

REPUBLICA DE COLOMBIA

DEPARTAMENTO DE BOLIVAR



JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO
TURBACO-BOLIVAR

Acción de Tutela

Asunto Sentencia de Primera Instancia

Radicación 138363184001 202201027-00

Fecha treinta (30) de Agosto de dos mil Veintidós (2022).

Accionante CABILDO MENOR INDIGENA ZENU GAMBOTE

**Accionada MINISTERIO DEL INTERIOR, AGUAS DE CARTAGENA, CORPORACION
AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE**

ASUNTO

El Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Turbaco (Bolívar), en primera instancia, decide la acción de tutela interpuesta por el señor **CABILDO MENOR INDIGENA ZENU GAMBOTE** contra la accionada **MINISTERIO DEL INTERIOR, AGUAS DE CARTAGENA, CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE**.

ANTECEDENTES

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: MANUEL DIONISIO SUAREZ REPRESENTATE LEGAL DEL CABILDO MENOR INDIGENA ZENU GAMBOTE

Entidad Accionada: MINISTERIO DEL INTERIOR, AGUAS DE CARTAGENA, CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE.

El accionante **CABILDO MENOR INDIGENA ZENU GAMBOTE** solicita se proteja el derecho fundamental a **INTEGRIDAD SOCIAL, CULTURAL Y ECONOMICA, A LA PARTICIPACION DEMOCRATICA, A LA CONSULTA PREVIA, A LA EXISTENCIA, AL DEBIDO PROCESO DE LA COMUNIDAD**, que estima violados por el **MINISTERIO DEL INTERIOR, AGUAS DE CARTAGENA, CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE**, y se ordene a la accionada la **MINISTERIO DEL INTERIOR, AGUAS DE CARTAGENA, CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE** dar inicio al proceso de consulta previa de manera inmediata una vez se produzca el fallo de tutela para el proyecto "Formulación de Plan de Manejo Ambiental Resolución 1114 de agosto de 2018.

La presente acción se fundamenta en los siguientes hechos:

PRIMERO: La comunidad indígena de Gambote del pueblo Zenú, cuenta con presencia en los corregimientos de Rocha, Sincerin y Gambote en jurisdicción del área rural del municipio de Arjona, en el corregimiento de San Cayetano en el municipio de San Juan Nepomuceno Bolívar y en Palenque en jurisdicción del municipio de Mahates- Bolívar de acuerdo con lo establecido en la resolución 0013 del 11 de febrero de 2013. (**Anexo 1**) expedida por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, la cual está conformada por ciento cuarenta y dos (142) familias y quinientos setenta y seis (576) habitantes, distribuidos por familias en los siguientes corregimientos así: Gambote cuarenta y ocho (48) familias,

Rocha treinta y ocho (38) familias, San Cayetano treinta y siete (37) familias y Palenque Diecinueve (19) familias.

SEGUNDO: De conformidad con nuestros usos y costumbres nuestra comunidad indígena se dedica a la pesca, la agricultura, la caza. La artesanía extrayendo la materia prima del entorno. La pesca se práctica en varias ciénagas que hacen parte de un complejo cenagoso que comparten con las comunidades negras e indígenas de Rocha, Lomas de Matunilla, Leticia y Recreo, como es el complejo cenagoso de Juan Gómez Bohórquez.

TERCERO: La empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., utiliza el sistema lagunar Juan Gómez Bohórquez para la separación de sedimentos del agua que toma del Canal del Dique para surtir el acueducto de la Ciudad de Cartagena.

CUARTO: Teniendo en cuenta nuestros usos y costumbres, y nuestra estrecha relación con el complejo cenagoso y el Canal del Dique, en este sentido, toda la cuenca hidrográfica la cual incluye espejos de agua, playones, sabanas comunales y parte de la tierra firme ubicada en Rocha, afectados estos con la sedimentación del complejo cenagoso en el cual desarrollamos nuestras actividades sociales, culturales y económicas, con lo anterior causándose una afectación directa a nuestro colectivo presente en el corregimiento de Rocha.

QUINTO: Por parte de Cardique se emite Plan de Manejo Ambiental mediante Resolución 1114 de agosto de 2018, modificado por la Resolución 032 de enero de 2019, instrumento ambiental y actividades del proyecto no fueron consultadas a nuestra comunidad indígena.

SEXTO: Por parte de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de Puerto Badel – Lomas de Matunilla; Leticia, Recreo y Rocha interpusieron acción de tutela en la cual mediante fallo de segunda instancia del 12 de agosto de 2019, expedido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 002 en la cual Falla “...**a) Conceder el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa de las comunidades accionantes. b) Ordenar al Ministerio del Interior que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente sentencia realice las gestiones que garanticen la convocatoria a las comunidades accionantes, para adelantar el proceso de consulta previa sobre la formulación del Plan de Manejo Ambiental ordenado por CARDIQUE en la resolución 1111 de agosto de 2018, modificada por la resolución 032 de enero de 2019...**”

SEPTIMO: El 23 de noviembre de 2021, radicamos derecho de petición (**Anexo 2**) ante el Ministerio del Interior, Aguas de Cartagena y Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (en adelante **CARDIQUE**), a los correos institucionales respectivos.

OCTAVO: El 17 de diciembre de 2021, se da respuesta al derecho de petición mediante el radicado 2021-1001-87065-S de Aguas de Cartagena (**Anexo 3**) en la cual se establece unos fundamentos que datan de los años 2011 y 2012, en el cual se aseveran cosas de parte de los asentamientos pero no específicamente de las población presente en el corregimiento de Rocha, como lo es el POMCA que se desarrolla para el canal del dique pero no para los complejos cenagosos, de esta manera desconociendo nuestros usos y costumbres y mucho más grave desconociendo que se encuentran en el proceso de consulta previa con los consejos comunitarios con ocasión de la acción de tutela y no del deber de la debida diligencia establecido en la respuesta, y mucho más grave afirmar que se desarrolló un scouting sin la invitación a nuestra comunidad para de esta manera participar y poder mostrar nuestros usos y costumbres.

NOVENO: El 26 de enero de 2022, por parte de la Autoridad Nacional de Consulta Previa se da respuesta al derecho de petición mediante el radicado OFI2022-272-DGP-2700 del 13 de enero de 2022 (**Anexo 4**), en el cual se establece por parte de dicha entidad los argumentos que se muestra a continuación “...*Con respecto, a las solicitudes segunda y tercera, esta Autoridad le informa que como se explicó anteriormente, para el presente caso no aplicó la etapa de determinación de procedencia de consulta previa, de manera que no se expidió un acto administrativo al respecto, toda vez que por orden judicial se estableció directamente hacer el proceso de consulta, el cual se inició con la reunión de coordinación y preparación. Lo anterior, en el marco de lo ordenado en el fallo de segunda instancia proferido por Tribunal administrativo de Bolívar de fecha del 12 de agosto de 2019 y lo establecido en la Directiva Presidencial 10 de 2013, modificada por la Directiva Presidencial 8 de 2020, como las Guías Procedimentales para la realización de la Consulta Previa con comunidades étnicas...*”, en este sentido tenemos que la respuesta a nuestro requerimiento fue de manera negativa.

DECIMO: Por parte del Cardique a la fecha de presentación de la presente acción no se ha dado respuesta a nuestra solicitud, con lo cual se está vulnerando el derecho fundamental de petición.

UNDECIMO: Por parte del Ministerio del Interior y Aguas de Cartagena desconociendo nuestros usos y costumbres y más grave aún que para otros proyectos se ha llevado proceso de consulta previa como lo es el proyecto de Promigas que se encuentra presente en el área de Rocha y el proceso de consulta previa llevado a cabo con la Agencia Nacional de Infraestructura.

