



Cartagena de Indias, D. T. y C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)
Radicado	13-001-33-33-006-2018-00066-01
Accionante	CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE SAN MARTIN DE CICUCO
Accionado	NACION-MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Consulta previa

II. - PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada contra el fallo de tutela de fecha 16 de abril de 2018, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio del cual se negó el amparo constitucional.

III.- ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

En la solicitud, la accionante narró los siguientes hechos:

- 1.1. La ejecución del contrato de obra pública No. 127 de 2015 denominado INTERCONEXIÓN VIAL YATÍ- LA BODEGA "PUENTE RONCADOR O DE LA RECONCILIACIÓN O CELESTE" celebrado entre el Fondo de Adaptación y el Consorcio Nacional Yatí, tiene por objeto la construcción de un puente que conecte a Santa Cruz de Mompox con el resto del país, pasando por los municipios de Magangué, Talaigua Nuevo y Cicuco.
- 1.2. Para el contrato de obra pública le fue otorgado la licencia ambiental No.837 de 2014 cedida al consorcio contratista de la obra- Consorcio Nacional Yatí mediante Resolución No. 229 de 2016.



- 1.3. Mediante Resoluciones No. 1125 de 21 de agosto de 2013, 151 y 153 de 2017, el Director de Consulta Previa expidió certificaciones de no presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de proyecto, requisito necesario para la concesión de la precitada licencia ambiental para definir la necesidad de realiza consulta previa en el sector en mención.
- 1.4. En el área de influencia del proyecto, se sitúa la comunidad Afrodescendiente de San Martin, organizada como Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San Martin de Cicuco, reconocida mediante Resolución No. 224 1MG del 27 de septiembre de 2017 expedida por el Alcalde Municipal.
- 1.5. Manifiesta el actor que para las fechas de las expediciones de las certificaciones otorgada por la Dirección de Consulta Previa, no se encontraban legalmente como Consejo Comunitario de Comunidades Negras, por cuanto no se hallaban en las bases de datos del Ministerio del Interior bajo titulación colectiva o con registro étnico, razón por la cual se les negó el derecho a que les fuera realizada consulta previa, y motivo que los impulsó a organizarse como consejo.
- 1.6. El Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San Martin de Cicuco una vez constituidos solicitaron al Fondo de Adaptación y al Consorcio Nacional Yatí para que sea realizada la consulta previa, sin embargo mediante Oficio No. E-2017-030413 expedido por el Fondo, informaron que a la Comunidad no es viable la Consulta Previa por existir acto administrativo de no certificación de presencia de comunidades negras en el área de influencia del proyecto, sumado al hecho de no existir titulación colectiva.
- 1.7. El Director de Consulta Previa, manifestó a través de Oficio No. OFI 17-48033-DCP2500, que no es posible certificar la presencia de positiva de la Comunidad de San Martin, por cuanto no existe afectación y ubicación dentro del área del proyecto, y que en consecuencia de ello no le asiste derecho a la consulta.



2. Pretensiones

"PRIMERO: que se tutelen los derechos fundamentales de debido proceso, consulta previa, igualdad, otros mecanismos de participación y reconocimiento étnico a favor del Consejo COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE SAN MARTIN, toda vez que dicha comunidad es susceptible de afectación por las actividades que se están ejecutando en el proyecto: "CONTRATO DE CONSULTORIA NO. 2146 ESTUDIOS Y DISEÑOS A NIVEL FACE III DE LA CARRETERA YATÍ- LA BODEGA, INCLUYE PUENTE DE 500 M, CODIGO 702 DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y CONTRATO NO. 127 DE 2015 CONEXIÓN VIAL MAGANGUE- YATÍ- BODEGA" durante su construcción y ejecución ."

SEGUNDO: Se Ordene al FONDO DE ADAPTACION, CONSORCIO YATÍ, adelantar el proceso de consulta previa de que trata el convenio 169 de la OIT, para el proyecto: "CONTRATO DE CONSULTORIA NO. 2146 ESTUDIOS Y DISEÑOS A NIVEL FACE III DE LA CARRETERA YATÍ- LA BODEGA, INCLUYE PUENTE DE 500 M, CODIGO 702 DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y CONTRATO NO. 127 DE 2015 CONEXIÓN VIAL MAGANGUE- YATÍ- BODEGA, con la debida coordinación del MINISTERIO DEL INTERIOR –DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA".

TERCERO: Se Ordene a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, suspensa el trámite de licenciamiento ambiental Resolución No. 837 del 2014 para el proyecto: "CONTRATO DE CONSULTORIA NO. 2146 ESTUDIOS Y DISEÑOS A NIVEL FACE III DE LA CARRETERA YATÍ- LA BODEGA, INCLUYE PUENTE DE 500 M, CODIGO 702 DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y CONTRATO NO. 127 DE 2015 CONEXIÓN VIAL MAGANGUE- YATÍ- BODEGA, con la debida coordinación del MINISTERIO DEL INTERIOR –DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA "

SEXTO (sic): Que se Ordene la suspensión de la ejecución del proyecto: INTERCONEXIÓN YATÍ- LA BODEGA CONTRATO No. 127 DE 2015 CONEXIÓN VIAL MAGANGUE-YATÍ-BODEGA, hasta tanto no se inicie y termine el proceso de consulta previa."

3. Actuación procesal.

3.1 Admisión y notificación.

La acción de tutela de la referencia, se presentó el día 03 de abril de 2018, correspondiéndole su reparto al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena y mediante providencia de fecha 05 de abril de 2018 se procedió admitir la solicitud de amparo (Fol. 79 - 80). Mediante providencia de fecha 12 de abril de 2018, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena ordenó vincular al presente asunto al Consorcio Santander integrado por las sociedades INTERPRO S.A., PYP LTDA, Luis Enrique Flores y Estudios Técnicos y Asesorías y al INVIAS.

3.2 De la contestación de la tutela.

La accionada, **DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA**, en su informe (Fl. 95-99) manifestó que en el caso concreto la accionada que la entidad surtió las diferentes actuaciones en virtud de las solicitudes presentadas por los



interesados teniendo en cuenta los procedimientos establecidos, en virtud de ello expidió Certificación No. 1125 del 21 de agosto de 2013 mediante el cual certificó que no se registra presencia de comunidades negras en el área del proyecto soportada en concepto técnico de fecha 25 de julio de 2013. De la misma forma emitió Certificación No. 151 y 152 del 24 de febrero de 2017, mediante la cual certifica que no se registra presencia de comunidades negras en el área del proyecto.

