dio respuesta a la solicitud radicada por Promigas S.A. E.S.P., indicando que la información aportada es insuficiente para certificar o no la presencia de comunidades étnicas para el proyecto “Construcción y Operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal”³¹.

Mediante Oficio No. 098189 con fecha de radicación 19 de marzo de 2014 ante el Ministerio del Interior, el Gerente de Medio Ambiente y Seguridad Industrial de la empresa Promigas S.A. E.S.P., adjunta listado de predios a intervenir durante la construcción del proyecto “Construcción y Operación del Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal”, igualmente anexa planos en DWF que contienen las zonas ya intervenidas y planos en coordenadas Shape³².

Reposan también, distintas actas de reunión de obra realizadas por la empresa Promigas S.A. E.S.P. y la empresa MONTECZ S.A., en los corregimientos de Piletas y Las Tinas de Corozal, cuyo objeto principal consistió en la socialización del proyecto “Loop San Mateo-Mamonal”; socialización de la licencia ambiental para la construcción del proyecto; seguimiento ambiental, actividades constructivas y componente social; así como, socialización a las comunidades acentuadas en el área de influencia directa del proyecto y, cierre del proyecto, todas suscritas en su mayoría por la comunidad residente, representantes de la JAC y profesionales presentes en dicha socialización³³, de las cuales no se logra colegir la presencia de las comunidades accionantes en el sector o cercanía con el área de construcción del proyecto, pues el principal pedido de la comunidad en

³⁰ CD que obra a Folio 89 del C.Ppal.

³¹ CD que obra a Folio 89 del C.Ppal.

³² CD que obra a Folio 89 del C.Ppal.

³³ Ver anexos del CD que milita a folio 89 del C.Ppal. Las actas relacionadas en el archivo adjunto son:

Acta No. 17 del 19 de junio de 2014, realizada por Promigas S.A. E.S.P., en el corregimiento Las Tinas, cuyo objeto radica en la socialización a comunidades del área de influencia directa del gasoducto sur de la empresa Promigas.

Acta No. 14 del 27 de junio de 2014, realizada por Promigas S.A. E.S.P., en el corregimiento San José de Pileta, cuyo objeto radica en la socialización a comunidades del área de influencia directa del gasoducto sur de la empresa Promigas.

Acta de reunión de fecha 14 de enero de 2016, realizada por la empresa MONTECZ S.A., en el corregimiento de San José de Piletas, la cual tuvo como objeto la socialización de la licencia ambiental del proyecto “Loop San Mateo – Mamonal”.

Acta de reunión de fecha 15 de enero de 2016, realizada por la empresa MONTECZ S.A., en el corregimiento Las Tinas, cuyo objeto radicó en la socialización del proyecto “Loop San Mateo –Mamonal”.

Acta de reunión No. 01 de fecha 28 de abril de 2016, realizada por Promigas en el corregimiento Las Tinas.

Acta de reunión No. 02 de fecha 15 de junio de 2016, realizada en el corregimiento Las Tinas, la cual tuvo por objeto el seguimiento de la licencia ambiental, actividades constructivas y componente social.

Acta de reunión No. 002 de fecha 15 de junio de 2016, llevada a cabo por la empresa MONTECZ S.A., en la comunidad de Piletas, con el objeto de hacer seguimiento de la licencia ambiental, actividades constructivas y componente social.

Acta de reunión de obra de fecha 21 de noviembre de 2016, realizada por la empresa MONTECZ S.A., en la escuela Piletas, cuyo objeto consistió en el cierre del proyecto “Loop San Mateo –Mamonal”.

dichas reuniones consistía en la contratación de la mano de obra calificada y no calificada del sector y en la protección de la fauna y flora de los mentados corregimientos.

En relación con el primer problema, de las pruebas que obran en el expediente, especialmente las arrimadas por la empresa Promigas S.A. E.S.P., para la Sala, es posible deducir, desde el punto de vista cronológico, que desde la socialización del proyecto en los corregimientos de San José de Piletas y Las Tinas del Municipio de Corozal (enero de 2016), fecha de la primera reunión celebrada con la comunidad de dichos corregimientos, hasta la presentación de la acción de la referencia (31 de julio de 2018), ha transcurrido más de tres (3) años, sin que se avizore por parte de esta colegiatura una justificación del porqué de la demora; máxime cuando en el sumario reposa escrito de fecha 24 de agosto de 2015, dirigido al personero municipal de Corozal, por parte de los Cabildos Indígenas Zenú del corregimiento El Mamón, Pileta, Cantagallo y Esmeralda Las Tinas con asentamiento en ese municipio, a través del cual ponen en conocimiento de dicho funcionario, que no se les tuvo en cuenta para la socialización del impacto arqueológico del proyecto “Loop San Mateo-Mamonal”, que tuvo lugar en la Casa de la Cultura el día 19 de agosto de 2015 (fl. 7-8).