DUODECIMO: Por parte de las accionadas Aguas de Cartagena y Cardique se ha manifestado que “...*la primera de las entidades mencionadas viene desarrollando actividades en el sistema lagunar Juan Gómez – Bohórquez para la separación de los sedimentos de agua que toma el Canal del Dique para surtir el acueducto de la ciudad de Cartagena y otros municipios. Dicho complejo lagunas ha sufrido un serio proceso de sedimentación que afecta las especies animales y vegetales... [..] La afectación directa hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica...*”. Tomado sentencia tutela 13001-33-33 0052019-00054-02. (**Anexo 5**)

FUNDAMENTOS DE LA ACCION

La Accionante funda la presente acción de TUTELA por la vulneración a **INTRGRIDAD SOCIAL, CULTURAL Y ECONOMICA, A LA PARTICIPACION DEMOCRATICA, A LA CONSULTA PREVIA, A LA EXISTENCIA, AL DEBIDO PROCESO DE LA COMUNIDAD** por parte de la MINISTERIO DEL INTERIOR, AGUAS DE CARTAGENA, CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE, por no vincular en la consulta previa a la **COMUNIDAD CABILDO MENOR INDIGENA ZENU GAMBOTE**

ACTUACION PROCESAL REALIZADA

Por reparto le correspondió a este despacho a sumir el conocimiento de la acción de tutela admitida mediante auto de fecha diez (10) de agosto de dos mil veintidós (2022). Con la demanda la accionante aportó los siguientes documentos:

- Resolución 0013 del 11 de febrero de 2013. (**Anexo 1**)
- Copia derecho de petición y radicado. (**Anexo 2**)
- Respuesta derecho de petición Aguas de Cartagena (**Anexo 3**)
- Respuesta derecho de petición Ministerio del Interior (**Anexo 4**)
- Fallo de tutela Proceso 13001-33-33-005-2019-00054-02 (**Anexo 5**)

RESPUESTA DE LA PARTE ACCIONADA

Dentro del término otorgado en auto admisorio de fecha 04 de agosto de 2022, el Juzgado Promiscuo de Familia de Turbaco recibió informe por parte de la entidad accionada **MINISTERIO DEL INTERIOR, AGUAS DE CARTAGENA, CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE**.

La entidad accionada CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE no se pronunció sobre los hechos de la presente acción constitucional.

La entidad accionada **AGUAS DE CARTAGENA** por intermedio de la jefe Oficina Asesora Jurídica Dra. **DÉBORA MARIA ANGULO ARRIETA** expuso;

La empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., una vez notificado el fallo de la sentencia No. 034/2019, procedió debidamente a acatar el proceso ordenado con los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de Puerto Badel, Lomas de Matunilla, Leticia, Recreo y Rocha, quienes, como es de conocimiento público en la zona geográfica y en el entorno, fueron las únicas comunidades reclamantes e indicadas para ser amparadas con el derecho fundamental a la consulta previa.

Por tal razón y como ya se ha argumentado en anteriores comunicaciones, Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ha cumplido el debido proceso administrativo al acatar estrictamente el fallo de una orden judicial, por lo cual, no es correcto aducir la vulneración, por parte de esta empresa, de los derechos fundamentales reclamados por la comunidad indígena zenú de Gambote, ni la intención de obviar su existencia, teniendo en cuenta que el proceso de consulta previa adelantado se ha surtido con las comunidades ordenadas mediante sentencia.

Ahora bien, también constituye un error de interpretación y una falsa afirmación el manifestar que Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ha desconocido usos y costumbres de la comunidad indígena de Gambote, sobre la cual dicho sea de paso, sólo hasta la presentación del derecho de petición en diciembre de 2021 se tuvo conocimiento, por lo que no es cierto que se haya adelantado ejercicios de “scouting” sin convocar a la comunidad, toda vez que el cumplimiento de la orden judicial fue inmediato y no implicó un análisis de procedencia ni un acto administrativo por parte del Ministerio del Interior como autoridad competente.

Lo anterior, manifestado también por parte de esta entidad pública al aclararle a la comunidad indígena de Gambote mediante el radicado OFI2022-272-DCP-2700 del 13 de enero de 2022 que *“para el presente caso no aplicó la etapa de determinación de procedencia de consulta previa, de manera que no se expidió un acto administrativo al respecto, toda vez que por orden judicial se estableció directamente hacer el proceso de consulta, el cual se inició con la reunión de coordinación y preparación.*

Lo anterior, en el marco de lo ordenado en el fallo de segunda instancia proferido por Tribunal Administrativo de Bolívar de fecha del 12 de agosto de 2019 y lo

establecido en la Directiva Presidencial 10 de 2013, modificada por la Directiva Presidencial 8 de 2020, como las Guías Procedimentales para la realización de la Consulta Previa con comunidades étnicas...”; respuesta que respalda la inexactitud de la afirmación de la comunidad indígena respecto a que Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. intencionalmente no agotó el trámite de la consulta previa con dicho grupo étnico.

INSITITUO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA

JUAN CARLOS JOSE LIMA GOMEZ en calidad de profesional Especializado Código 2028, grado 15, Jefe Oficina Asesora Jurídica argumento lo siguiente:

Sobre este punto, me permito señalar que las funciones que el Decreto 021 del 13 de enero de 2022 *“Por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH)”*, y en atención a la delegación de funciones efectuada a través del artículo quinto de la Resolución 150 del 27 de enero de 2022 *“Por la cual se deroga la Resolución 244 del 04 de marzo de 2021 y se realizan unas delegaciones de funciones”*, no señalan dentro de las funciones de esta entidad determinar, coordinar o señalar los mecanismos para darle a las comunidades Indígenas el reconocimiento o desarrollo de la consulta previa.

Estas obligaciones se encuentran en cabeza del Ministerio del Interior, Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías y de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.

Lo que hace que la vinculación de esta entidad dentro de este proceso, no se encuentre justificado y su vinculación no aporte al debate y análisis jurídico que usted debe desarrollar en el presente caso.

MINISTERIO DE CULTURA

NELSON BALLEEN ROMERO en calidad de Coordinador del grupo de defensa judicial alego lo siguiente:

Los hechos y pretensiones claramente están dirigidas a las autoridades del Ministerio del Interior, entidad esta que tiene los conocimientos técnicos y competencias para intervenir y decidir sobre estas temáticas de gran relevancia y especialidad, como lo son las consultas previas a la población indígena. De allí que aparece en forma por demás evidente, la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Cultura.

Igualmente debo manifestar que la entidad no ha recibido petición alguna de la comunidad accionante y por lo tanto no existe acción u omisión alguna sobre tal particular, que pueda considerarse como vulneradora de los derechos fundamentales que los demandantes solicitan sean protegidos.

Se evidencia una clara falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del ministerio.

Es por ello por lo que respetuosamente solicito que el Ministerio de Cultura sea desvinculado de la actuación que nos ocupa, y adicionalmente que se declare improcedente la solicitud de amparo constitucional que nos ocupa.

MINISTERIO DEL INTERIOR

El Dr. ALBEIRO DAVID ESPITALETA LORDUY jefe de oficina asesora jurídica argumento que teniendo en cuenta los hechos señalados y las pretensiones del medio de defensa constitucional, y en mi calidad de representante judicial del Ministerio del Interior, a continuación, se presentan las razones jurídicas y fácticas que permiten que el Despacho proceda a desvincular al Ministerio del Interior - Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, del actual trámite procesal:

En el marco de las competencias del Decreto 2353 del 2019 **se suprimió la función de certificación de presencia de comunidades étnicas para un proyecto, obra o actividad.** El Decreto en mención le asignó a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, entre otras funciones, **la de determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa** para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran.

El derecho fundamental a la consulta previa se funda en la defensa de las comunidades étnicas. Establece un modelo de gobernanza, en el que la participación es un presupuesto indispensable para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades, como ocurre con la integridad cultural, la libre determinación, el territorio y el uso de los recursos naturales etc., por lo cual tiene un carácter irrenunciable e implica obligaciones tanto al Estado como a los particulares.

Este derecho implica que las comunidades deban ser consultadas sobre los **proyecto, obras o actividades** (en adelante POAS) **o medidas legislativas o administrativas** que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre el POAS, pues esta incide o incidirá claramente en sus vidas.

Para determinar qué debe consultarse a las comunidades étnicas la jurisprudencia constitucional ha indicado, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con los desarrollos del derecho internacional, que deben consultarse los POAS que tengan la susceptibilidad de impactar directamente a los pueblos étnicos. **El presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es entonces que un proyecto pueda afectar directamente a una comunidad étnica.**

Al respecto se debe señalar que, la jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el *“impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”*[1]. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida que es susceptible de afectar directamente a una comunidad étnica.

Así las cosas, como ha señalado la Corte Constitucional[2] no se lograron probar en el expediente, hechos y omisiones que pudiesen derivar en dicha afectación directa. Por lo cual, no se evidencia un daño cierto y actual a la comunidad accionante.