Por lo anterior manifiesta que no es pertinente la Consulta Previa dentro del proyecto referido, por cuanto no existe presencia de comunidades negras en el área de influencia del proyecto, argumento que se encuentra soportado en los actos administrativos expedidos por esta autoridad que se encuentran en firme y gozan de presunción legal.

Aduce el accionado que se tenga en cuenta la sentencia de fecha 12 de febrero de 2018 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Magangué-Bolívar que resolvió no tutelar la protección constitucional a las Consejo Comunitario Comunidades Negras de Isla Grande de Magangué, tutela que versa con hechos similares a los aquí expuestos.

La accionada **AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES – ANLA** presentó informe (Fl. 102-109) manifestando que dentro de sus competencias no se encuentra adelantar o promover trámites tendientes a la realización de consultas previas si no de la Dirección de Consulta Previa- Ministerio del Interior.

Por otro lado, expone que otorgo licencia ambiental mediante Resolución No. 837 del 25 de julio de 2014 al Instituto Nacional de Vías- INVIAS, teniendo como referencia el Contrato de consultoría No. 2146 " ESTUDIOS Y DISEÑO A NIVEL DE FACE II DE LA CARRETERA YATÍ-LA BODEGA, INCLUYE PUENTE DE 500 M, CODIGO 7802 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, localizado en jurisdicción de los municipios de Magangué, Cicuco y Talaigua Nuevo Departamento de Bolívar, razón por la cual, manifiesta que no es cierto lo que menciona el accionante, que el contrato 127 de 2015 le fue otorgado Licencia Ambiental, precisa que la licencia ambiental fue cedida mediante resolución No. 229 del 7 de mayo de 2016, como consecuencia de la solicitud realizada por el INVIAS y el Consorcio Nacional Yatí.



La accionada en su informe establece que la licencia ambiental otorgada fue aprobada teniendo en cuenta entre otros como soportes las mismas certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior, Resoluciones No. 1125 del 1 de agosto de 2013 y 151 y 152 del 24 de febrero de 2017 en las que se indica que el área no se registra presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueros en el área del proyecto de construcción por lo que las actuaciones desplegadas por esta autoridad de ciñeron a al principio de legalidad y confianza legítima.

La accionada **CONSORCIO NACIONAL YATÍ** (Concremado Ltda., HB Estructuras Metalicas S.S.A, Latinco S.A., y Mincivil S.A.) presentó informe (Fl. 11-162) en el cual manifiesta que únicamente podría llevarse a cabo la consulta previa si la comunidad cuenta con una personería jurídica debidamente reconocida.

Sostiene que para el "*diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural*" del proyecto que está siendo construido por el Consorcio Nacional Yatí, fueron contratados con el Consorcio Santander 2011, estudios con base en los cuales se expidió la licencia ambiental mediante la Resolución No. 0837 de 2014.

Argumenta la accionada de acuerdo con los anexos allegados con la presentación de la acción de tutela, la Comunidad demandante fue constituida mediante Asamblea del 17 de septiembre de 2017, inscrita ante la Autoridad Municipal mediante la Resolución No. 217 del 20 de septiembre de 2017, por lo cual concluye que en el momento en que se habría podido desconocer el derecho a la consulta previa, es decir en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, la comunidad demandante no era sujeto de derechos y obligaciones, razón por la cual considera la accionada que carece de legitimación en la causa por activa.

La accionadas **HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.S. (FI.134-146)** y **CONCREARMADO LTDA (FI. 124-133)** presentaron informe en el que manifiestan que la presente acción de tutela debe ser declarada improcedente toda vez que se avizora la ausencia del requisito de inmediatez; argumentan la accionada que el contrato N° 127 del 2015 celebrado entre el Consorcio Nacional Yatí y el Fondo de Adaptación el 28 de agosto de 2015, suscribió acta de inicio el 13 de octubre del mismo año, y que el licenciamiento ambiental fue obtenido por el Consorcio Santander en el año de 2014, como



parte de los contratos que celebró para la elaboración de los estudios y diseños en fase II.

Sostienen que de conformidad con la normatividad vigente la realización de las consultas previas debió haberse realizado antes del otorgamiento de la licencia ambiental, por lo que concluye que el hecho lesivo, es decir la no realización de consulta a la comunidad demandante, habría ocurrido hace 4 años, razón por la cual no resulta legítimo que la comunidad, o sus miembros pretenda, luego del trascurso del tiempo, obtener un amparo por vía de acción de tutela.

Aducen las accionantes que quien otorga poder para interponer la demanda es el señor Yojan Torres Hernández quien conocía de tiempo atrás el proyecto, teniendo en cuenta que esta persona se desempeñó como trabajador de Geo fundaciones, dedicado a la construcción a cargo del Consorcio Nacional Yatí, para luego ser vinculado directamente al Consorcio, que el señor Yojan Torres Hernández representante legal de la Comunidad Negra de San Martín participo además en "ASOCICUCO" en la formulación del proyecto desde el año 2017, es así como las accionantes afirman que el presidente de la Comunidad de Negro de San Martín conocía del proyecto desde hace años.

La accionada **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS (FI. 296-312)** presentó informe en el que manifiesta que el proyecto en la actualidad se encuentra en etapa de construcción y plantean que sean terminados en agosto de 2019 aproximadamente, por lo que antes de su ejecución se realizaron 2 auditorías, una el 12 de febrero de 2016 a las 9:00 a.m. y la otra a las 3:00 pm en Magangué, Ciacuco y Talaigua Nuevo con el objeto de continuar con la socialización del proyecto, por que con estas actuaciones la accionada no considera hacer una consulta previa, así mismo expone que frente a la comunidad de influencia del proyecto se desplegaron las siguientes acciones:

- Auditoria (comunicación y asesoría a la comunidad): donde se dio atención y solución a inquietudes, entrega de información por escrito, visitas a las JAC y comunidades en el área, instalación de puntos satélites de información, ejecución de constantes reuniones de participación con la comunidad y por último se hicieron talleres focales.
- Auditoria (comunicación, información y participación): se desarrollaron talleres con las escuelas, capacitaciones en seguridad y salud



ocupacional al personal, capacitaciones a los empleados en temas de normatividad ambiental y en cuanto a participación, es la ejecución de estrategia de auditorías visibles, para que los ciudadanos hagan uso de sus derechos y hacer control a los recursos públicos.

Por otro lado y en lo que tiene que ver con el otorgamiento del licenciamiento ambiental, precisa la accionada que el Ministerio del Interior determinó con certificación No. 1125 del 21 de agosto de 2013 que no se registraban comunidades negras, raizales, palenqueros, afrocolombianas en el área del contrato realizándose en la etapa de pre construcción del contrato, visitas domiciliarias a las comunidades vecinas, incluso contando en una de ellas con la asistencia del Presidente de la República, miembros religiosos y diferentes actores de la comunidad, lo que evidencia el acercamiento y participación ciudadana en el desarrollo de la obra.