Así mismo, yace copia del acta de reunión No. 001 realizada en el 2016 (ilegible en algunos apartes, como la fecha), con representantes del cabildo menor de San José de Piletas y Esmeralda Las Tinas, cuyo objetivo fue dar a conocer las expectativas y solicitudes que la comunidad indígena San José de Piletas y las Tinas presenta para participar en la construcción del gasoducto Loop San Mateo –Mamonal. (fl. 11-13)

Lo anterior, significa que dichas comunidades étnicas tuvieron conocimiento del inicio del proyecto desde el año 2015, no obstante, no se probó, que durante ese periodo hayan realizado las gestiones pertinentes para garantizar la protección de sus derechos.

De cualquier modo, si en gracia de discusión se aceptare la posibilidad de que para ese momento, con la información recibida los accionantes no podrían determinar claramente los daños que se ocasionarían a los elementos que constituyen la base de su cohesión cultural, económica y social, de modo que pudiera acudir inmediatamente a la acción de tutela, no lo es menos, que teniendo en cuenta el momento en que la comunidad se enteró de la finalización del proyecto – finales de 2016- según acta de socialización de cierre del proyecto³⁴, hasta la interposición de la tutela, 31 de julio de 2018, ha pasado más de 2 años, término este que no encuentra la Sala razonable, a la luz de los criterios expuestos en la jurisprudencia de esta Corporación³⁵, en procura del amparo de los derechos

³⁴ Ver CD de contiene datos adjuntos fl. 89.

³⁵ Sentencia T-313 de 2016.

fundamentales a través de este mecanismo constitucional, el cual se caracteriza por ser preferente y sumario, en consecuencia, la acción de la referencia carece de inmediatez.

Teniendo en cuenta lo anterior, una solución basada en el incumplimiento del principio de inmediatez, originaría una decisión de improcedencia que no estudiaría el asunto de fondo; sin embargo, la sala flexibilizará dicho requisito en razón a que no está en duda la existencia de las comunidades étnicas que solicitaron ayuda de la Defensoría y que dicha entidad plantea una posible afectación continuada o permanente de los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados en el territorio de dichas comunidades; por ello, pasa la Sala a analizar el segundo planteamiento, esto es la procedencia de la acción.

Ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, en este caso los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, debe precisarse que si bien, lo procedente es acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando lo pretendido sea la nulidad de los actos administrativos por el desconocimiento al derecho a la consulta previa, no lo es menos, que la jurisprudencia Constitucional³⁶, en casos como el analizado ha sido del criterio que los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos. Esto debido a que sólo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no están en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa, propios del juez constitucional y que en ese orden de ideas, estos pueden acudir a la acción de tutela en aras de la protección de los derechos que, como la consulta previa, la autonomía en su administración política, social y cultural, les han sido reconocidos expresamente como fundamentales.

Delimitado lo anterior y como quiera que en el presente asunto se evidencia que el proceso consultivo requerido por los actores no fue llevado a cabo, la resolución del problema jurídico debe centrarse en definir si el proceso de consulta previa respecto de las comunidades indígenas parcialidad Cabildo Menor Indígena Zenú de San José de pileta y Cabildo Menor Indígena Zenú La Esmeralda Las Tinas, en el contexto propuesto en la presente acción constitucional era exigible o no.

En aras de dar respuesta al anterior planteamiento, la Sala encuentra necesario abordar la diferencia entre el concepto constitucional de ***afectación directa*** y el concepto operativo de ***área de influencia*** de un proyecto, que ha sido establecido por la Sala

³⁶ Ver sentencias T-380 de 1993, T-515 de 2017, SU 097 de 2017 y T-300 de 2018.

Plena de la Corte Constitucional, precisando que es el primero y no el segundo, el que debe establecer si se debe consultar una actividad.³⁷

Ahora, en relación con el desarrollo de proyectos, obras o actividades, la Corte Constitucional ha sostenido que la afectación directa se determina por el impacto que su implementación pueda causar sobre “*la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen*”³⁸, esto es, sobre el medio biótico, abiótico y socioeconómico de los territorios habitados, ocupados o pertenecientes a la comunidad.