Para el caso concreto, la Dirección de la Autoridad Nacional Consulta Previa del Ministerio del Interior, a la fecha no ha recibido solicitud de determinación de procedencia y oportunidad de consulta previa para el proyecto *“Formulación de*

Plan de Manejo Ambiental Resolución 1114 de agosto de 2018, modificado por la Resolución 032 de enero de 2019”.

Se deja constancia que a la juez titular le fue concedida periodo de vacaciones individuales a partir del día cinco (05) de julio hasta el día veintinueve (29) de julio del año 2022. En el mes de Agosto del año 2022 se programaron audiencia y se profirieron sentencia en cuatro procesos de Restablecimiento de Derechos bajo radicación 124- 2022;142- 2022 ,143- 2022,144 – 2022 y 145 – 2022, adicional a las actuaciones programadas y evacuadas.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

De conformidad con la preceptiva el Decreto 1382 del 12 de julio de 2000, y a lo dispuesto por la Corte Constitucional en auto número 124 de marzo 25 de 2009 M.P. Humberto Sierra Porto. Auto 198 mayo 28 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas, Circular PSAC09-029 del Consejo Superior de la Judicatura, este despacho es competente para pronunciarse sobre la presente acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Atendiendo que la Acción de Tutela es una acción pública de constitucionalidad de carácter preferente y sumario, y solo procede en ausencia de otros mecanismos de defensa judicial. Considerado un Mecanismo subsidiario o accesorio. Ahora bien para que la acción de tutela sea procedente se requiere el cumplimiento de los presupuestos procesales;

- Que se trate de un derecho Constitucional Fundamental.
- Que ese derecho sea vulnerado o amenazado y
- Que no haya otro medio de defensa judicial.

Además de lo anterior se requiere de tres condiciones; 1) La existencia de una acción u omisión, 2) La existencia de una violación a un derecho constitucional fundamental y 3) La existencia de una relación de causalidad entre la amenaza o violación y la acción u omisión. Debe tenerse en cuenta también que la vulneración o amenaza del derecho para que proceda la acción de tutela debe ser cierto y de magnitud.

PROBLEMA JURÍDICO.- Corresponde a esta sede judicial determinar si la accionada **MINISTERIO DEL INTERIOR, AGUAS DE CARTAGENA, CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE** le han vulnerado el derecho de **INTEGRIDAD SOCIAL, CULTURAL Y ECONOMICA, A LA PARTICIPACION DEMOCRATICA, A LA CONSULTA PREVIA, A LA EXISTENCIA, AL DEBIDO PROCESO DE LA COMUNIDAD** invocado por la accionante **CABILDO MENOR INDIGENA ZENU GAMBOTE** quien solicita se ordene a la accionada la **MINISTERIO DEL INTERIOR, AGUAS DE CARTAGENA, CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE** dar inicio al proceso de consulta previa de manera inmediata una vez se produzca el fallo de tutela para el proyecto “Formulación de Plan de Manejo Ambiental Resolución 1114 de agosto de 2018..

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU 123 de 2018, Magistrado ponente Alberto Rojas Rios, al pronunciarse sobre el proceso de consulta previa expreso;

“El derecho fundamental a la consulta previa se funda en la defensa de los pueblos indígenas y tribales y en la eliminación de las exclusiones históricas que han padecido. Establece un modelo de gobernanza, en el que la participación es un presupuesto indispensable para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades, como ocurre con la integridad cultural, la libre determinación, el territorio y el uso de los recursos naturales etc., por lo cual tiene un carácter irrenunciable e implica obligaciones tanto al Estado como a los particulares. Este derecho implica que las comunidades indígenas y tribales deban ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida, pues esta incide o incidirá claramente en sus vidas.

5.2. *La consulta previa se desprende de que Colombia se constituye como una república democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional (C.P. arts. 7 y 70) y que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales. Además la Constitución reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios (CP art. 330), por lo cual Colombia es un Estado multicultural y multiétnico, y la consulta previa es un instrumento y un derecho fundamental para amparar esos principios constitucionales. Por eso esta Corte ha establecido que “la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad (...) 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.”¹ (Subraya fuera del texto).*

5.3. *En particular, la exploración y explotación de los recursos naturales en el subsuelo, en sintonía con las normas que protegen la diversidad cultural y el medio ambiente en la Constitución, deben ser compatibles con el nivel de protección que el Estado y la comunidad internacional exigen para preservar la integridad de las comunidades nativas y su existencia digna así como la diversidad étnica y cultural de Colombia, que deben ser armonizados con el desarrollo económico del país, la protección de las riquezas naturales y la multiculturalidad del Estado-Nación. Por consiguiente, no es posible desconocer esos valores constitucionales con una simple alusión al contenido abstracto de interés general.*

5.4. *Además, el derecho a la consulta previa se incorpora vía bloque de constitucionalidad², a través de varios instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales se*

¹ Sentencia SU-039 de 1.997.

² Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003. Respecto a este Convenio y el bloque de constitucionalidad, ha reiterado la Corte Constitucional: “el Convenio 169 de la OIT , y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales”

destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo³ –en adelante Convenio 169 OIT–, el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos –en adelante PIDCP–, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –en adelante PIDESC–, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos –en adelante CADH–. Dichos instrumentos son vinculantes para la definición de las controversias y además marco de acción para garantizar la consulta de los Estados con los pueblos indígenas, como un principio de derecho internacional público. Adicionalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Resolución 61/295 y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial junto con la Recomendación General N° 23 de 1997 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, permiten darle alcance al contenido del derecho fundamental a la consulta previa.

5.5. El Convenio 169 OIT prescribe que los principios de participación y consulta son fundamentales. En su artículo 6º, se establece el deber general del Estado de consultar a los pueblos indígenas y tribales que sean susceptibles de verse afectados directamente por la expedición de medidas administrativas o legislativas. Dispone que la consulta previa debe adelantarse con herramientas y procedimientos pertinentes y adecuados para llegar a un acuerdo con las autoridades representativas de la comunidad y el artículo 7.3 prevé que los Estados posibiliten la realización de estudios en cooperación con los pueblos interesados para evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente, que puedan recaer ante las actividades que se desarrollen.

5.6. Por su parte, el PIDCP y el PIDESC tienen un artículo común que se refiere al derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, que implica que estos determinan su desarrollo económico, social y cultural, y pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Este derecho ha sido interpretado en forma pacífica por la jurisprudencia internacional, en especial gracias a la labor del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que son los intérpretes autorizados de estos tratados, como normas aplicables a los pueblos indígenas, sin que esto implique la posibilidad de independencia política de estos pueblos frente a los Estados de los cuales hacen parte (autodeterminación externa) pero sí un derecho a tomar decisiones relativas a su desarrollo económico, social y cultural y a disponer de sus riquezas y recursos naturales en sus territorios, conforme a sus usos y costumbres, dentro de los límites constitucionales y el respeto a la integridad territorial de los Estados (autodeterminación interna). Esto apareja, entre otros, el deber de los Estados de demarcar y proteger adecuadamente los territorios de estos pueblos y consultarlos en relación con las medidas que los impactan directamente.

5.7. En la CADH no hay un artículo expreso de la consulta previa. Sin embargo, con sustento en los mandatos de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante Corte IDH-, en el caso *Sarayaku vs Ecuador*, advirtió que la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas o tribales es un principio de derecho internacional público. La Corte IDH ha indicado que estas consultas con las comunidades indígenas y tribales tiene una relación directa con el artículo 1.1, que establece la obligación general de garantizar el libre pleno ejercicio de los derechos conocidos en la Convención⁴. También ha advertido que la consulta y participación de las comunidades garantizan los demás derechos, por ejemplo, territorio, ambiente e integridad cultural, y esto le ha permitido ligar la consulta con el artículo 23 de la CADH⁵.

Una vez recordada la naturaleza y fundamento normativo del derecho a la consulta previa, entra la Corte Constitucional a recordar los principios que orientan la forma de realización de dichas consultas.

6.2. Entre otras, en las sentencias T-129 de 2011, C-389 de 2016, SU-133 de 2017, SU- 217 de 2017, T-298 de 2017 y T-103 de 2018, esta Corte ha explicado que el objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.)⁶. Así mismo se ha decantado que el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta y que por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva⁷ de los pueblos interesados. Sobre

³ Aprobado por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Tal instrumento define a los pueblos étnicos y tribales, sus derechos, las hipótesis de concertación y las obligaciones del Estado, como aspectos más relevantes.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 166. En el mismo sentido ver, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015.