Argumentan que el proyecto cuenta con la licencia ambiental requerida, esto es la Resolución No. 0837 del 25 de julio de 2014 emitida por la autoridad de licencias ambientales "ANLA" y que en principio fue concedida al INVIAS, y actualmente cedida al Fondo de Adaptación y al Consorcio Nacional Yatí, como partes contratantes del contrato de obra pública No. 127 de 2015, cesión de derecho debidamente aprobada por el ANLA a través de la Resolución No. 229 del 7 de marzo de 2016, quedando el INVIAS desligado de la consulta previa y obras de ejecución del mencionado contrato.

4. SENTENCIA IMPUGNADA

El A quo decidió denegar la protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante al considerar que en primer lugar, si bien la acción de tutela es procedente al ser el accionante un sujeto de especial protección constitucional, condición derivada de ser una comunidad afrodescendiente, parte del sector poblacional tradicionalmente discriminada, el juez no tuteló los derechos debido a que de acuerdo con las certificaciones expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del interior en la cual certifican que no existe presencia de comunidades indígenas, Rom y minorías en el área del proyecto no se hace necesario la práctica de una consulta previa, pues las accionadas realizaron el procedimiento establecido por la ley.



Señala el juez que está de acuerdo con los argumentos expuestos por los accionados en lo referente a que el proyecto ha sido ampliamente socializado con la comunidad que se verá más impactada con la obra.

5. IMPUGNACIÓN

La comunidad accionante impugno la sentencia de tutela de fecha 16 de abril de 2018 mediante escrito visible a folios (360-362) por considerar que el A quo no valoró las pruebas objetivamente y desconoció la indefensión de la comunidad frente a los entes accionados.

III.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es competente este Tribunal para conocer de la presente acción.

2. Problema Jurídico

La Corporación debe resolver el siguiente problema jurídico:

- ¿Existe vulneración o amenaza de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, consulta previa y reconocimiento étnico de los accionantes, al expedir la Dirección de Consulta Previa certificación de no presencia de comunidades indígenas, Rom y minorías en el área del proyecto de obra pública No. 127 de 2015 denominado INTERCONEXIÓN VIAL YATÍ-LA BODEGA "PUENTE RONCADOR O DE LA RECONCILIACIÓN O CELESTE"?

De ser negativa la respuesta al problema planteado, se confirmará el fallo de primera instancia, de lo contrario se revocará, y en su lugar se apartarán los derechos deprecados.

3. Tesis

La Sala de Decisión, confirmará el fallo impugnado en cuanto negó el amparo frente a los derechos a la consulta previa, igualdad, otros mecanismos de participación y reconocimiento étnico, pero lo revocará respecto del derecho



al debido proceso administrativo y en su lugar amparará dicho derecho el cual se encuentran vulnerado por el Ministerio del Interior- Dirección de Consulta Previa- Consorcio Nacional Yatí y Fondo de Adaptación.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

4. La Acción de Tutela. Su Naturaleza Jurídica

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela, como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1. Requisitos de procedencia

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, ésta requiere para su procedencia el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados deben agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el actor con la Acción de Tutela, pretenda evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales.

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:



“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, de ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

El sujeto legitimado en la causa para proponer la Acción de Tutela es el titular del Derecho vulnerado o amenazado, tal como lo dispone el inciso 1° del artículo 86 cuando ordena que *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... por si misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...).*

La interposición de la Acción de Tutela no requiere de la intervención de Abogado, sin embargo cuando el Actor a bien lo tenga podrá hacer uso de los profesionales del derecho. Aquellas personas que no puedan comparecer



por sí mismas, por discapacidad o por falta de capacidad procesal, podrán hacerlo por conducto de representante.

5. Marco Normativo y Jurisprudencial

5.1 Derecho Fundamental a la Consulta Previa – Reiteración Jurisprudencial

La Consulta Previa está definida como un diálogo intercultural que persigue garantizar la participación real y efectiva de los grupos étnicos en la toma de decisiones de proyectos, obras o actividades que los afecten, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.

La Constitución de 1991, consagró el derecho fundamental con el que cuentan las comunidades étnicas a ser consultadas sobre todas aquellas medidas que las afecten directamente. Este mecanismo ha sido reconocido como el derecho a la consulta previa, sobre el particular ha establecido la Corte Constitucional lo siguiente:

"El concepto de consulta previa fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de distintos pronunciamientos constitucionales que la Corte hizo de la interpretación de los artículos 40 y 330 de la Constitución y el ya mencionado Convenio 169 de la OIT. De acuerdo con esas normas, la obligación de consultar a los pueblos étnicos es a su vez un derecho de dichas comunidades cuando quiera que se vayan a realizar proyectos, obras, actividades, o en general, se tomen o vayan a tomar decisiones que incidan directamente sobre ellos. La garantía consiste en la necesidad de realizar un trámite de consulta complejo y previo a la adopción de cualquier medida que afecte directamente los derechos de los pueblos étnicos. Sin surtirlo, se estará, por un lado, violando un derecho fundamental y, por otro, viciando los actos (de cualquier naturaleza) que se dieron con ocasión de esos procesos.

En otros términos, de conformidad con el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad, la consulta previa consiste en el deber de, valga la redundancia, "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

Mediante sentencia SU-039 de 1997, la Corte estableció que "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". Ello significa que la consulta previa no solo es un fin en sí mismo, sino también



es un instrumento de protección y salvaguarda de otros derechos. Esta garantía materializa otras prerrogativas, pero, en particular, la prevalencia y salvaguarda de la integridad étnica.”¹ (Negrillas de la Sala)

5.2 Ámbito de aplicación de la Consulta Previa

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la consulta previa no es un trámite rígido sino que depende y varía según las circunstancias de cada caso y las condiciones particulares de los pueblos; no obstante, ha señalado una serie de *criterios* tendientes a verificar la procedencia o ámbito de aplicación de la consulta, siendo un concepto relevante en ese análisis la “*afectación directa*”, así las cosas estableció dicha Corporación lo siguiente:

“Así, es obligación de realizarla sobre (i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales²; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan³; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-704 de 2016

² Convenio 169, Artículo 15: 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la **utilización, administración y conservación de dichos recursos**. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, **antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras**. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

³ Convenio 169, Artículo 16. 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.



su comunidad⁴; (iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional⁵; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno⁶ y (vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua⁷. En algunos casos se requerirá, además, el consentimiento previo, libre e informado. Sobre el punto se volverá más adelante.

La Corte, en reiterada jurisprudencia, ha manifestado que dichos elementos no constituyen un listado taxativo sobre cuándo procede la consulta. (...) Así las cosas, esta Corporación, en sentencia T-576 de 2014, ratificada por la sentencia T-197 de 2016, trazó algunas directrices que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la procedencia o no de la consulta: (i) verificar si la medida hace parte de los eventos concretos de afectación directa del Convenio; (ii) analizar si la actuación comporta algún tipo de riesgo de afectación directa o; (iii) afecta sus intereses, independientemente de que estos cuenten o no con un reconocimiento formal del Estado.

⁴ Convenio 169, Artículo 17. 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

⁵ Convenio 169, Artículo 22. 1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general. 2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación. 3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

⁶ Convenio 169, Artículo 27. 1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

⁷ Convenio 169, Artículo 28. 1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo. 2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país. 3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.



Ahora bien, es un error considerar que el concepto de afectación directa se restringe a algunos derechos de las comunidades. Por ejemplo, se suele pensar que porque la afectación al territorio es fácilmente palpable, solamente procederá la consulta cuando quiera que se amenace o lesione ese derecho. La Corte ha sido enfática en señalar que "afectación directa" es un concepto amplio y complejo que involucra visiones metodológicas que varían dependiendo de cada caso, y que, no se reduce al derecho al territorio. Incluso, ni siquiera ha asimilado el territorio al espacio físico donde se desenvuelve la tensión. La afectación es directa respecto de cualquier tipo de medida y frente a cualquier derecho. Precisamente, esa es la razón por la que no existe un catálogo de hipótesis de afectación.

Acorde con lo anterior, por ejemplo, la Corte ha indicado que la afectación directa se debe entender como toda medida que "altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios"⁸. En otros términos, la afectación directa se da sin importar que sea favorable o desfavorable, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados."⁹ (Negrillas de la Sala)

5.3 Titulares de la Consulta Previa

La consulta previa radica en favor de las comunidades étnicas; esto es, pueblos indígenas y/o afro descendientes; sin embargo, el Convenio 169 de la OIT introdujo una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para determinar cuándo una comunidad reviste tales características y por tanto, se convierte en titular de ese derecho, no obstante, ningún tratado de derechos humanos define con exactitud qué es un pueblo indígena o tribal, razón por la cual la jurisprudencia ha buscado sistematizar algunos criterios de identificación.

El artículo 6º del Convenio 169 de la OIT consagra la obligación de consultar a los pueblos interesados sobre las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos directamente; a su vez, el Convenio establece que para constatar su ámbito de aplicación, la comunidad tradicional debe reunir ciertas características materialmente verificables que revelen una "conciencia colectiva acerca de su identidad étnica". Esos elementos han sido caracterizados como (i) objetivos y; (ii) subjetivos. Los elementos objetivos son aquellos asociados a la condición de indígena. El Convenio mencionó (i.i) la continuidad histórica, (i.ii) la conexión territorial y (i.iii) el hecho de conservar sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas, total o

⁸ Sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹ Ibídem



parcialmente¹⁰. Por su parte, los subjetivos exigen que exista un autoreconocimiento o identificación como comunidad étnica tradicional.

Igualmente, la Corte Constitucional ha destacado la complejidad en la verificación de estos criterios, insistiendo en que estos son apenas parámetros enunciativos que si bien tienen trascendencia en la definición del ámbito de aplicación del tratado, no son excluyentes de otras dinámicas y particularidades de los pueblos y de cada caso en concreto. Precisamente, ha señalado que *"este tipo de dilemas debe abordarse desde una perspectiva que reconozca el dinamismo propio de los procesos de construcción identitaria y que valore la forma en que distintos fenómenos institucionales, sociales, políticos y culturales pueden moldear la manera en que dichas colectividades se reconocen a sí mismas"*¹¹.

En ese mismo sentido, indicó que *"lo expuesto hasta acá confirma que la caracterización de cierto grupo como titular del derecho a la consulta previa depende, necesariamente, de que reivindique cierta especificidad, que puede estar vinculada a una historia compartida, a su relación con la tierra o a la presencia de ciertos rasgos comunes, como su fisiología, su lengua, tradiciones, prácticas de producción, organización social, instituciones políticas, etc., lo cual, en todo caso, no implica que la existencia de la comunidad indígena o tribal pueda descartarse, solamente, sobre la base de la ausencia de alguno de esos factores"*¹².

5.4 Características de la Consulta Previa

La Corte ha sostenido que la consulta no es un trámite limitado a la simple información o realización de reuniones aisladas, *"no puede agotarse a través*

¹⁰ La Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT resalta, precisamente, el hecho de que los criterios contemplados en el artículo 1 (1) b del Convenio hayan sido aplicados para identificar a los pueblos indígenas en distintos procesos políticos y legales internacionales y nacionales, incluso, más allá del grupo de Estados que lo ratificaron. Indica el documento que los elementos subjetivo y objetivo contemplados por el Convenio han sido utilizados para identificar a los pueblos indígenas y han servido de base para la elaboración de las definiciones operativas del término pueblos indígenas por parte de varios organismos especializados de la ONU, entre ellos el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio núm. 169, Ginebra, 2009).

¹¹ Sentencia T-576 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹² Ibíd.



de una simple reunión informativa"¹³ sin que la opinión de las comunidades tenga trascendencia alguna sobre la medida cuestionada. La participación de las comunidades étnicas se protege siempre 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"*¹⁴.

En Sentencia T-576 de 2014, la Corte recogió algunas de esas características, y conforme al artículo 6º del Convenio, las consultas deben (i) llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados, (ii) mediante las instituciones representativas de las comunidades, (iii) de buena fe y, (iv) con el firme propósito de lograr un acuerdo y consentimiento de las medidas discutidas.

5.5 El Ambiente Sano y la Consulta Previa

Cómo se indicó en precedencia, existe un deber del Estado, y un derecho de las comunidades, de consultar a los pueblos indígenas y afrodescendientes cuando quiera que alguna medida sea susceptible de *afectarles directamente*. La afectación directa ocurre siempre que se interviene un derecho de estas comunidades, y no exclusivamente sobre sus tierras y territorios, por tanto este último no es únicamente el espacio físico en el que los pueblos se ubican geográficamente.

Una de las hipótesis de afectación directa a las comunidades es la afectación al ambiente sano; se ha observado cómo megaproyectos, proyectos, o industrias, pueden erosionar la tierra al punto de causar daños al ambiente y con ello, erosionar culturas, tradiciones, organizaciones económicas y sociales de poblaciones enteras. En esos eventos, las comunidades pueden ser étnicas, caso en el cual, la justicia ambiental adquiere una dimensión diferente, pues su aplicación no puede ser la misma a la que se realiza con el común de la sociedad.