De ello se desprende que una de las formas para garantizar la protección efectiva de derechos de las comunidades étnicas, se materializa en la identificación del área donde se va a ejecutar el proyecto, obra o actividad. Para ello, el ordenamiento jurídico prevé que el titular está obligado a establecer su área de influencia³⁹, con el objetivo, entre otros, de determinar si el proyecto, obra o actividad puede afectar directamente los territorios ocupados, habitados o pertenecientes a comunidades étnicas.

De lo expuesto, es posible concluir que el área de influencia directa es aquella en la cual se van a presentar los impactos sobre el medio biótico, abiótico y socioeconómico causados por las actividades de construcción y operación. Ahora, al tratarse de comunidades étnicas, dichos impactos se predicarán respecto de su integridad cultural, su autonomía política y organizativa, y en general del goce efectivo de sus derechos⁴⁰.

Conviene resaltar además, como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional, que “*siempre que se vaya a establecer el área de influencia directa de un determinado proyecto, obra o actividad que pueda requerir la realización de la consulta previa, el Estado, a través de la DCP, tiene a su cargo el deber de expedir certificaciones con fundamento en información cartográfica, geográfica o espacial, de presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos*”⁴¹.

Así las cosas, en el sub examine, se evidenció que a pesar de que una zona del corregimiento San José de Piletas y Las Tinas del municipio de Corozal se encuentra dentro del área de influencia directa del proyecto “*construcción y operación del*

³⁷ Corte Constitucional, **sentencia SU-217 de 2017** (MP María Victoria Calle Correa; SV Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo).

³⁸ Sentencia T-745 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁹ De conformidad con el artículo 6 del Decreto 2613 de 2013 “(...) [p]ara la expedición del certificado de presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa requerirá de la entidad responsable del POA [Proyecto obra o actividad] o del ejecutor del proyecto, la descripción del proyecto **y su área de influencia.**”

⁴⁰ Sentencia T-969 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴¹ Sentencia T-313 de 2016.

Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal”, la Dirección de Consulta Previa a través de certificación No. 618 del 2 de abril de 2014, hizo constar que únicamente en el área del proyecto registra la parcialidad indígena LA PEÑATA, reconocida por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, con la Resolución No. 022 del 26 de octubre de 2011, en el Municipio de Sincelejo, Departamento de Sucre; adicionalmente, señaló que no se registra la presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en el área del proyecto antes mencionado⁴².

Cabe resaltar que la Certificación 618 de 2 de abril de 2014, se basó en las siguientes referencias: “i) Base cartográfica de resguardos indígenas constituidos (Incoder-Igac 2012), ii) Base cartográfica de Consejos Comunitarios constituidos (Incoder 2012), iii) Base de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías Étnicas y Rom (Mininterior 2012), iv) Base de datos de la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras (Mininterior 2012), v) Solicitudes de titulación colectiva para Comunidades Indígenas (Incoder 2012-2013), vi) Solicitudes de titulación colectiva para Comunidades Negras (Incoder 2012-2013), vii) Base de datos (espacial y no espacial) de Resguardos Indígenas de origen Colonial (Incoder 2012), viii) Base de datos (espacial y no espacial) de Predios priorizados por la Comisión Nacional de Territorios Indígenas (Incoder 2013), ix) Base de datos (espacial y no espacial) de predios del Fondo Nacional Agrario en proceso de adjudicación a grupos étnicos (Incoder 2013), x) Base de datos (espacial y no espacial) de Reservas Indígenas (Incoder 2013), y xi) Base de datos de Consulta Previa (Mininterior 2012)”.⁴³

También, mediante oficio No. 100004 radicado el 20 de junio de 2014 ante el Ministerio del Interior, la empresa Promigas S.A. E.S.P., solicitó al Director de Consulta Previa que corrobore que no exista presencia de más comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto para el desarrollo del proceso de consulta previa, solicitando a ese ministerio el acompañamiento en un recorrido al área de influencia del proyecto⁴⁴.

Yace además, Oficio No. 75948 radicado el 17 de julio de 2014, suscrito por Director de Consulta Previa, en el cual informó a la Gerente de Medio Ambiente y Seguridad Industrial de Promigas, que mediante acto administrativo No. 618 de 2 de abril de 2014, se certificó la presencia de comunidades étnicas en el área del proyecto “CONSTRUCCIÓN DEL GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL” ⁴⁵. Acto administrativo que se encuentra vigente y goza de presunción de legalidad, razón por la

⁴² CD que obra a Folio 89 del C.Ppal y Fl. 76-80 C.Ppal

⁴³ Ver contenido de la referida certificación CD fl. 89, anexo 2 al 9.

⁴⁴ CD que obra a Folio 89 del C.Ppal.