⁵ Corte IDH. Caso Yamata contra Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Párr. 225.

⁶ Véase, además, la Observación 2010/81 sobre el Convenio 169 de la OIT

⁷ Este aspecto fue abordado, entre otras, en Sentencias SU-039 de 1997, Sentencia T-376 de 2012 y T-550 de 2015. Así mismo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia (excepciones preliminares,

este tópico la jurisprudencia ha explicado que el significado de la participación activa es que no pueda admitirse como tal a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas. Que esa participación sea efectiva significa que el punto de vista de los pueblos debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas.

6.3. La Corte igualmente ha señalado que la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural entre iguales, en el entendido de que esto significa que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión⁸ sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional (CP art 70). Esto no significa que, desde el punto de vista fáctico, los pueblos indígenas o las comunidades afro descendientes tengan un igual poder a los particulares o al Estado en este proceso de consulta pues usualmente se encuentran en una situación de desventaja frente a ellos por la discriminación a que han sido sometidos. Por eso el Estado tiene el deber de tomar las medidas compensatorias necesarias para reforzar la posición de estos pueblos en estos procesos de consulta para que efectivamente opere ese diálogo intercultural entre iguales.

6.4. La jurisprudencia también ha indicado que la consulta debe ser flexible⁹ de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, sin que esto se pueda desconocer con la simple alusión del interés general, pues debe atenderse a la diversidad de los pueblos indígenas y de las comunidades afro descendientes. Además, la consulta debe ser informada¹⁰, por lo cual no puede tratarse de un asunto de mero trámite formal sino de un esfuerzo genuino del Estado y los particulares implicados por conocer las perspectivas de los pueblos afectados y por efectivamente lograr un acuerdo. Es entonces imperativo respetar la diversidad étnica y cultural¹¹ lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes.

Para determinar qué debe consultarse a las comunidades étnicas la jurisprudencia constitucional ha indicado, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con los desarrollos del derecho internacional, que deben consultarse las medidas legislativas o administrativas que tengan la susceptibilidad de impactar directamente a los pueblos étnicos. El presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es entonces que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a un pueblo étnico. Por economía de lenguaje suele hablarse del concepto de “afectación directa”¹², que si bien es un concepto indeterminado, no significa que carezca de contenido, pues ha sido delimitado por el Convenio 169 de la OIT, por la legislación interna, y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte IDH.

7.2. La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo¹³ o negativo¹⁴ que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica¹⁵. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente.

fondo, reparaciones y costas) Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam del de 28 de noviembre de 2007, párr. 140; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia (fondo y reparaciones) del 27 de junio de 2012 Párr. 163 y 179; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 160 – 162 y 216; y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015 Fondo, Reparaciones y Costas. Párr.181 y 204

⁸ Véase sentencia T-704 de 2016. Fundamento 2.30.

⁹ Véase el artículo 6.1.a del Convenio 169 OIT, y las sentencias de la Corte IDH Saramaka vs Surinam y Sarayaku vs Ecuador y C-175 de 2009 de esta corporación.

¹⁰ Sentencias C-891 de 2002, C-389 de 2016, SU-039 de 2003 y T-769 de 2009, así mismo en Corte IDH el Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 160 – 162 y 216.

¹¹ La Corte IDH ha señalado que los procedimientos deben ser culturalmente adecuados, según las costumbres y tradiciones de los pueblos. Al respecto, es obligación tener en cuenta los métodos de toma de decisión de las comunidades. Ello implica respetar las autoridades escogidas por el colectivo para entablar el diálogo. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam del de 28 de noviembre de 2007, párr. 133. En el mismo sentido ver Sentencia (fondo y reparaciones) Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, del 27 de junio de 2012 Párr. 177

¹² Corte Constitucional Sentencia SU-217 de 2017.

¹³ Corte Constitucional Sentencia T-236 de 2017. Pueden además consultarse las decisiones SU-383 de 2003, C-030 de 2008, C-075 de 2009, C-175 de 2009, T-661 de 2015, T-226 de 2016, T-080 de 2017 y SU-217 de 2017.

¹⁴ Dentro de los casos de afectación directa por un impacto negativo se puede citar, entre otras, la sentencia T-704 de 2016 que estudió la procedencia de la consulta previa en el caso del pueblo Media Luna Dos por la ampliación del puerto de la empresa Cerrejón.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencias T 733/2017, T 236/2017, T 080/2017, SU 217/2017.

7.3. La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales¹⁶; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica¹⁷; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento¹⁸ y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio¹⁹. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

7.4. En particular, en relación con las leyes o las medidas de orden general, la Corte ha señalado que la consulta previa procede si la medida general afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicos. Así, la sentencia C-075 de 2009 destacó que en principio “las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa”, por lo cual en general no procede la consulta previa frente a ellas pero que esta es necesaria “cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”. Esto significa que “no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”.

7.5. En el caso específico de proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables, que es el asunto a resolver en el presente caso, esta Corte ha entendido que la afectación directa incluye, el impacto en (i) el territorio de la comunidad tradicional²⁰; o (ii) en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo²¹. Cuando se trata de esta última hipótesis, la afectación debe resolverse a partir del concepto de justicia ambiental, criterio que se explicará ulteriormente.

El territorio se encuentra vinculado al concepto de afectación directa y en consecuencia a la aplicación de la consulta previa. No existe duda ni disputa sobre la regla precisada. La dificultad de aplicación es porque la noción de territorio étnico va más allá de un espacio físico formalmente demarcado, como un resguardo, y se vincula a elementos culturales, ancestrales así como espirituales (artículo 14 Convenio 169 OIT).

8.2. Desde la Asamblea Nacional Constituyente se reconoció que el territorio y las comunidades indígenas poseen una relación simbiótica²², esencial y constitutiva, que no puede ser equiparada a la que se deriva de la titularidad del derecho de propiedad clásico. Esa dimensión cultural del territorio se replica en el sistema regional de protección de derechos humanos.

8.3. En múltiples decisiones, la Corte IDH advirtió que en relación con los pueblos indígenas debe superarse el concepto físico de propiedad del derecho civil clásico. Por ejemplo, en los casos de las comunidades Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua²³, Yakye Axa vs. Paraguay²⁴, Sawhoyamaxa vs. Paraguay²⁵, Xákmok Kásek vs. Paraguay²⁶, Moiwana vs. Surinam²⁷, Saramaka vs. Surinam²⁸, Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador²⁹, Garifuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs.

¹⁶ Sentencia T-1045A de 2010, T-256 de 2015 y SU-133 de 2017

¹⁷ Sentencia T-733 de 2017

¹⁸ Sentencia T-1045A de 2010

¹⁹ Sentencia T-256 de 2015

²⁰ Corte Constitucional. Sentencias SU 039/1997, T 880/2006, T 769/2009, T 733/2017.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T 129/2011, T 693/2011, T 849 de 2014, T 298 de 2017.

²² Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional N° 40.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas) Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 29 de marzo de 2006 (fondo, reparaciones y costas) Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 15 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas

Honduras³⁰ así como Kaliña y Lokono vs Surinam³¹, se subrayó el vínculo que tiene la tierra con la cultura, la espiritualidad, la integridad de la colectividad, la supervivencia económica y la preservación de su ethos para las generaciones futuras. Así “el territorio tradicional de la [sociedad indígena o tribal abarca] aldeas, zonas de caza, pesca, lugares de entierro, fuentes de plantas medicinales y puntos relevantes en su historia³². También se indicó que dentro de los derechos de propiedad se comprende el uso y goce de los recursos naturales en sus territorios³³.

8.4. De manera que, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, que la Corte Constitucional comparte integralmente, la titularidad de ese derecho surge de la ocupación de un espacio determinado por parte de la minoría étnica y no de la formalización del derecho de propiedad que reconoce la administración, verbigracia un registro³⁴. La posesión tradicional reemplaza el título que otorga el Estado. La visión cultural de posesión y ocupación de tierras no corresponde con el concepto occidental de propiedad, pues tiene una significación colectiva y cultural, que merece ser salvaguardada, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana³⁵.