Así, cuando existan efectos nocivos sobre el derecho al ambiente que lleven consigo la lesión o susceptible/potencial afectación de derechos de grupos étnicos, es la consulta previa el mecanismo adecuado para garantizar el

¹³ Sentencia T-698 de 2011 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴ Sentencia SU-039 de 1997 M.P Antonio Barrera Carbonell.



derecho a la participación de estos grupos; por ende, cuando se trata de afectaciones ambientales a las comunidades diferenciadas, la jurisprudencia constitucional ha identificado reglas precisas para la protección de sus derechos. En efecto, cuando se explota la tierra, por definición, dicha actividad puede producir efectos nocivos sobre el ambiente; pero esos efectos pueden no solamente afectar al ambiente como derecho autónomo y sobre el cual todos y todas somos titulares, sino, lesionar particularmente a algunas comunidades, generando cargas desproporcionadas en su modo de vida.

Esas poblaciones, como se vio, algunas veces son las más vulnerables y otras, no solamente tienen esa condición, sino que además son comunidades ancestrales. En ese caso, la justicia ambiental adquiere una dimensión diferente pues su aplicación no puede ser la misma a la que se realiza con el común de la sociedad. En estos eventos, cuando se causan daños al ambiente que afectan a los pueblos indígenas o afrodescendientes, el mecanismo para participar no es otro diferente al de la consulta previa o, según el caso, consentimiento libre, previo e informado¹⁵.

5.6 Certificado sobre presencia o no de comunidades étnicas expedido por el la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

De conformidad con el Decreto 1320 de 1998, el Ministerio del Interior tiene el deber de certificar la presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia directa del sector en el que se va a desarrollar el proyecto. Cuando un particular solicita dicha constancia, lo que en fondo pretende es verificar que en la zona en la que va a realizar sus labores debe, o no, implementar procesos de consulta previa con los pueblos que la habiten. Lo anterior, pues dicho documento constituye uno de los requisitos exigidos por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales para emitir sus respectivas autorizaciones.

La Corte Constitucional comenzó a estudiar una serie de casos que tenían en común el hecho de que la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior indicaba que en la zona de influencia directa no existían comunidades étnicas, a pesar que las mismas sí estaban ubicadas en el respectivo territorio. Esa situación, entonces, no solo generaba lesión a los derechos fundamentales de las comunidades, sino también inestabilidad

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-704 de 2016





jurídica y económica para las empresas pues luego de haber iniciado la exploración y/o explotación de recursos, se encontraban con que en efecto en la zona sí habitaban comunidades. La Corte, en reiteradas ocasiones, estableció que no es posible descartar la existencia de comunidades étnicas y por tanto la realización de la consulta, por el hecho de que así lo haya manifestado el Ministerio del Interior a través del citado certificado, toda vez que su existencia se puede establecer por otros medios probatorios.

De lo anterior, observa la Sala que, lo que determina la procedencia de la consulta no es el concepto del Ministerio sobre la identificación de los pueblos étnicos, sino la posible lesión sobre los derechos de las comunidades; es así como la jurisprudencia constitucional ha sido clara, pacífica y uniforme en señalar que el derecho fundamental a la consulta previa obliga a los Estados y empresas, entre otros, a consultar a los pueblos por todas aquellas medidas que sean *susceptibles de afectarles directamente*.

Por otra parte, indicó dicha Corporación¹⁶, que no es viable excluir otras hipótesis (medio ambiente, salud, integridad, salubridad, dinámicas económicas, etc.) en las que el territorio físico o geográfico donde se encuentran las comunidades, no necesariamente es el indicado para establecer la procedencia de la consulta. Por ese motivo, si bien el certificado que emite el Ministerio del Interior puede constituirse como una fuente importante que *ayuda* a determinar cuándo las instancias encargadas de efectuar los acercamientos con las comunidades deben realizar la consulta, dicho documento no debe ser considerado de ninguna manera como un certificado vinculante o determinante para la satisfacción de este derecho pues en él solo se puede verificar, eventualmente, un *traslape* con el territorio de las comunidades; estando vinculados los jueces al Convenio 169 de la OIT y a la jurisprudencia constitucional, no al certificado que emite el Ministerio.

En síntesis, (i) la consulta previa es obligatoria cuando se pretendan implementar medidas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades. Esta afectación (ii) se puede dar por muchas razones, de manera que la lesión al territorio entendido como espacio físico en el que se asientan las comunidades, es tan solo una de las hipótesis definidas por la Corte. Entre otras razones, (iii) porque el concepto del territorio no es geográfico sino cultural. Por tanto y a partir de lo anterior, (iv) el certificado que

¹⁶ Ibídem



emite la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior es un documento que *ayuda*, pero no define cuándo debe hacerse la consulta pues el análisis se debe hacer conforme al Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte.

6. CASO CONCRETO

6.1 Hechos probados.

- Obra en el expediente Resolución No. 224 1MG del 27 de septiembre de 2017 "POR MEDIO DEL CUAL SE RECONOCE LA PRESENCIA DE LA COMUNIDAD NEGRA; NEGRO SAN MARTIN DE CICUCO, EN EL MUNICIPIO DE CICUCO BOLÍVAR" expedida por la Alcaldía del Municipio de Cicuco Bolívar (Fl. 18-20)

-Obra en el expediente Certificación No.1125 del 03 de septiembre de 2013 mediante la cual se certifica la no presencia de Comunidades Indígenas, Rom, y Minorías en el área del proyecto: " CONTRATO DE CONSULTORIA No. 2146 ESTUDIOS Y DISEÑO A NIVEL DE FASE III DE LA CARRETERA YATÍ-LA BODEGA, INCLUYE PUENTE DE 500 M. CODIGO 7802 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR", localizado en Jurisdicción de los municipios de Magangué, Cicuco, Talaigua Nuevo departamento de Bolívar , emitida por el Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa.(Fl. 21-24)

-Obra en el expediente Oficio No. 2400 del 02 de julio de 2013 proferida por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural mediante la cual esta entidad certifica que en las coordenadas del Contrato de Consultoría No. 2146 de Estudios y diseños a Nivel Fase II de la carretera YATÍ-Bodega incluye puente de 500 M. Código 7802 ubicados en los municipios de Magangué, Cicuco, Talaigua Nuevo departamento de Bolívar no coinciden con coordenadas de Resguardos de Comunidades Indígenas titulados y/o en trámite, ni con territorios colectivos y/o en trámite de Comunidades negras. (Fl. 25-26)

-Obra en el expediente Oficio No. OFI12-0032681-DCP-2500 dirigido al Fondo de Adaptación por medio del cual la Dirección de Consulta Previa señaló que no es obligatorio agotar la consulta previa para las actividades, obras y proyectos que se tienen previstos en el territorio nacional en el marco del cumplimiento del objeto del Fondo de Adaptación. (Fl. 27)



-Obra en el expediente Oficio No. OFI13-000005446-DCP-2500 de fecha 04 de marzo de 2013 a través de la cual la Dirección de Consulta Previa manifestó que para los casos de ejecución de obras que tiene por objeto la recuperación de las zonas afectadas por desastres naturales, como en el caso del fenómeno natural denominado: " La Niña", esta sobras por tratarse de situaciones de calamidad, que demanden del Estado actuaciones inmediatas que buscan conminar y prevenir otros desastres, están exentas de agotar la consulta previa, agregó que el Fondo de Adaptación debe ponderar en cada caso particular y debe actuar en cumplimiento de los mandatos legales y jurisprudenciales de la consulta previa(FI. 28-28), el mismo concepto se reiteró al Presidente de la Junta Directiva del Consejo Comunitario Negros de Santo Domingo. (FI. 30-36)

-Obra en el expediente Oficio No. OFI17-48033-DCP-2500 de fecha 06 de diciembre de 2017 mediante el cual la Dirección de Consulta Previa da respuesta a solicitud presentada por parte del Consejo Comunitario de San Martin en la que informa que no le asiste el derecho a la consulta previa, por inexistencia de afectación y ubicación dentro del área de influencia del proyecto " CONTRATO DE CONSULTORIA No. 2146 ESTUDIOS Y DISEÑO A NIVEL DE FASE III DE LA CARRETERA YATÍ-LA BODEGA, INCLUYE PUENTE DE 500 M. CODIGO 7802 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR"(FI. 37-41)

-Obra en el expediente Oficio No. OFI17-43438-DCP-2500 de fecha 09 de noviembre de 2017 expedida por la Dirección de Consulta Previa y dirigida al Consejo Comunitario de San Martin mediante la cual se le informa al Consejo Comunitario que una vez verificada y consultadas las bases de datos con las que cuenta la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, no se registró presencia de comunidades Indígenas, Minorías y Rom ni presencia de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palanqueras en el área del proyecto. (FI 42-44)

- Obra en el expediente comunicación No. E-2017-041625 del Fondo de Adaptación dirigido a varias comunidades en el que se informa la procedencia do no de la consulta previa (FI. 45-57)

-Obra en el expediente Oficio No. E-2018-001966 del Fondo de Adaptación dirigido al Representante Legal del Consejo Comunitario de Comunidades Negras San Martin de Cicuco se certifica que es el Consorcio Nacional de Yatí



el ejecutor responsable de la OBRA INTERCONEXIÓN VIAL MAGANGUE-YATÍ-BOLÍVAR- desarrollado en las jurisdicciones de Magangué, Talaigua, Nuevo, Cicuco, reiterándose la no procedencia de la consulta previa. (Fl. 58-64)

-Obra en el expediente respuesta emitida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales de la solicitud de radicado E- 2018016470-1-000 en la que informó que el ejecutor responsable de la OBRA INTERCONEXION VIAL MAGANGUE- YATÍ-BOLÍVAR desarrollado en las jurisdicciones de Magangué, Talaigua Nuevo, Cicuco y en la que finalmente informa que en principio se otorgó licencia ambiental al INVIAS para el desarrollo del proyecto, sin embargo mediante Resolución No. 0229 del 7 de marzo de 2016, esta autoridad autorizó la cesión total de la licencia ambiental otorgada al INVIAS a favor del CONSORCIO NACIONAL DE YATÍ. (Fl. 65-66)

-Obra en el expediente Oficio No. 352-1506 de fecha 3 de marzo de 2016 proferida por el director de obra del Consorcio Nacional Yatí en el que informó al accionante que celebró contrato con el Fondo de Adaptación cuyo objeto era realizar la construcción de la interconexión vial Yatí,- Bodega EN EL Departamento de Bolívar. (Fl.67-68)

-Obra en el expediente correo electrónico de fecha 226 de febrero de 2018 enviado por INVIAS al representante legal del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San Martin de Cicuco en el que informa que el ejecutor responsable de la OBRA INTERCONEXION VIAL MAGANGUE- YATÍ-BOLÍVAR desarrollado en las jurisdicciones de Magangué, Talaigua Nuevo, Cicuco, es el Fondo de Adaptación. (Fl. 69)

-Obra en el expediente certificación No. 0152 del 24 de febrero de 2017 proferida por la Dirección de Consulta Previa en la que manifestó que o se registra presencia de comunidades indígenas, minorías y rom en el área del proyecto "CONTRATO DE OBRA PUBLICA No. 127 DEL 2015, CELEBRADO ENTRE EL FONDO DE ADAPTACION Y EL CONSORCIO NACIONAL YATÍ, PARA EL PROYECTO "CONSTRUCCIÓN D ELA INTERCONEXION VIAL YATÍ-BODEGA- DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR" localizado en la jurisdicción de los municipios de Cicuco, Talaigua Nuevo, Mompox, y San Fernando, en el Departamento de Bolívar y en el Municipio de Santa Ana, en el Departamento del Magdalena. (Fl. 70-74)



-Obra en el expediente Acuerdo de fecha 6 de abril de 2015 mediante el cual se conformó el consorcio integrado por MINICIVIL S.A., FB ESTRUCTURAS METALICASS.A., LATINCO S.A. Y CONCREARMADO LTDA, con el propósito de presentar propuesta, celebrar y ejecutar el contrato resultante de la invitación abierta 001-2015, cuyo objeto es la CONSTRUCCION DE LA INTERCONEXION VIAL YATI-BODEGA-DEPARTAMENTO DE BOLIVAR. (CD Fl. 282 archivo No. 1, se repite en Fl. 270-271)

-Obra en el expediente Resolución No. 0229 de fecha 7 de marzo de 2016 proferida por la ANLA en la que autorizó la cesión total de los derechos y obligaciones del INVIAS a la licencia ambiental, en favor del Consorcio Nacional Yatí. (CD Fl. 110 archivo No. 2)

-Obra en el expediente Resolución No. 0837 del 25 de julio de 2014 emitida por la ANLA en la que otorgó licencia ambiental al Instituto Nacional de Vías- INVIAS para la ejecución del proyecto vial denominado "Conexión Magangué-Yatí-Bodega" a desarrollarse en las áreas rurales de los municipios de Magangué, Talaigua Nuevo y Cicuco (CD Fl. 110. Archivo No. 3)

-Obra en el expediente Resolución No. 01287 del 17 de octubre de 2017 proferida por la ANLA en la que modificó la Resolución 837 de julio de 2014, aclarada por la Resolución No. 490 del 6 de mayo de 2016, bajo la titularidad del Consorcio Nacional Yatí, otorgada para el desarrollo del proyecto "Conexión Magangué-Yatí-Bodega". (CD Fl. 110 archivo No. 4)

6.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

En el sub judge, se tiene que los accionantes pretenden el amparo del derecho al debido proceso, igualdad, consulta previa y reconocimiento étnico de los cuales son titulares el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de San Martín de Cicuco, asentados en el área de influencia del proyecto "CONTRATO DE CONSULTORIA NO. 2146 ESTUDIOS Y DISEÑOS A NIVEL FACE III DE LA CARRETERA YATÍ- LA BODEGA, INCLUYE PUENTE DE 500 M, CODIGO 702 DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y CONTRATO NO. 127 DE 2015 CONEXIÓN VIAL MAGANGUE- YATÍ- BODEGA", " localizado en la jurisdicción de



los municipios de Cicuco, Talaigua Nuevo, Mompo, y San Fernando, en el Departamento de Bolívar y en el Municipio de Santa Ana, en el Departamento del Magdalena.

El A quo negó el amparo deprecado, por cuanto consideró que en los estudios realizados por las autoridades competentes no se evidenció la presencia de comunidades étnicas y afrocolombianas que establecieran la necesidad de realizar la consulta previa en el área de influencia del proyecto, lo que demuestra que las autoridades accionadas realizaron el procedimiento establecido por la ley; reiteró, que la autoridad ambiental emitió nuevamente certificación de la no presencia de comunidades indígenas, rom y minorías en el área del proyecto mediante resoluciones No. 151 y 152 de 2015.

La parte accionante impugnó el fallo manifestando que el Juez en primera instancia no valoró objetivamente las pruebas obrantes en el proceso y que desconoció la indefensión de la comunidad frente a los entes accionados, aduce que el fallador en primera instancia desconoció la afectación directa de la comunidad limitándola a una afectación comercial.

En este contexto, la Sala revocará el fallo impugnado por las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, no es posible desconocer la existencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto, con el único argumento de que su presencia no ha sido certificada por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior; así pues, en el evento en que se haya certificado la no presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto, pero otros medios de prueba permiten constatar su existencia, el responsable del proyecto deberá tenerlas en cuenta en los respectivos estudios y dar aviso al Ministerio del Interior, para efectos de garantizar su derecho a la consulta previa¹⁷.

En el sub judice se evidencia que en el procedimiento previo a la ejecución del "CONTRATO DE CONSULTORIA NO. 2146 ESTUDIOS Y DISEÑOS A NIVEL FACE III DE LA CARRETERA YATÍ- LA BODEGA, INCLUYE PUENTE DE 500 M, CODIGO 702 DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y CONTRATO NO. 127 DE 2015 CONEXIÓN VIAL MAGANGUE- YATÍ- BODEGA", INVIAS solicitó al Ministerio del Interior que certificara la presencia o no se comunidades indígenas, rom, minorías o comunales negras en el área del proyecto; para lo cual el Ministerio del Interior

¹⁷ Sentencias T-693 de 2012, T-993 de 2012 y T-172 de 2013





a través de la Dirección de Consulta Previa mediante Resolución No. 1125 del 2013 (Fl. 21-24) certificó que no se evidenció presencia de comunidades negras en el área de influencia, por lo que INVIAS solicitó ante la ANLA licencia ambiental para el proyecto antes referido, la cual fue concedida mediante Resolución No. 837 del 25 de julio de 2015 (Fl. 110 CD.), todo lo anterior de conformidad con el artículo 2.2.2.3.1.3 del Decreto 1076 de 2016, el cual establece que para el otorgamiento de la licencia ambiental es necesario que se dé previamente el cumplimiento de unos requisitos, condiciones y obligaciones que la autoridad ambiental establezca.

Posteriormente, INVIAS solicitó cesión total de la licencia ambiental a favor del Consorcio Nación Yatí, cesión que fue autorizada mediante Resolución No. 229 del 7 de mayo de 2016 por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, quedando de esta forma el proyecto a cargo del Fondo de Adaptación y el Consorcio Nacional Yatí.

El Consorcio Nacional Yatí presentó solicitud de modificación de la licencia ambiental ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, con el fin de incluir siete (7) nuevas fuentes de materiales de construcción para la ejecución del mencionado proyecto; sin embargo, por presentarse una modificación en la licencia ambiental, nuevamente la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, quien tiene la competencia de otorgar certificación de presencia de comunidades étnicas y/o negras en el territorio, profirió certificación No. 151 y 152 del 24 de febrero de 2017 (Fl.70-75), en la que manifestó que no se registraba la presencia de comunidades indígenas, minorías, Rom, así como tampoco de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueros en el área del proyecto en construcción, razón por la cual, la autoridad ambiental profirió resolución No. 1287 del 17 de octubre de 2017 (Fl.110 CD.) en la que autoriza la modificación de la licencia ambiental.

No obstante lo anterior, se encuentra probado también, que existe una comunidad negra presuntamente afectada con el proyecto, esta es el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San Martín del Cicuco, reconocida legalmente mediante Resolución No. 224 1MG del 27 de septiembre de 2017 (Fl. 18-20), proferido por la Alcaldía Municipal de Cicuco.

Es dable acotar que, cuando existe dudas sobre la presencia de grupos étnicos en el área de influencia de un proyecto, como en el presente asunto, o sobre



el ámbito territorial que debe ser tenido en cuenta para efectos de garantizar el derecho a la consulta previa, la entidad encargada de expedir la certificación, esto es la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, debe efectuar un reconocimiento en el terreno y dirimir la controversia, garantizando la participación efectiva de las comunidades cuyo reconocimiento o afectación territorial es objeto de controversia¹⁸.

Así las cosas para la Sala, lo anterior denota la necesidad de esclarecer en el sub judice si en la actualidad, la comunidad negra demandante es afectada en forma directa por la construcción de la INTERCONEXION VIAL YATI-BODEGA-DEPARTAMENTO DE BOLIVAR ya sea porque residen en el área de influencia de dicho proyecto, o porque su entorno físico, ambiental y social se vea afectado; considerando que, como se estableció en el marco jurisprudencial, la Corte Constitucional ha precisado que el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos, sino que tiene un efecto expansivo, que comprende lugares de significación religiosa o cultural aunque estén por fuera de sus límites físicos.

En esta medida, se considera entonces que la fundamentación de la certificación expedida por la Dirección de Consulta Previa, no tuvo en cuenta otros elementos que también definen el espacio sociocultural de una comunidad, en este caso, negra, por lo mismo, aquella resulta **insuficiente** para establecer, en el caso particular, la necesidad o no del trámite consultivo.

En conclusión, la Sala encuentra, que el estudio llevado a cabo por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a efectos de establecer la presencia de comunidades afectadas directamente por la construcción de la obra y de esta manera establecer la necesidad del proceso consultivo antes del inicio de dichas obras, resultó insuficiente.

Ello implica que, en efecto, es procedente el amparo del derecho fundamental de las comunidades negras accionantes al debido proceso administrativo, amenazado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por las razones expuestas en precedencia; no obstante, la Sala no advierte en el proceso prueba de la vulneración o amenaza de los demás derechos deprecados, pues no existe aún certeza de que en la zona de influencia del plurinombrado proyecto, tengan asiento comunidades negras o

¹⁸ Sentencia T-294 de 2014





raizales, que con la ejecución del mismo, se pongan en peligro sus derechos, como su identidad cultural, social, sus tradiciones y entorno, razón por la cual se negará el amparo constitucional deprecado frente a los derechos a la consulta previa, igualdad, otros mecanismos de participación y reconocimiento étnico.

En este orden, para la efectiva protección del derecho al debido proceso administrativo, se ordenará a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, realice una VISITA DE VERIFICACIÓN, a través de la cual se establezca:

El número exacto de asentamientos del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San Martín de Cicuco, ubicados en el área de influencia del proyecto de obra de CONSTRUCCION DE LA INTERCONEXION VIAL YATI-BODEGA-DEPARTAMENTO DE BOLIVAR determinando su localización, extensión, población, y demás aspectos geográficos que resulten relevantes; así como los usos, costumbres, tradiciones, medios de subsistencias, y demás elementos sociales, económicos, culturales y relevantes de dichas comunidades negras, teniendo en cuenta para el efecto un concepto amplio de territorio, en el cual se atiendan los criterios de la Corte Constitucional, así como el contenido de la Directiva Presidencial No. 010 del 7 de noviembre del 2013, la cual fija los siguientes elementos para determinar la presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto, obra o actividad, tales como: (i) asentamiento de comunidades en las áreas de influencia; (ii) desarrollo de usos y costumbres por parte de comunidades en esas áreas y (iii) tránsito de comunidades étnicas en las áreas de interés.

Igualmente, se ordenará a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que de evidenciarse a partir de la visita que se deba practicar, la afectación directa a las comunidades negras accionantes, con ocasión de la CONSTRUCCION DE LA INTERCONEXION VIAL YATI-BODEGA-DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, de inició dentro de los 15 días siguientes al procedimiento que legalmente corresponda.

Advierte la Sala, que las órdenes anteriores no implican la suspensión de la ejecución del proyecto de obra de CONSTRUCCION DE LA INTERCONEXION VIAL YATI-BODEGA-DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, ni la suspensión o



modificación de los actos administrativos contentivos de la licencia ambiental expedidos por la ANLA.

Por todo lo anterior se confirmará el fallo impugnado.

VI.- FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha dieciséis (16) de abril de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena en cuanto negó el amparo respecto del derecho fundamental al debido proceso administrativo, y en su lugar **CONCEDER** el amparo del derecho fundamental al debido proceso administrativo, en favor del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San Martín de Cicuco, amenazados por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR lo siguiente:

- Dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de la presente providencia **REALIZAR** una VISITA DE VERIFICACIÓN, a través de la cual se establezca el número exacto de asentamientos del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San Martín de Cicuco, ubicados en el área de influencia del proyecto de CONSTRUCCION DE LA INTERCONEXION VIAL YATI-BODEGA-DEPARTAMENTO DE BOLIVAR., determinando su localización, extensión, población, y demás aspectos geográficos que resulten relevantes; así como los usos, costumbres, tradiciones, medios de subsistencias, y demás elementos sociales, económicos, culturales y relevantes de dichas comunidades negras, teniendo en cuenta para el efecto un concepto amplio de territorio, en el cual se atiendan los criterios de la Corte Constitucional, así como el contenido de la Directiva Presidencial No. 010 del 7 de noviembre del 2013, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

- De evidenciarse de la visita ordenada en el parrado anterior, afectación directa a las comunidades negras accionantes, con ocasión de las obras de CONSTRUCCION DE LA INTERCONEXION VIAL YATI-BODEGA-DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, dentro de los quince (15) días siguientes **DAR INICIO** al procedimiento



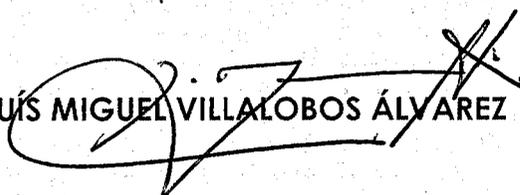
que legalmente corresponda, salvaguardando el derecho al debido proceso de los intervinientes.

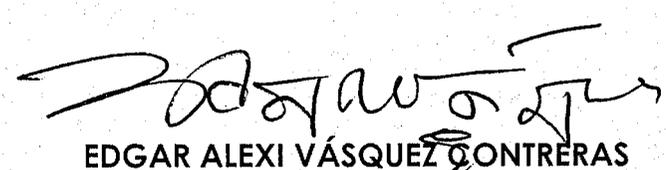
TERCERO: NEGAR el amparo de los demás derechos deprecados.

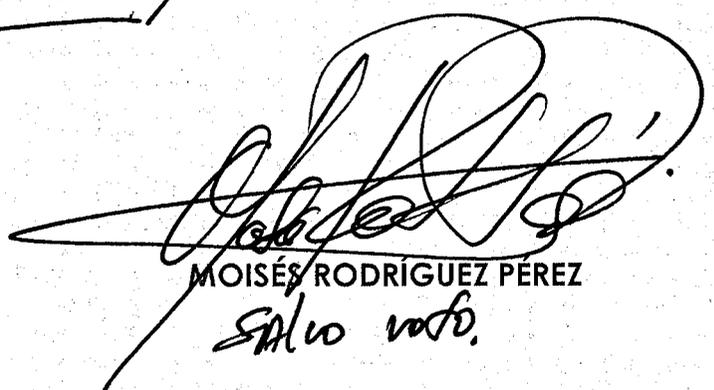
COMUNICAR la presente providencia al Juzgado de origen y, por secretaría **REMITIR** el expediente dentro los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Salvo voto.