⁴⁵ CD que obra a Folio 89 del C.Ppal.

cual no le es posible atender la solicitud realizada mediante Oficio No. 100004; recibida el 24 de junio de 2014, en el que la empresa PROMIGAS solicita el reconocimiento de comunidades étnicas en el trazado de proyecto Loop del sur.

También obra certificado No. 20141102937 de fecha 26 de febrero de 2014, suscrito por el Subgerente de Promoción, Seguimiento y Asuntos Étnicos del INCODER, en el que hace constar que previa revisión en el sistema de información geográfica y en la base de datos de la subgerencia de promoción, seguimiento y asuntos étnicos, atendiendo las coordenadas correspondientes al área de influencia de interés en la construcción y operación del gasoducto Loop del sur, se determinó que no coinciden con las coordenadas de territorio legalmente titula de resguardos indígenas o comunidades negras⁴⁶.

Como resultado, esta Colegiatura encuentra que si bien es cierto la exigencia de una licencia ambiental es un indicio fuerte de la necesidad de una consulta previa⁴⁷, dicho indicio por sí solo no es suficiente y en este caso, no se cuenta con los elementos de juicio para determinar con exactitud que las parcialidades Indígenas -Cabildo Menor Indígena Zenú de San José de Pileta y Cabildo Menor Indígena Zenú La Esmeralda Las Tinias-, **se encuentren en el área directa del proyecto** “CONSTRUCCIÓN DEL GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL”, pues no reposa en el expediente plano cartográfico o coordenadas que permitan delimitar con precisión la distancia existente entre dichas parcialidades indígenas y el gasoducto, es decir, no reposa dentro de la presente acción documento alguno que permita corroborar con coordenadas, la distancia entre el gasoducto y las comunidades, tampoco alguna evidencia que permita concluir que el “GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL”, se ubica o pasa por el territorio en las comunidades étnicas, entendiendo por tal⁴⁸, no sólo las áreas tituladas a una comunidad, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional y relevante de sus actividades culturales, religiosas y económicas, etc., ni tampoco en qué consisten aquellas actividades o la supuesta perturbación alegada frente a ellas.

Por consiguiente, a juicio de esta Sala y siguiente en este análisis a la Corte Constitucional en su sentencia **T-011-18**, en el proceso de identificación de los pueblos con afectación

⁴⁶ CD que obra a folio 89 del C.Ppal.

⁴⁷ En la Sentencia T-236 de 2017. Se expuso como conclusión: “la jurisprudencia constitucional evidencia que un proceso de licenciamiento ambiental en el que se encuentren involucrados grupos étnicos supone el desarrollo de consulta previa, por la propia naturaleza del mismo. Dicho de otra forma, la necesidad legal de una licencia ambiental bajo los parámetros de la Ley 99 de 1993 demuestra que los impactos de la actividad licenciada constituyen una afectación directa. Aunque el análisis de la afectación directa debe hacerse en cada caso, para la Sala, la necesidad de licencia ambiental es un indicio fuerte de la necesidad de una consulta previa”

⁴⁸ Sentencia T-489-14, NUMERAL 3.- El concepto amplio de territorio indígena y su protección especial cuando se trata de áreas sagradas y de importancia cultural para las comunidades, incluso cuando se trata de zonas fuera de los resguardos titularizados. Qué ratifica a su vez la sentencia T-693-11

directa, no se advierte que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior haya actuado de manera negligente, ni que se hubiese apartado del principio de buena fe. De igual manera, de conformidad con la prueba documental arrimada al expediente no cabe reproche alguno respecto de las actuaciones adelantadas por PROMIGAS S.A. E.S.P., pues no se acredita que, en el ejercicio de sus operaciones y en los trámites previos y posteriores al proceso de consulta y de obtención de la licencia ambiental, hubiese advertido la presencia de lugares relevantes para la cosmovisión de las comunidades accionantes, que se vieran afectados por **un impacto directo** del proyecto “CONSTRUCCIÓN DEL GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL”, a fin de activar el deber de informar sobre su existencia al citado Ministerio, para que éste procediera con el trámite de verificación y certificación previsto en el ordenamiento jurídico.

De esta manera, y siguiendo las consideraciones expuestas, **la carga sobre la demostración de la afectación directa pasa a la comunidad**, o en este caso puntual a la Defensoría para lo cual le asistía el deber de allegar, como se expuso en la Sentencia SU-217 de 2017 previamente citada en esta providencia y se reiteró en el fallo T-416 de 2017, *“los elementos de juicio que demuestren la forma en que [el proyecto] podría atentar contra lugares relevantes de su cosmovisión; sus mitos, sus ritos, su modo de producción y vías de subsistencia o el desarrollo de sus festividades”*, ya que las afirmaciones generales efectuadas sin soporte probatorio alguno, no permiten un fallo a favor de las pretensiones.