El Tribunal internacional ha indicado entonces que la relación de los pueblos indígenas con el territorio debe analizarse en cada caso particular y dependiendo de los siguientes criterios³⁶: i) las características de la comunidad así como de las circunstancias en que ésta se encuentra; y ii) la posibilidad de que el grupo mantenga el vínculo con la tierra. El nexo puede expresarse con la presencia tradicional del pueblo, los lazos espirituales o ceremoniales, los asentamientos, los cultivos ocasionales, el uso de recursos naturales ligados a su costumbre y las formas tradicionales de subsistencia, por ejemplo la caza, la pesca, la relación estacional o nómada con las tierras³⁷. Ello se acompaña con la verificación de que la comunidad tuvo la opción de realizar sus prácticas sociales y culturales, de manera que no existían barreras de acceso³⁸.

8.5. La Corte IDH ha destacado que los derechos de propiedad comprenden el uso y goce de los recursos naturales que se encuentran en las tierras que tradicionalmente han poseído o en los terrenos adyacentes a los mismos. Esa salvaguarda permite que un colectivo pueda “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas”³⁹. Obviamente, como la autodeterminación de los pueblos indígenas y comunidades afro descendientes reconocida constitucionalmente y por el derecho internacional es un derecho a la autodeterminación interna, que es distinto al derecho a la autodeterminación externa que opera en otras hipótesis, estos derechos de estos pueblo sobre sus recursos naturales deben ejercerse dentro del marco de la Constitución y el respeto a la integridad territorial del Estado (CP art 1).

Como se explicó la afectación directa es determinante para establecer si procede o no la consulta previa. Además de la perturbación al territorio, se ha establecido que también se concreta si es existe evidencia razonable de que, con la medida, se perjudique i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales; y ii) las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales en un colectivo⁴⁰, que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador Sentencia De 27 De Junio De 2012 (Fondo y Reparaciones).

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos Pueblo Indígena Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Fondo y Reparaciones).

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, Sentencia de 25 de Noviembre de 2015.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Párr 94-95.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)”. Ver párr 54 y 119.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 15 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, párr. 131.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Párr 87.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, Sentencia de 25 de Noviembre de 2015, párr. 151

³⁷ Ver sentencias de fondo y reparaciones de los casos de las Comunidades Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 154, Xkamok Kasek Vs. Paraguay, párr. 113 y Sarayaku Vs Ecuador, párr. 148.

³⁸ Ver Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párr. 132, Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 113, Sarayaku Vs Ecuador, párr. 148 y Kaliña y Lokono Vs Surinam, párr. 133.

³⁹ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas).

⁴⁰ Sentencia SU-133 de 2017.

9.2. Sobre el primer tópico la Corte IDH⁴¹ y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General N° 24)⁴² han afirmado que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan de manera directa el goce de los derechos humanos. En el caso concreto de las comunidades étnicas, han manifestado que la relación entre el ambiente y la protección de algunas garantías, como los derechos de propiedad y de consulta previa permiten salvaguardar a las comunidades y garantizar la continuidad del estilo de vida de esos pueblos. Adicionalmente, los grupos indígenas se ven afectados de manera desproporcionada porque se enfrentan a obstáculos especiales para acceder a los mecanismos de rendición de cuentas y reparación.

9.3. Entre otras, en las Sentencias T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-359 de 2015, T-704 de 2016, T-730 de 2016, T-272 de 2017 y T-733 de 2017⁴³, esta Corte ha considerado que ocurre afectación directa de una comunidad indígena en el evento en que la explotación del proyecto apareja un impacto negativo ambiental, el cual causa un reparto inequitativo de los bienes y cargas de los nichos ecológicos. Esto por cuanto se produce un desconocimiento de los artículos 79 y 13 Superiores, al lesionar los derechos a la salud, al goce del ambiente sano y a la igualdad, puesto que impide el “acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas contaminantes, al igual que un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados”⁴⁴. Esa ruptura es la que obliga a que se produzca una retribución y compensación como resultado de los daños originados en las actividades lícitas que se desarrollan en ejercicio del interés general.

9.4. Ahora bien, en cuanto al segundo tópico, relacionado con la afectación directa por perturbaciones en la estructura social, espiritual, cultural o económica de los pueblos indígenas o tribales, en las Sentencias T-1045A de 2010 y SU-133 de 2017 la Corte concluyó que era obligatorio proceder a la consulta previa, comoquiera que la suscripción de una concesión minera o la autorización de una cesión de derechos de explotación constituía una afectación directa, al poner en riesgo la supervivencia cultural y económica de las colectividades, dado que éstas derivaban su sustento de la minería, actividad que quedaba en incertidumbre por los actos mencionados.

En caso de afectaciones ambientales, el derecho a la consulta previa tiene conexiones íntimas con la justicia ambiental, como lo ha mostrado esta Corte, pues ante la perturbación ambiental de los pueblos indígenas y tribales ha activado la consulta previa para recomponer, a través de la participación, el reparto desigual de las cargas y los beneficios ambientales.

10.2. La justicia ambiental ha sido entonces utilizada por esta Corte para resolver asuntos de distribución inequitativa de cargas ambientales entre los diferentes grupos sociales y defender la participación de colectividades afectadas. Esta construcción teórica ha servido para identificar afectaciones directas a una comunidad como resultado de un proyecto productivo que trae consecuencia o efectos a los ecosistemas.

10.3. Según la Sentencia T-294 de 2014, la justicia ambiental puede ser entendida como el “tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”. La justicia ambiental es entonces un marco analítico que ha permitido terciar ante un conflicto ecológico distributivo, dado que intenta eliminar la discriminación que padecen algunas comunidades en relación con el acceso de servicios ambientales y de la exposición superlativa a los desechos de ciertas industrias. La Corte ha considerado que la justicia ambiental, dentro del marco de la Constitución⁴⁵, está compuesta por cuatro elementos interrelacionados: i) la justicia distributiva; ii) la justicia participativa; iii) el principio de sostenibilidad; y iv) el principio de precaución.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. párr. 148. En el mismo sentido ver Opcit, Opinión Consultiva OC-023 de 2017, párr. 47. En el mismo sentido ver los casos Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, supra, párr. 129; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, supra, párrs. 31 a 39; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, supra, párr. 205; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, supra. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 156, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra, párrs. 214 y 215.

⁴² Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 24, Distr. General 10 de agosto de 2017, E/C.12/GC/24, párrafo N° 8.

⁴³ Allí se indicó que la concertación era necesaria, porque la explotación de minerales causaba las perturbaciones al ambiente (agua, aire, animales y plantas), así como a la salud y la seguridad alimentaria de las comunidades indígenas de la zona. Esto no fue afectado por la nulidad que se resolvió en el Auto 616 de 2018.

⁴⁴ Sentencia SU-133 de 2017

⁴⁵ Sentencia T-294 de 2014.

La consulta previa es constitucionalmente exigida cuando una medida puede afectar directamente a un grupo étnico. Pero ¿qué sucede si existe afectación al grupo étnico pero es de menor intensidad, al punto de que no pueda ser calificada de afectación directa? O, por el contrario, ¿qué sucede en otros eventos en donde estamos en presencia de una afectación tan intensa que puede llegar, por ejemplo, a comprometer la existencia del pueblo indígena? Esta pregunta es relevante frente al caso concreto pues la Corte deberá interrogarse acerca del eventual nivel de afectación del pueblo indígena que presentó la tutela. Ahora bien, en todos los casos, existe un cierto derecho de participación de los pueblos indígenas cualquiera que sea la afectación, como manifestación del derecho a la participación pero, conforme al principio de proporcionalidad, el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional han entendido que los tipos de participación son diversos.

11.2. Las opciones son la participación de la colectividad en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos, el derecho a la consulta previa o la necesidad de la obtención del consentimiento previo libre e informado (CPLI). Esa diversificación por escalas es el resultado de una comprensión de los derechos de las comunidades indígenas en clave del principio de proporcionalidad. Se trata entonces de establecer límites en la aplicación de los derechos fundamentales, entre ellos los de los grupos étnicos diversos en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos naturales y participación, a partir del balance adecuado entre los principios.

11.3. Cuando la medida no afecte directamente al pueblo étnico⁴⁶, la participación corresponderá al estándar de intervención básico que se relaciona con la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que les interese⁴⁷.

Cuando la medida sea susceptible de afectación directa al pueblo étnico, se aplican todas las reglas de deliberación con las comunidades tradicionales, conforme al derecho a la consulta previa y con el propósito genuino de llegar a un acuerdo. En caso de que la consulta sea adecuadamente realizada pero no conduzca a un acuerdo, la administración deberá implementar la medida con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁸.

La afectación directa intensa aplica cuando una medida amenace la subsistencia de la comunidad tradicional, por lo cual, en principio, la ejecución de la medida requiere el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades tradicionales y en caso de no llegar a un acuerdo, prevalecerá la protección de las comunidades tradicionales. Se da en estos tres casos excepcionales, conforme a los desarrollos jurisprudenciales y del derecho internacional⁴⁹: (i) Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento⁵⁰; (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios⁵¹; (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia⁵².

La debida diligencia de los particulares y en especial de las empresas frente al derecho a la consulta previa

13.1. Aunque la responsabilidad esencial frente a la consulta previa es del Estado, eso no implica que los particulares, y en particular las empresas, no tengan deberes frente a este derecho fundamental. Esta conclusión deriva no sólo del efecto frente a terceros que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano sino también en el reconocimiento por el derecho internacional de los derechos humanos de que las empresas tienen ciertas obligaciones frente a los derechos humanos, que no son equivalentes a las de los Estados pero que distan de ser menores e irrelevantes.

13.2. La Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (conocidos como los "Principios Ruggie"), que fueron avalados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁵³, confirman la máxima bien establecida del derecho internacional de

⁴⁶ La jurisprudencia de la Corte ha entendido que la afectación leve es un sinónimo de afectación indirecta.

⁴⁷ Corte Constitucional Sentencia T-236 de 2017 y T-298 de 2017.

⁴⁸ Sentencia C-389 de 2016.

⁴⁹ Sentencia T-129 de 2011 y T-769 de 2009.

⁵⁰ Sentencia T-256 de 2015

⁵¹ Sentencia T-129 de 2011. Art. 29-1 Declaración Ds Pueblos Indígenas.

⁵² Sentencias T-129 de 2011, T-376 de 2012, C-068 de 2013 T-766 de 2015, C-371 de 2014, T-969 de 2014, T-197 de 2016, T-766 de 2015, T-764 de 2015, T-661 de 2015, T-550 de 2015 y, T-256 de 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam.

⁵³ Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de

que (i) los Estados tienen el deber de **proteger** los derechos humanos, por ejemplo, contra violaciones cometidas por las empresas comerciales y otras terceras partes, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; pero que las (ii) las empresas deben **respetar** los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para no vulnerar los derechos humanos o contribuir a vulnerarlos; y que existe (iii) la necesidad de que sean establecidas vías de recurso efectivas para **reparar** las violaciones cuando se producen. El Principio 17 de esta Declaración, relativo a “la debida diligencia en materia de derechos humanos”, señala que sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos, a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades.⁵⁴

13.3. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, a través de la Observación General número 24⁵⁵ indicó que los Estados tienen ciertas obligaciones en el contexto de la actividad empresarial. Señaló que se debe velar por que, cuando proceda, los efectos de las actividades empresariales en los pueblos indígenas (en particular, las consecuencias adversas reales y potenciales sobre los derechos a la tierra, los recursos, los territorios, el patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales y la cultura de los pueblos indígenas) se incorporen de manera específica en las evaluaciones del impacto en los derechos humanos.⁵⁶ Adicionalmente, la Observación General señaló que las empresas deben seguir el estándar de “**diligencia debida**” en materia de derechos humanos, con base en el cual deberán celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de iniciar actividades. Esas consultas deben permitir la identificación de los posibles efectos negativos de las actividades y de las medidas a fin de mitigarlos y contrarrestarlos. También deben propiciar la creación de mecanismos de participación en los beneficios derivados de las actividades.

13.4. Igualmente, en el ámbito interamericano, la Corte IDH, en el caso Pueblos Kaliña Lokono contra Surinam, sentencia del 25 de noviembre de 2015, tuvo en cuenta los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos” de Naciones Unidas para señalar los deberes de debida diligencia de las empresas frente a los derechos humanos en general y, en particular, frente a los derechos de los pueblos indígenas, que incluye el derecho a la consulta previa.

13.5. En el mismo sentido, el Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas⁵⁷, ha señalado el deber que tienen los Estados y las empresas de seguir los parámetros mínimos de **debida diligencia** para la garantía de los derechos de las comunidades indígenas, en particular, la consulta previa. Específicamente, de acuerdo con los informes del Relator⁵⁸, existen dos tipos de responsabilidades: (a) los deberes generales; y (b) la configuración del estándar mínimo de la protección de las comunidades indígenas (estándar de debida diligencia). En todo caso, para la definición de estos asuntos, son determinantes (i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento, (ii) el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y (iii) el deber de diligencia en consultar incorporados en el referido informe.

13.6. La Corte considera que en los casos de consulta previa, estos parámetros son referentes razonables para valorar la actuación de las empresas en relación con el deber de desarrollar la

las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.

⁵⁴ Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. En criterio del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, la debida diligencia en materia de derechos humanos: a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones; c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas. Al respecto consultar el documento “Principios Rectores Sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, documento de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en versión digital en el link: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 24, Distr. General 10 de agosto de 2017, E/C.12/GC/24.

⁵⁶ Op. Cit. Observación General número 24, párrafo 15.

⁵⁷ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas, informes A/HRC/15/37 del 19 de julio de 2010 y A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012, presentados por el Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, en 15° y 21° periodos de sesiones.

⁵⁸ Informes A/HRC/15/37 del 19 de julio de 2010 y A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012.

consulta previa. Lo anterior, teniendo en cuenta que, como ha explicado la jurisprudencia constitucional⁵⁹, los pronunciamientos de las instancias internacionales, encargadas de interpretar los diferentes instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. La Corte, en aplicación de la función interpretativa del bloque de constitucionalidad, de forma reiterada ha utilizado las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los comités de monitoreo de tratados de Naciones Unidas (como el PIDESC) así como las recomendaciones de los comités de monitoreo de Naciones Unidas, las recomendaciones generales de estos mismos órganos y los reportes emitidos en el marco de los sistemas interamericano y Universal, entre otros, como criterio hermenéutico relevante para establecer el alcance de la protección de los derechos fundamentales.

13.7. Para la Sala Plena al utilizar el estándar de debida diligencia de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada, para, posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente. Para el efecto resulta necesario, primero, verificar si el comportamiento de las empresas fue diligente para la protección los derechos de los pueblos tradicionales, con base en los estándares expuestos anteriormente. Una vez verificado el cumplimiento del deber de diligencia por parte de las empresas, corresponde al juez constitucional, en segundo lugar, verificar, a través del principio de proporcionalidad si es procedente o no adoptar determinada medida frente a las actividades de exploración y explotación, teniendo en cuenta los valores constitucionales en tensión. En otras palabras, la verificación de la debida diligencia sirve para que las autoridades, en un eventual ejercicio de ponderación, puedan determinar cuáles han sido ejercidos legítimamente.

13.8. Estos criterios de valoración (el estándar de debida diligencia y el principio de proporcionalidad) son necesarios, además, para encausar la discrecionalidad del juez a la hora de asignar los remedios eficaces para proteger el derecho a la consulta previa. Asimismo, constituyen el balance adecuado para evaluar si se está ante intereses privados o ante valores protegidos por la Constitución. Es pues el justo medio entre la vulnerabilidad de la comunidad indígena, la función ecológica de la propiedad, la función social de la economía, el desarrollo sostenible y la seguridad jurídica.

13.9. Para la Sala Plena, al utilizar el estándar de debida diligencia de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada para, posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente. Los parámetros de debida diligencia permiten, además, adecuar las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares a los principios constitucionales de buena fe (artículo 83 C.P.) y confianza legítima, pues otorgan estabilidad a los actores involucrados en relación con los lineamientos y criterios que deben seguir para cumplir con los mandatos de la consulta previa.

Consecuencias de los acuerdos y desacuerdos en materia de consulta previa

15.1. En la consulta previa debe advertirse que existe la obligación de materializar y cumplir los acuerdos protocolizados y pactados⁶⁰. Lo anterior, en razón de que las partes se obligan voluntariamente al acuerdo como única forma de garantizar la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de las comunidades étnicas minoritarias, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones.

15.2. Ahora bien, existen otras reglas cuando no se alcanza un consenso en el marco de la consulta. En esos eventos el Estado tiene la posibilidad de establecer los términos de la medida, siempre y cuando su decisión⁶¹: i) esté desprovista de arbitrariedad; ii) esté basada en criterios de 'razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; iii) tome en consideración hasta donde sea posible las posiciones expresadas por las partes, y en especial aquellas del pueblo étnico, durante la consulta; iv) respete los derechos sustantivos de los pueblos reconocidos en la Constitución y específicamente en el Convenio 169 OIT; y v) prevea mecanismos ajustados para la atenuación de los efectos desfavorables que seguramente traiga consigo o pueda producir la medida a ser adoptada en la comunidad, sus miembros y su lugar de asentamiento .

15.3. En aquellos casos en donde la intensidad de la afectación al pueblo indígena requiera que haya CPLI, el Estado en principio sólo tiene la facultad de implementar la medida si obtiene el

⁵⁹ Sentencia C-715 de 2012 y C-327 de 2016.

⁶⁰ Sentencia T-002 de 2017.

⁶¹ Sentencias T-745 de 2010 y C-175 de 2009.

consentimiento, previo, libre e informado de la comunidad indígena. La anuencia del pueblo étnico diverso es entonces en principio vinculante, puesto que, sin éste, la implementación de la medida entraña una violación de los derechos de los derechos de estos colectivos. Sin embargo, en casos excepcionales, como puede ser la necesidad de relocalizar un pueblo para prevenir o mitigar un desastre natural, la medida podrá ser implementada sin el consentimiento de los pueblos, pero el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y deberá realizar las correspondientes reparaciones a los pueblos por esta determinación.

16. La falta de consulta, el deber de reparar y las soluciones judiciales eficaces para proteger el derecho a la consulta previa en proyectos extractivos

16.1. El juez constitucional tiene la obligación de dictar remedios judiciales eficaces para garantizar los derechos vulnerados. La principal medida para salvaguardar el derecho a la consulta previa es disponer su celebración con la observancia de los criterios fijados en la jurisprudencia. También debe dejar sin efecto los certificados del Ministerio o disponer la modificación de las licencias ambientales, producto de los acuerdos de la deliberación. Las disputas más críticas se relacionan con la orden de suspensión de proyectos, debido a que entran en tensión el ámbito de protección de los derechos de los pueblos indígenas con el interés general –seguridad o desarrollo económico–.

16.2. La jurisprudencia ha resuelto ese tipo de situaciones a través de la ponderación de los derechos en juego. Aquí se debate sobre los ámbitos de protección del derecho y el alcance que debe otorgarse al mismo, lo cual no es una tarea fácil, pues, a la dificultad de fijar un remedio judicial eficaz, se suma la necesidad de entablar un diálogo que sea capaz de trazar estándares mínimos en el escenario constitucional de la consulta previa. Bajo ese contexto, la Sala considera importante precisar las reglas o criterios que pueden regir la atribución o no del remedio judicial de suspensión en un caso determinado. Jamás se pretende cercenar ni restringir la autonomía judicial a la hora de identificar las medidas protectoras y reparadoras de los derechos humanos.

16.3. En el caso de la comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz Vs Honduras, la Corte IDH manifestó que el derecho a la propiedad colectiva no es absoluto, por lo que puede ser restringido por los Estados, siempre que se observen una serie de condiciones, las cuales deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una democracia. Ello supone la opción de someter a ponderación los derechos de las comunidades étnicas con otros principios. Aunque, se dejó a salvo la idea de que la interferencia a los derechos tienen el límite de una denegación de subsistencia del pueblo tribal.

A nivel nacional, en Sentencia T-298 de 2017, la Corte Constitucional indicó que el derecho a la consulta previa muestra un equilibrio o ponderación entre: "(i) el interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas, y (ii) el goce efectivo de estos últimos derechos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación." Las Sentencias SU-383 de 2003, T-080 de 2017 y T-236 de 2017 ponderaron entre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y la seguridad nacional en la implementación de las políticas de erradicación de cultivos ilícitos por medio de fumigación de glifosato. En esas ocasiones, el resultado de ese análisis concluyó que las facultades del Estado se condicionan a esta ponderación, de modo que debe tener en cuenta la efectiva protección de los derechos de las comunidades indígenas. De ahí que se indicara que la garantía de ese interés general no puede llegar a menoscabar los derechos de estos colectivos. En todos los casos se dispuso celebrar consulta previa con los pueblos étnicos diversos, debido a que los programas de aspersión se efectuaron en los territorios indígenas.

En este mismo escenario normativo, la Sentencia T-005 de 2016 consideró que el concepto de seguridad nacional debía garantizarse respecto del derecho de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, quienes vieron perturbado un territorio sagrado con la construcción de un batallón del Ejército Nacional en la década de 1950. Sin embargo, esa decisión no significó la anulación del derecho de los pueblos indígenas, dado que, también, se ordenó que se asegurara para sociedad Arhuaca el acceso al sitio sagrado. Se llegó a un equilibrio donde permanecía la edificación y salvaguardaba los derechos espirituales y de territorio amplio de la comunidad. Aunado a lo antepuesto, se ordenó el proceso consultivo.

En materia de construcción de carreteras, la Sentencia T-428 de 1992 ponderó, por primera vez, el principio de interés general y el de protección de la diversidad, integridad y autonomía de los grupos étnicamente no dominantes, y se sustentó en que "La norma que establece la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos. Aquí, en esta imposibilidad, radica justamente uno de los grandes avances de la democracia y de la filosofía política occidental en contra del absolutismo y del utilitarismo. La persona es un fin en sí mismo; el progreso social no

puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado”.

16.4. De la reseña jurisprudencial expuesta, se advierte que es posible ponderar el derecho a la consulta previa con otros intereses. Sin embargo, este ejercicio del derecho se efectúa para precisar el alcance de los remedios y no para discutir el orden de precedencia de los derechos o decidir si los derechos de la comunidad ceden ante los demás. De ahí que esa ponderación recae sobre el ámbito de protección del derecho, sin afectar el supuesto de hecho del mismo.

Las Salas de Revisión suspendieron las labores extractivas ante el incumplimiento de la consulta previa que debía realizarse por la afectación directa al territorio físico, cultural o espiritual de los pueblos tribales (Sentencias T-880 de 2006, T-769 de 2009 y T-129 de 2011). Las razones expuestas para tomar esa determinación se justificaron en que los demandados de ese entonces realizaron actividades en manifiesta oposición con los artículos 1°, 7°, 8°, 9°, 10°, 93, 94, 290, 329 y 330 de la Constitución Política. A su vez, se advirtió que ese remedio judicial había sido usado en otras oportunidades, en las cuales se presentaron graves problemáticas generadas por los proyectos que afectan los territorios de las comunidades étnicas. Lo propio sucedió ante la excesiva contaminación del ambiente que causa la actividad de explotación o de exploración (Sentencia T-359 de 2015). A su vez, se tomó esa misma decisión como resultado del menoscabo de las condiciones laborales y de subsistencia de la comunidad indígena para conseguir el cumplimiento de fallo (T-1045 A de 2010).

En contraste se han negado las suspensiones de los proyectos con base en las siguientes razones: i) la medida se ejecutó totalmente (Sentencia T-693 de 2011); ii) la orden implica la afectación del interés público representado en beneficios económicos y sociales que trae la actividad para el país y sus pobladores (Sentencias T-693 de 2011 y T-730 de 2016); iii) el remedio conlleva a desconocer los derechos de los trabajadores de las empresas extractivas (Sentencia T-730 de 2016); iv) la actuación de buena fe de las compañías afectadas con la suspensión (Sentencia T-730 de 2016); v) la detención de la actividad desconocería la seguridad jurídica de los explotares y exploradores de minera e hidrocarburos. (Sentencia T-730 de 2016); y vi) el objeto de la consulta recayó sobre reales afectaciones y no sobre los posibles perjuicios (Sentencia T-272 de 1998).

16.5. La Sala Plena observa que no han existido criterios uniformes para adoptar la decisión de suspender la ejecución de actividades extractivas de recursos naturales. La alternativa de detener las labores se ha sustentado en las particularidades del caso en relación con grado de afectación que sufrió la comunidad. La negativa de detener los proyectos se fundamentaron en razones de conveniencia económica, de implementación de la medida, de conductas de las empresas privadas y de objeto de la consulta. De ahí que sea pertinente acudir a la normatividad constitucional ambiental o étnica para identificar las hipótesis donde hay prohibición de realización de actividades, así como evidenciar el grado de afectación que padecen las comunidades y tomar la decisión de suspender los proyectos. También será relevante revisar el nivel de afectaciones que causa el plan en el caso concreto.

Otro parámetro que debe ser tenido en cuenta es la conducta de los agentes económicos, para evaluar si son o no diligentes y hasta qué punto opera el principio de confianza legítima. Sin embargo, ese escrutinio no se puede realizar con figuras del derecho civil, porque éstas son ciegas a los derechos de las comunidades indígenas y a su forma de comprender el mundo. Para tener un parámetro de medición en clave de derechos humanos, se deberá acudir a los parámetros de responsabilidad de las empresas en relación con el derecho de los pueblos indígenas.

Después de valorar todos esos estándares normativos y constatar que no hubo el desconocimiento de los mismos y se demuestre que actor el privado actuó con la diligencia propia que supone respetar los derechos de las comunidades indígenas, se podrá aplicar el modelo de ponderación.

16.6. Ese estadio se tendrá en cuenta las circunstancias particulares del caso. A la hora de determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones que se desarrollan en el marco de la consulta previa, solo se pueden permitir limitaciones que sean constitucionalmente legítimas, es decir, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.⁶²

Para el efecto se deben ponderar y explorar los siguientes elementos: (i) la posición y las propuestas de los actores, (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida

⁶² Sentencias SU-383 de 2003 y C-175 de 2009.

diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; (v) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto, y (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano.⁶³

Asunto bajo estudio: -

El accionante afirma que presentó derecho de petición el día **El 23 de noviembre de 2021**, fecha en la que radico formalmente y de manera oficial una solicitud dirigida a MINISTERIO DEL INTERIOR, AGUAS DE CARTAGENA, CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE-CARDIQUE. Se evidencia que el día 17 de diciembre de 2021, se da respuesta al derecho de petición mediante el radicado 2021-1001-87065-S de Aguas de Cartagena en la cual se establece unos fundamentos que datan de los años 2011 y 2012, en el cual se aseveran cosas de parte de los asentamientos pero no específicamente de las población presente en el corregimiento de Rocha, como lo es el POMCA que se desarrolla para el canal del dique pero no para los complejos cenagosos, de esta manera desconociendo los usos y costumbres y mucho más grave desconociendo que se encuentran en el proceso de consulta previa con los consejos comunitarios con ocasión de la acción de tutela y no del deber de la debida diligencia establecido en la respuesta, y mucho más grave afirmar que se desarrolló un scouting sin la invitación a nuestra comunidad para de esta manera participar y poder mostrar nuestros usos y costumbres.

El accionante alega que por parte del Ministerio del Interior y Aguas de Cartagena desconocen sus usos y costumbres y más grave aún que para otros proyectos se ha llevado proceso de consulta previa como lo es el proyecto de Promigas que se encuentra presente en el área de Rocha y el proceso de consulta previa llevado a cabo con la Agencia Nacional de Infraestructura.

Por parte de las accionadas Aguas de Cartagena y Cardique se ha manifestado que *“...la primera de las entidades mencionadas viene desarrollando actividades en el sistema lagunar Juan Gómez – Bohórquez para la separación de los sedimentos de agua que toma el Canal del Dique para surtir el acueducto de la ciudad de Cartagena y otros municipios. Dicho complejo lagunas ha sufrido un serio proceso de sedimentación que afecta las especies animales y vegetales... [...] La afectación directa hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica...”*. Tomado sentencia tutela 13001-33-33 0052019-00054-02.

La entidad accionada **AGUAS DE CARTAGENA** por intermedio de la jefe Oficina Asesora Jurídica Dra. **DÉBORA MARIA ANGULO ARRIETA** expreso que la empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., notificado el fallo de la sentencia No. 034/2019, procedió a acatar el proceso ordenado con los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de Puerto Badel, Lomas de Matunilla, Leticia, Recreo y Rocha, quienes, como es de conocimiento público en la zona geográfica y en el entorno, fueron las únicas comunidades reclamantes e indicadas para ser amparadas con el derecho fundamental a la consulta previa. Por tal razón y como ya se ha argumentado en anteriores comunicaciones, Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ha cumplido el debido proceso administrativo al acatar estrictamente el fallo

⁶³ Sentencias SU-383 de 2003, C-461 de 2008 y C-175 de 2009.

de una orden judicial, por lo cual, no es correcto aducir la vulneración, por parte de esta empresa, de los derechos fundamentales reclamados por la comunidad indígena zenú de Gambote, ni la intención de obviar su existencia, teniendo en cuenta que el proceso de consulta previa adelantado se ha surtido con las comunidades ordenadas mediante sentencia.

En este orden el funcionario ALBEIRO DAVID ESPITALETA LORDUY jefe de oficina asesora jurídica del Ministerio del interior asevera a que en el evento que se conceda el amparo, se ordene a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior agotar su competencia y adelante la determinación de la procedencia y oportunidad de la consulta previa, realizado el correspondiente análisis de posibles afectaciones directas que pudiera generar el proyecto *“Formulación de Plan de Manejo Ambiental Resolución 1114 de Agosto de 2018, modificado por la Resolución 032 de enero de 2019”* respecto a la comunidad **CABILDO MENOR INDIGENA ZENU GAMBOTE**

El funcionario informa que en el marco de las competencias del Decreto 2353 del 2019 **se suprimió la función de certificación de presencia de comunidades étnicas para un proyecto, obra o actividad.** El Decreto en mención le asignó a la **Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa**, entre otras funciones, **la de determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa** para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa, y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran.

El despacho atendiendo lo expuesto por la Corte Constitucional en **Sentencia SU 123 de 2018**, concretamente cuando señala que *la Sala Plena al utilizar el estándar de debida diligencia de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada, para, posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente. Para el efecto resulta necesario, primero, verificar si el comportamiento de las empresas fue diligente para la protección los derechos de los pueblos tradicionales, con base en los estándares expuestos anteriormente. Una vez verificado el cumplimiento del deber de diligencia por parte de las empresas, corresponde al juez constitucional, en segundo lugar, verificar, a través del principio de proporcionalidad si es procedente o no adoptar determinada medida frente a las actividades de exploración y explotación, teniendo en cuenta los valores constitucionales en tensión. En otras palabras, la verificación de la debida diligencia sirve para que las autoridades, en un eventual ejercicio de ponderación, puedan determinar cuáles han sido ejercidos legítimamente.*

Se hace necesario para garantizar los derecho de lo integrantes del **CABILDO MENOR INDIGENA ZENU GAMBOTE**, ordenar a la **Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior** dentro de su competencia determine la procedencia y oportunidad de la consulta previa, para ello le corresponde hacer el análisis de posibles afectaciones directas que pudiera generar el proyecto *“Formulación de Plan de Manejo Ambiental Resolución 1114 de agosto de 2018, modificado por Resolución 032 de enero de 2019”* en relación a la comunidad accionante, para garantizar derecho a **INTEGRIDAD SOCIAL, CULTURAL Y ECONOMICA, A LA PARTICIPACION DEMOCRATICA, A LA CONSULTA PREVIA, A LA EXISTENCIA, AL DEBIDO PROCESO DE LA COMUNIDAD.**

En consecuencia, el juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Turbaco Bolívar administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales constitucionales **A LA CONSULTA PREVIA, INTEGRIDAD SOCIAL, CULTURAL Y ECONOMICA, A LA PARTICIPACION DEMOCRATICA, A LA EXISTENCIA, AL DEBIDO PROCESO DE LA COMUNIDAD** accionante **CABILDO MENOR INDIGENA ZENU GAMBOTE**, representada legalmente por el señor **MANUEL DIONISIO SUAREZ**, identificado con cedula de ciudadanía número 11.059.365 con fundamento en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: Ordenar a la **Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia realice las gestiones que garanticen la convocatoria a la comunidad accionante **CABILDO MENOR INDIGENA ZENU GAMBOTE**, para adelantar el proceso de consulta previa sobre Formulación de Plan de Manejo Ambiental Resolución 1114 de agosto de 2018, modificado por Resolución 032 de enero de 2019”, ordenado por CARDIQUE.

TERCERO: La presente decisión podrá ser impugnada, dentro de los tres días siguiente su notificación (artículo 31 Decreto. 2591 de 1991). Si esta providencia no fuere impugnada en tiempo oportuno, remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: En los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 Notifíquese esta Providencia por cualquier medio expedito, remítase copia de la presente providencia a las direcciones electrónicas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MONICA DEL CARMEN GÓMEZ CORONEL
Juez Promiscuo de Familia del Circuito de Turbaco (Bolívar)