Teniendo en cuenta que el concepto de afectación directa es indeterminado, al punto que los supuestos de aplicación no se hallan fijados en una norma positiva, este Tribunal al seguir las hipótesis que establece el Convenio 169 de la OIT, tampoco encontró tal afectación en el caso concreto de la presente acción de tutela; puesto que no se halló probado que la explotación de los recursos naturales **se esté realizando en territorio indígena**, no se presenta evidencia de un posible traslado o reubicación de esa población a raíz de las obras, tampoco existen razones ni elementos de prueba para deducir la limitación o traslado de sus derechos al exterior de su comunidad, no se comprobó que la construcción de la obra de infraestructura tuviese la potencialidad de afectar la organización y funcionamiento interno de la comunidad, o de sus instituciones de autogobierno, de su educación o de su lengua.

La Ley 99 de 1993 establece en su artículo 76, una protección especial para las comunidades étnicas a fin de evitar que la explotación de los recursos naturales se haga en desmedro de su integridad cultural, social y económica.

En consonancia con esta disposición, el Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales **dentro de su territorio**, establece el deber de realizar consulta previa no sólo cuando la obra, proyecto o actividad se vaya a adelantar en zonas de resguardo indígena o de propiedad colectiva titulada a comunidades negras, **sino también sobre zonas no tituladas pero habitadas de manera regular y permanente por comunidades étnicas**.

En las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-547-de 2010 y T1045A de 2010 se tutelaron los derechos a la consulta previa porque se estableció sin lugar a dudas, que las licencias ambientales y las obras de infraestructura a ejecutar, se desarrollaban en áreas de resguardo, en territorios de usos ancestrales o relevantes para su cosmovisión; pero en este caso esa prueba brilla por su ausencia.

Del mismo modo, ante la omisión en la carga de producción o aportación de la evidencia por parte de la Defensoría, sobre la cual se pueda concluir que un determinado hecho en disputa existe, tampoco se observa la existencia de una posibilidad real de que los territorios indígenas hayan sido afectados por la construcción de dicho proyecto, y de que sean afectados en el futuro, por tanto, no es posible establecer la afectación y amenaza a los derechos de las comunidades.

Es claro en la presente acción, que la Defensoría no logró demostrar la vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa de las comunidades indígenas antes mencionadas, como quiera que no aportaron pruebas contundentes que llevaran a demostrar lo contrario, asistiéndole razón al *A quo* cuando manifiesta “*que la acción de tutela es un mecanismo sumario donde debe demostrarse por el accionante la vulneración de los derechos fundamentales, además de acreditarse la inminencia de un perjuicio irremediable*”.

En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión, porque quien conoce la manera como se presentaron los hechos y sus consecuencias, es quien padece el daño o la amenaza de afectación⁴⁹. Por consiguiente, el juez constitucional no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del actor, pues si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta no tiene justificación.

⁴⁹ Sentencia T-620 de 2017.

Sobre el particular, la Corte ha señalado que la decisión judicial *“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.”*⁵⁰

Finalmente, en razón a las consideraciones anteriormente expuestas y atendiendo la sentencia de tutela **T-011 de 2018**, de la H. Corte Constitucional, se reitera que la carga probatoria corresponde a la parte actora, por lo tanto esta Colegiatura no encontró acreditado que las entidades accionadas hayan actuado en desconocimiento del trámite de consulta previa, contrario a ello, de las pruebas traídas al proceso se demostró que la empresa PROMIGAS S.A. E.S.P., agotó todas las etapas y procedimientos a fin de determinar la presencia de comunidades indígenas, room, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras que estuviesen asentadas en el área de influencia directa del proyecto en diversas oportunidades y correlativamente a ello, la parte actora no logró demostrar afectación alguna de su territorio.

2.7. Conclusión. En sub lite, no se logró demostrar que las comunidades indígenas parcialidad Cabildo Menor Indígena Zenú de San José de pileta y Cabildo Menor Indígena Zenú La Esmeralda Las Tinas, estuviesen ubicadas territorialmente en el área de afectación directa del proyecto “CONSTRUCCIÓN DEL GASODUCTO LOOP SAN MATEO MAMONAL”, así como tampoco que se hayan visto afectadas, ni de qué modo por dicho proyecto, razón por la cual se confirmara la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

F A L L A,

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de calenda 15 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Notifíquese por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

⁵⁰ Ver sentencias T-864-99, T-620-17 y T-571 de 2015.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 138.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY