

## ACUERDO DE CONSULTA PREVIA-Protección constitucional

### CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

La trascendencia constitucional del derecho a la consulta previa emana del Convenio 169 de la OIT, aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 21 de 1991 “Por la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, pues vía bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, pasó a ser un mecanismo directo de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales y una fuente obligatoria de derecho constitucional.

### CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Finalidades

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

medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental del cual son titulares las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Jurisprudencia constitucional

CONSULTA PREVIA-Alcance y subreglas

Recientemente, la Sala Plena se ocupó de resumir los criterios generales de aplicación de la consulta previa, así como las sub-reglas específicas, de la siguiente forma: “Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) 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; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes. Reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA Y SU CORRESPONDIENTE ACUERDO-

## Vinculantes en el ordenamiento jurídico interno

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Único mecanismo judicial eficaz para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados

La acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas. De ahí que los medios ordinarios de control carecen de la idoneidad para resolver la situación inconstitucional que produce la omisión del trámite de concertación de una decisión o el incumplimiento a lo acordado. Lo anterior, por cuanto esas herramientas procesales no ofrecen una solución clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y alta vulnerabilidad. La ausencia de idoneidad denunciada no se elimina con la flexibilización de la procedencia de las medidas cautelares en el proceso contencioso, toda vez que si la suspensión provisional del acto queda en firme de manera expedita, continuará la impotencia de esos recursos para salvaguardar integralmente los derechos de las comunidades indígenas o tribales. A su vez, la iniciación de un proyecto o el incumplimiento de las medidas que afecta a las colectividades diversas culturalmente no tornan improcedente la acción de tutela, puesto que ese hecho evidencia que es necesario estudiar el caso con urgencia para impedir que continúe la vulneración de derechos de las comunidades. En esos eventos, no se sana el vicio de la ausencia de concertación o de cumplimiento, empero permite que la colectividad perturbada intervenga en las etapas restantes del proyecto o de la consulta, con el fin de pedir la mitificación de los perjuicios, la compensación de los mismos y el cumplimiento de lo acordado. Aunque, ello no significa que la consulta previa se convierta solamente en una vía de resarcimiento económico, dado que esa concepción desnaturalizaría esa concertación constitucional y debilitaría la autoridad de las instituciones ancestrales, así como sus formas organizativas.

ACUERDO DE CONSULTA PREVIA-Naturaleza jurídica

El acuerdo de consulta previa constituye un pacto plurilateral vinculante por mandato de la Constitución Política, en el cual las partes se obligan a concertar (i) la protección integral de los derechos fundamentales de la(s) comunidad(es) étnica(s) afectada(s), salvaguardando su estatus diferenciado, pese a (ii) la afectación causada por la puesta en marcha de una obra, proyecto o actividad estatal, bajo el entendido de minimizar las afectaciones directas.

## ACUERDO DE CONSULTA PREVIA-No puede definirse como un acto administrativo

Comoquiera que en el proceso de consulta previa y en su acuerdo final no interviene exclusivamente la manifestación unilateral de voluntad de la Administración sino que, en ella participan comunidades étnicas diferenciadas y en ocasiones particulares (ejecutores), con el acompañamiento del Ministerio Público, no es posible clasificar el concepto de ACP en la teoría del acto administrativo toda vez que, como se anotó, el ACP refleja una manifestación plural de la voluntad en la que confluyen la Administración y los particulares. Además, en el ACP tampoco tiene lugar, el uso de facultades exorbitantes de las que goza la Administración, motivo por el cual, no es plausible definir este tipo de acuerdo como un típico acto administrativo.

## ACUERDO DE CONSULTA PREVIA-No se enmarca en un contrato privado

El acuerdo de consulta previa no se enmarca en un contrato privado, en tanto en él también participan sujetos de derecho público. Cabría la posibilidad de catalogarlo, en principio, como un contrato sui géneris o innominado, al ser una expresión plural de la voluntad encaminada al surgimiento de obligaciones claras, expresas y exigibles. Sin embargo, esta clasificación teórica no identifica todos los elementos de juicio, en tanto omite que la consulta previa tiene el carácter de derecho fundamental con fundamento en una fuente normativa superior como lo es la Constitución Política.

## ACUERDO DE CONSULTA PREVIA-No puede catalogarse como contrato estatal

No resulta pertinente catalogar los acuerdos de consulta previa como contratos estatales porque estos se centran en los derechos de las comunidades étnicas minoritarias y su subsistencia digna a través de medidas de mitigación, compensación e indemnización, no en entidades estatales que pretender ejecutar acuerdos para el cumplimiento de los fines del Estado o en la prestación de los servicios públicos.

## ACUERDO DE CONSULTA PREVIA-Contenido y alcance

Los ACP son herramientas obligatorias que permiten la satisfacción y el goce efectivo del derecho a la consulta previa, así como de los demás derechos fundamentales involucrados en el proceso consultivo. En tal virtud, los ACP constituyen parte del derecho fundamental a

la consulta previa y guardan una estrecha relación con el derecho constitucional. Como interpretación del Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política de 1991, para la Sala Octava de Revisión el Acuerdo de Consulta Previa es vinculante en el ordenamiento jurídico interno colombiano por cuanto las partes se obligan voluntariamente a aquel 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. A contrario sensu, el incumplimiento del ACP conllevaría a la ineficacia y voluntariedad de la consulta previa, sumado a la afectación de otros derechos fundamentales relacionados intrínsecamente con el proceso consultivo, los cuales, por regla general, constituyen la base de las afectaciones como grupo humano.

#### ACUERDO DE CONSULTA PREVIA-Parte integral del derecho fundamental a la consulta previa/PROTECCION DE ACUERDO DE CONSULTA PREVIA MEDIANTE ACCION DE TUTELA-Procedencia

La Sala Octava considera que el acuerdo de consulta previa, incluyendo su debida ejecución, hasta cerrar el proceso de consulta previa con la verificación del cumplimiento a lo acordado, hacen parte integral del contenido del derecho fundamental a la consulta previa, motivo por el cual, resulta pertinente sostener que, ante la inexistencia de un mecanismo ordinario de defensa judicial en el ordenamiento jurídico, dicho ACP sea susceptible de protección mediante la acción de tutela con la finalidad de que lo pactado de común acuerdo sea exigible, inmutable, vinculante y definitivo para las partes. De forma particular y excepcional, dicho ACP no se encuentra regulado expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano, ni las normas procedimentales o sustanciales dan cuenta de sus mecanismos ordinarios de defensa para garantizar su cumplimiento, en esa medida, procede la acción de tutela como mecanismo subsidiario para brindar protección efectiva de los derechos fundamentales por faltas atribuibles a terceros y autoridades públicas, lo que es válido por tutela para todos los campos del derecho.

#### PROCESO DE CONSULTA PREVIA-Etapas

PROTECCION CONSTITUCIONAL A LOS ACUERDOS CELEBRADOS EN CONSULTA PREVIA-Caso en que Comunidades Negras de Cuenca de Río Dagua, solicitan cumplimiento de Acuerdo en materia de compensación social, ambiental y mejora de vivienda para las comunidades

Referencia: Expediente No. T- 5.635.565

Acción de tutela instaurada por los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua, a través de apoderado judicial, contra el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio del Interior, la Fiduciaria Alianza S.A., el Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA- y la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de enero de dos mil diecisiete (2017)

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos el 16 de junio de 2016 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, confirmó la decisión dictada el 5 de mayo de 2016 por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, la cual declaró la improcedencia de la acción de tutela instaurada por los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua, en contra de los Ministerios de Vivienda y del Interior, la Fiduciaria Alianza S.A., el Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA-, y la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de las precitadas comunidades afro descendientes.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión mediante Auto del veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferido por la Sala de Selección Número Siete, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

## I. HECHOS

1. En la rivera y cuenca del Rio Dagua, en el Departamento del Valle del Cauca se encuentran asentadas varias comunidades étnicas minoritarias como son las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua y la comunidad indígena del pueblo Wounaan, ubicada en el Resguardo Indígena Rio La Meseta Rio Dagua.

1. Desde el año 2010 el Distrito de Buenaventura, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Fondo Nacional de Vivienda y la Alianza Fiduciaria vienen adelantando una obra de infraestructura denominada “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional -VIS-San Antonio”, en jurisdicción de Buenaventura, Valle del Cauca, la cual pretende brindar espacios de reubicación y solución de vivienda a 3.400 hogares localizados en el sector de bajamar (Isla de Cascajal) que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y alto riesgo.

1. Según los accionantes, dicho proyecto de vivienda de interés social se inició sin haber consultado previamente a las comunidades negras ubicadas cerca del lugar donde se adelanta la construcción del proyecto, por lo que las mismas solicitaron ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la realización del procedimiento de consulta previa.

1. Como consecuencia de dicha petición, el 18 de mayo de 2011, fue iniciado el proceso de consulta postconsultivo por parte del Ministerio del Interior, tras haberse realizado una visita de verificación y confirmado la presencia de las comunidades negras en octubre de 2010.

1. El 28 de septiembre de 2011, las partes concertaron los impactos sociales, económicos y ambientales que sufrirían las comunidades afectadas por el Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio, así como las correspondientes medidas de compensación e indemnización. Dicho proceso tuvo una duración aproximada de 6 meses.

1. El 9 de febrero de 2013, tras arduas negociaciones entre las partes, se protocolizaron los acuerdos de consulta previa del Macroproyecto de VIS “San Antonio” en los que se establecieron, entre otras medidas, la destinación de \$900.000.000 millones de pesos para cada una de las comunidades afro, signatarias del acuerdo, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo PA2 Macroproyecto Buenaventura.

1. Dichos recursos debían ser girados por parte del Patrimonio Autónomo y serían administrados por las autoridades locales de las comunidades, con el fin de atender las necesidades de las comunidades afro así:

a. La comunidad de Campo Hermoso los requirió para la adecuación de una cancha de futbol, la construcción de una caseta comunal y para garantizar la interconexión eléctrica desde Campo Hermoso hasta Guadualito, Valle del Cauca.

a. La comunidad de Guadualito pidió que se dispusieran los recursos para al mejoramiento de la cancha de futbol que utiliza la comunidad y la realización de un proyecto productivo para la siembra de coco y chontaduro.

1. Adicionalmente, en el acuerdo suscrito se convino que la compensación de impactos ambientales estaría a cargo de la Alcaldía de Buenaventura, Valle del Cauca y que el distrito destinaría la cantidad de \$3.000.000.000 millones de pesos, a cargo de los recursos que le corresponden del Fondo Nacional de Regalías para el desarrollo e implementación de programas ambientales en las comunidades étnicas accionantes.

1. La Alcaldía de Buenaventura, por intermedio de su Secretaría de Vivienda, también se comprometió a formular proyectos de mejoramiento de vivienda para las comunidades y a gestionar oportunamente los recursos para dichos proyectos ante el Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA-.

1. Con el fin de verificar el cumplimiento de los acuerdos suscritos como resultado de la consulta previa convocada, las partes pactaron la conformación de un Comité de Seguimiento integrado por representantes de las Comunidades Negras, del Ministerio del Interior, del Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio, de la Personería Distrital y de la Alcaldía Distrital de Buenaventura.

1. El 17 de junio de 2015, bajo la dirección del Ministerio del Interior, se celebró una reunión de seguimiento al cumplimiento de los acuerdos. Al finalizar dicha reunión se levantó un acta en la que se expresó lo siguiente:

“...el Macroproyecto si está cumpliendo dado que ha girado el dinero acordado para las comunidades; en el tema de compensación ambiental solo se han estructurado los planes de mitigación y compensación pero no se ha ordenado el dinero ni ejecutado los proyectos; por su parte, la Alcaldía Distrital no ha gestionado ante FONVIVIENDA las mejoras para las viviendas de los miembros de las comunidades.”

1. El 22 de octubre de 2015, fue celebrada otra reunión de verificación de cumplimiento de los acuerdos en la cual se constató que no había cumplimiento ni avance en dos frentes: (i) en la compensación en materia ambiental y (ii) en la solución o el mejoramiento de viviendas para las comunidades tutelantes.

## 2. PRETENSIONES

Con fundamento en el incumplimiento parcial de lo acordado, las Comunidades Negras de la cuenca del Rio Dagua, por intermedio de apoderado judicial<sup>1</sup>, interpusieron acción de tutela

contra los Ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio, del Interior, la Fiduciaria Alianza S.A., FONVIVIENDA y la Alcaldía Distrital de Buenaventura, por la presunta vulneración al derecho fundamental de la consulta previa.

En el escrito de tutela, tras enunciar los hechos generadores de la supuesta violación de la consulta previa, los pueblos afro descendientes solicitaron el amparo de su derecho fundamental y formularon como pretensiones las siguientes:

\* Que se declare la nulidad de los acuerdos de consulta previa del Proyecto “MACRO PROYECTO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL NACIONAL- SAN ANTONIO”, suscritos entre las comunidades accionantes y los representantes de las entidades accionadas.

\* Que se ordene al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, FONVIVIENDA y Alianza Fiduciaria Vocera y Administradora del Fidecomiso PA2 Macro Proyecto Buenaventura, responsables del proyecto, rehacer los acuerdos de Consulta Previa.

\* Como medida provisional de protección del derecho presuntamente vulnerado, solicitaron que se ordene a las entidades accionadas no continuar con las obras de infraestructura del Proyecto de Vivienda de Interés Social “SAN ANTONIO”, hasta tanto se dé cumplimiento de lo acordado en la consulta previa.

### 3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Tras haber sido admitida la acción de tutela, el 25 de abril de 2016, la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, dispuso la debida notificación de la acción de tutela de la referencia y ordenó a las entidades accionadas y vinculadas pronunciarse sobre los hechos contenidos en el escrito de tutela.

#### 3.1. Alianza Fiduciaria S.A.

La sociedad Alianza Fiduciaria S.A., sostuvo que no violó los derechos de las partes

accionantes. Preciso que solo actúa como miembro observador en la administración del Fidecomiso PA2 Macroproyecto Buenaventura, y que en el Comité Fiduciario llevado a cabo el 21 de noviembre de 2012, la Alcaldía Distrital de Buenaventura se comprometió a destinar 3.000 millones de pesos para el diseño e implementación de políticas ambientales, sin embargo, a la fecha no ha cumplido con el desembolso de los recursos, pese a que desde el año 2015 se presentaron proyectos concernientes a políticas de resarcimiento ambiental. Adiciono que sus actuaciones y la administración de los bienes y recursos del fidecomiso, están sometidas a las determinaciones que adopte el Comité Fiduciario.

### 3.2. Ministerio del Interior

La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, se pronunció sobre los hechos planteados en la tutela, sosteniendo que no vulneró los derechos fundamentales de las accionantes toda vez que cumplió con sus obligaciones constitucionales y legales al propiciar los correspondientes espacios de diálogo entre las comunidades y los representantes del proyecto. Así mismo, manifiesta estar al tanto de su deber de seguimiento y verificación al cumplimiento de los acuerdos, tal como consta en las actas en las cuales se evidencia que los únicos acuerdos pendientes por cumplir están a cargo de la Alcaldía Distrital de Buenaventura.

### 3.3. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio dio respuesta a la acción de tutela, solicitando la desvinculación del proceso por falta de legitimación por pasiva, toda vez que las actuaciones que pudieran involucrar la violación de los derechos de las comunidades accionantes en materia de vivienda no le eran imputables a esa entidad sino al Fondo Nacional de Vivienda - FONVIVIENDA-.

### 3.4. Fonvivienda

El Fondo Nacional de Vivienda no se pronunció sobre los hechos de la acción de tutela, pese a haber sido notificado oportunamente sobre la admisión de la misma.<sup>2</sup>

### 3.5. Alcaldía Distrital de Buenaventura

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 3 de mayo de 2016, ordenó la vinculación

de la Alcaldía Distrital de Buenaventura al proceso de la referencia, la cual dio respuesta extemporánea a la acción de tutela.

En su escrito, la entidad vinculada, sostuvo que si bien era cierto que no había podido cumplir con los acuerdos suscritos con las comunidades accionantes, dicho incumplimiento no le podía ser plenamente imputable dado que la realidad financiera de la entidad territorial había variado sustancialmente por razones que escapaban a su dominio, desde la celebración del acuerdo de consulta previa.

Adicionalmente, solicitó que se le permitiera reunirse con las comunidades para poder replantear y ajustar los términos del acuerdo con la realidad económica y financiera de la entidad y así permitir la ejecución de los mismos.

#### 4. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

##### 1. Sentencia de Primera Instancia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga

Mediante proveído del cinco (5) de mayo de 2016, la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, declaró improcedente la solicitud de amparo presentada por las Comunidades Negras de la cuenca del Rio Dagua, al no encontrar probada la vulneración del derecho fundamental aducida, ya que efectivamente sí se surtió y convocó la consulta previa en la que se expresaron las necesidades y los impactos que les generaría el mentado Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional “San Antonio”.

Con ocasión de los espacios brindados, se logró un acuerdo suscrito entre las partes, que fue finalmente protocolizado el 9 de febrero de 2013, cumpliéndose así el mandato constitucional y legal sobre la consulta previa. Lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en particular la Sentencia SU 039 de 19973 la cual manifestó lo siguiente: “...En este caso se han cumplido todos los objetivos de la consulta previa; las aludidas comunidades fueron llamadas y escuchadas sus opiniones sobre la conveniencia del Macroproyecto; también fueron establecidas las acciones que se debían tomar para la mitigación de los perjuicios que se pudieran causar”<sup>4</sup>.

Con lo anteriormente dicho, el juez de tutela en primera instancia, consideró improcedente la

acción al ver satisfecho y cumplido el mandato constitucional de la consulta previa de las comunidades negras minoritarias.

En relación con la posibilidad de hacer cumplir el acuerdo de consulta previa protocolizado el 9 de febrero de 2013, por medio de la jurisdicción constitucional, la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, realizó un estudio de los requisitos de procedibilidad del recurso de amparo y encontró que la solicitud no cumplía con el requisito de subsidiariedad, pues a la luz de las pruebas aportadas al proceso, las comunidades étnicas del Rio Dagua, no agotaron la vía gubernativa ante la Alcaldía Distrital de Buenaventura para solicitar el cumplimiento de lo acordado.

En suma, reconoció el a quo que en caso de persistir dicha entidad territorial en su negativa al cumplimiento de los acuerdos, los accionantes podían obtener la satisfacción de dicha pretensión acudiendo ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativa; "...sin embargo en cuanto a la ejecución de los acuerdos, esta colegiatura se aparta de la órbita de amparo que ostenta la acción de tutela pues, las comunidades étnicas cuentan con vías ordinarias para la consecución de lo pactado"<sup>5</sup>.

## 1. Impugnación

El representante judicial de las comunidades demandantes impugnó el anterior fallo de primera instancia, bajo las siguientes consideraciones:

1. El proceso de consulta previa fue surtido con posterioridad al otorgamiento de la licencia ambiental del Macroproyecto de Vivienda de Interés Social San Antonio, cuando debió surtirse con anterioridad a la concesión de la precitada licencia. No obstante, las comunidades concertaron iniciar el procedimiento bajo la coordinación del Ministerio del Interior -Dirección de Consulta Previa-.

1. Han transcurrido tres años desde la suscripción de los acuerdos y estos no han sido cumplidos debidamente, aun cuando las comunidades han asistido cumplidamente a las reuniones propuesta por el Comité de Seguimiento, espacios en los que no se vislumbra gran avance en la ejecución de lo acordado y tampoco se ofrecen soluciones reales sobre los problemas de las comunidades.

En consecuencia, considera que debe revocarse el fallo judicial de primera instancia y concederse el amparo de las comunidades, no solo como medida de restablecimiento de los derechos vulnerados sino como un mensaje positivo para los demás procesos de consulta previa que se realizan en el país, bajo el entendido de que estos deben cumplirse debidamente.

## 1. Segunda instancia

Mediante proveído del dieciséis (16) de junio de 2016, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmó en su totalidad la sentencia pronunciada por el a quo.

Al respecto consideró, que el proceso de consulta previa efectuado con las comunidades negras se desarrolló desde el mes de septiembre de 2011, brindándose todos los espacios para el diálogo, la participación de las comunidades accionantes y la negociación en ejercicio del derecho fundamental.

En ese sentido, el cumplimiento del acuerdo al que llegaron las partes en desarrollo del proceso de consulta previa, ha sido completo y satisfactorio, dado que de las pruebas obrantes en el expediente se deduce que se ha cumplido en un 60% lo pactado. Únicamente queda pendiente la materialización de lo dispuesto en relación con la compensación ambiental y el proyecto de mejoramiento de vivienda para las comunidades tutelantes.

Así mismo, recordó que no existe ninguna norma constitucional o legal que establezca un término perentorio para el cumplimiento de los acuerdos fruto de la consulta previa, motivo por el cual no le es posible al juez de tutela intervenir para ordenar a una entidad cumplir el acuerdo contraído.

Finalmente, el ad quem instó al ente territorial para que encuentre estrategias y soluciones

que permitan el cumplimiento que le corresponde, con el objetivo de cumplir los acuerdos producto de la consulta previa.

## 1. PRUEBAS QUE OBRAN DENTRO DEL EXPEDIENTE

\* Copia del poder otorgado al representante legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Zacarías-Rio Dagua- al doctor Carlos Emilio Camacho Quesada (f. 11).

\* Copia del poder otorgado por el representante Legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Campo Hermoso -Rio Dagua- al doctor Carlos Emilio Camacho Quesada (f. 12).

\* Copia del poder otorgado por el representante legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Guadualito -Rio Dagua- al doctor Carlos Emilio Camacho Quesada (f. 13).

\* Copia del Acta de Registro No 006 del 18 de febrero de 2016, expedida por la Secretaria de Convivencia para la Sociedad Civil de la Alcaldía Distrital de Buenaventura donde consta la conformación de la Junta Directiva y el nombre del Representante legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Campo Hermoso -Río Dagua. (f. 14).

\* Copia del Acta de Registro No. 112 del 18 de febrero de 2013, expedida por la Secretaria de Convivencia para la Sociedad Civil de la Alcaldía Distrital de Buenaventura, en la cual consta la conformación de la Junta Directiva y el nombre del representante legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Zacarías-Rio Dagua (f. 15).

\* Copia del Acta de Registro No. 010 del 19 de septiembre de 2012, expedida por la Secretaria de Convivencia para la Sociedad Civil de la Alcaldía Distrital de Buenaventura, en la cual consta la conformación de la Junta Directiva y el nombre del representante legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Guadualito -Rio Dagua (f. 16).

\* Copia del Acta de Apertura del proceso de Consulta Previa del 18 de mayo de 2011, suscrita por los representantes las Comunidades Negras de Zacarías , Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua, la comunidad indígena Wounaan y el Ministerio del Interior (f. 17-26).

\* Copia del Acta de Talleres de Impactos y Medidas de Manejo del 11 de Noviembre de 2011 suscrita por los representantes de las Comunidades Negras de Zacarías , Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua y el Ministerio del Interior (f. 27-32).

\* Copia del Acta de Talleres de Impactos y Medidas de Manejo del 1º de febrero de 2012, suscrita por los representantes de las Comunidades Negras de Zacarías , Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua y del Ministerio del Interior (f. 33-42).

\* Copia del Acta de Talleres de Impactos y Medidas de Manejo del 2 de febrero de 2012, suscrita por los representantes de las Comunidades Negras de Zacarías , Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua (f.43-49)

\* Copia del Acta de Acuerdo de Consulta Previa del 9 de febrero de 2013, suscrita por los representantes de las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Río Dagua, el Ministerio del Interior, el Macroproyecto y la autoridad territorial (f. 61-67).

\* Copia del Acta de Protocolización del 9 de Febrero de 2013, suscrita por los representantes de las Comunidades Negras de Zacarías , Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua, el Ministerio del Interior, el Macroproyecto y la autoridad territorial (f. 68-74).

\* Acta de Consulta Previa en Etapa de Seguimiento del 17 de Junio de 2015, suscrita por los integrantes del comité de seguimiento del acuerdo de consulta previa (f. 75-83).

\* Copia del Acta de Consulta Previa en Etapa de Seguimiento del 22 de octubre de 2015, suscrita por los integrantes del comité de seguimiento del acuerdo de consulta previa (f. 84-91).

\* Copia del Acta Seguimiento de Acuerdos Proyecto: “MACROPROYECTO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL SAN ANTONIO” del 11 de Febrero de 2016, suscrita por los integrantes del comité de seguimiento del acuerdo de consulta previa (f. 92-98).

\* Copia del Acta de Seguimiento de Acuerdos Proyecto: “MACROPROYECTO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL SAN ANTONIO” del 30 de marzo de 2016, suscrita por los integrantes del comité de seguimiento del acuerdo de consulta previa. (f. 99-108).

\* Copia del Acta Comité Fiduciario del 21 de Noviembre de 2012 y copias de actas de liquidación de Convenios de Consulta Previa sobre distintas obras acordadas con las Comunidades Afro (f. 126-141).

\* Oficio No. OFI16-000010428 del 15 de abril de 2016 del Ministerio del Interior (f. 214-216).

\* Oficio No. OFI16-000014853 del 28 de abril de 2016 del Ministerio del Interior (f. 217-218).

\* Contestación de la Alcaldía de Buenaventura, la cual contiene cuadros comparativos entre valores propuestos y ajustados sobre los distintos proyectos acordados (f. 243-247).

## 1. PRUEBAS SOLICITADAS Y RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante Auto de fecha 30 de septiembre de 2016, el Despacho Sustanciador identificó la necesidad y pertinencia para solicitar informes a las entidades accionadas y/o vinculadas en el proceso de la referencia, con el fin de allegar elementos actuales que ilustren el grado de cumplimiento del acuerdo logrado, en virtud del proceso de consulta previa surtido con las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualito y Campo Hermoso del Rio Dagua. En tal sentido dicho proveído resolvió lo siguiente:

“Primero.- VINCULAR, como terceros interesados, dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia, al Comité de Seguimiento y al Comité Fiduciario, creados en virtud del proceso de consulta previa en relación con la obra de infraestructura denominada “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional Ciudadela San Antonio”, adelantada en jurisdicción de Buenaventura, Valle del Cauca.

Segundo.- DECRETAR como prueba, que en el término de diez (10) días, contado a partir de la recepción del presente auto, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio del Interior, la Fiduciaria Alianza S.A., el Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA- la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca, el Comité de Seguimiento y el Comité Fiduciario, informen detalladamente, con fechas precisas, el estado actual del cumplimiento a lo acordado en el proceso de consulta previa con las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua, en relación con la obra de infraestructura denominada “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional Ciudadela San Antonio”, en jurisdicción de Buenaventura, Valle del Cauca.

Tercero.- VINCULAR a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República, a la Defensoría del Pueblo, y a la Personería de Buenaventura, para que, en el marco de sus competencias y visión institucional, vigilen, intervengan y verifiquen el cumplimiento de lo acordado en el proceso de consulta previa surtido con las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Río Dagua, en relación con la obra de infraestructura denominada “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional Ciudadela San Antonio”, en jurisdicción de Buenaventura, Valle del Cauca.

En tal virtud, se les enviará copia del expediente número T-5.635.565, con la finalidad de que rindan un informe al Despacho sobre el estado actual del cumplimiento a lo acordado en el proceso de consulta previa, en el término de diez (10) días, contado a partir de la recepción del presente auto.

Cuarto.- ORDENAR que, por la Secretaría General de la Corporación, se efectúe la notificación y comunicación para el cumplimiento de esta providencia.

Quinto.- ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, una vez recepcionada la prueba ordenada en el numeral segundo, ponga a disposición de las partes y terceros interesados, por el término de tres (3) días, el expediente número T-5.635.565, con el objeto de que se pronuncien sobre la misma y ejerzan el derecho de defensa y contradicción”.

Mediante Auto del 14 de octubre del año en curso, la Sala Octava de Revisión, decretó la suspensión de términos en el proceso de la referencia, por el término de 20 días hábiles, contado a partir del momento en que se alleguen las pruebas solicitadas por el Despacho en el proveído anteriormente citado<sup>6</sup>.

#### 1. Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa

En memorial recibido por la Secretaría General el 18 de octubre de 2016, el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, se pronunció sobre la acción de tutela de la referencia precisando que en el marco del “Macro proyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio”, su dependencia expidió la certificación número OFI10-46870 del 10 de diciembre de 2010, en la se constató la presencia de las Comunidades Negras en el área

de influencia directa del referido proyecto.

Seguidamente, el escrito hace una relación de los hechos y actuaciones “que han rodeado el cumplimiento de la orden judicial (T-550 de 2015)”, en particular presenta las siguientes acciones sobre el cumplimiento del anterior fallo de tutela:

“Cuadro No. 1. Descripción Reunión de Protocolización

No.

FECHA

ACCION

COMITE DE SEGUIMIENTO

1

Se suscribe el acta de protocolización de acuerdos, con el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra Campo Hermosos Rio Dagua, comunidad negra Zacarías Rio Dagua y Guadualito del Rio Dagua.

-Juntas Directivas y Representante Legal del Consejo comunitario de la Comunidad Negra de Guadualito, Campo Hermoso, Zacarías.

-Representante del Megaproyecto de interés Social Nacional de Buenaventura, Alcaldía Municipal de Buenaventura. -Defensoría del Pueblo

-Un (1) Representante de la Personería Distrital de Buenaventura

-Delegados de la Dirección de Consulta Previa-Ministerio del Interior.

No.

FECHA

ACCION

## COMITE DE SEGUIMIENTO

2

30 de octubre de 2014.

Se suscribe el acta de Consulta Previa en etapa de Protocolización de Acuerdos, el Resguardo Indígena la Meseta Rio Dagua.

-Tres (3) delegados de Comunidad indígena Resguardo La Meseta Alto Rio Dagua

3

>

22 de abril de 2015.

Se suscribe el acta de Consulta Previa en etapa de Protocolización de Acuerdos,

Representante Legal y miembros del CCCN Los Lagos Rio Dagua, Comunidad Negra de la Vereda Gamboa.

-Cuatro (4) delegados de CCCN de la Vereda Gamboa (Representante Legal, Asesores de la comunidad).

-Dos (2) delegados del ejecutor del proyecto. -Un Delegado Ministerito del Interior.

munidad indígena Resguardo La Meseta Alto Rio Daqua

Fuente SICOP-

Ministerio del Interior

Cuadro No. 2. Desarrollo del Proceso Consultativo- Etapa de Seguimiento

No.

ACCION

## ESTADOS ACUERDOS

1

17 de Junio de 2015

Se suscribe el acta de Consulta Previa en la Etapa de

Se realizó reunión con los miembros de las comunidades objeto de la Consulta Previa y definieron tres líneas ambientales, una base de

OFI15-

000017542-

DCP-2500

Seguimiento, con el consejo comunitario Zacarías, Campo Hermosos Guadualito

Restauración y protección de quebradas, para lo cual se desarrollarán tres proyectos x comunidades y entran a justes de acuerdo con la metodología MGA.

2

26 de Agosto de 2015

OFI15-

000025062-

DCP-2500

No se realizó Reunión de Consulta Previa en la Etapa de Seguimiento, con el consejo comunitario

EXTM116-0039841 del 20 de agosto de 2016, la empresa Ejecutora solicita no realizar reunión de Seguimiento en el marco del proceso de Consulta Previa en el mes de septiembre, , por falta de recursos

3

23 de septiembre de 2015.

OFI15-

000031399-

DCP-2500

Zacarías, Campo

Hermosos,

Guadualito.

EXTM116-0039841 del 20 de agosto de 2016, la empresa Ejecutora solicita no realizar reunión de Seguimiento en el marco del proceso de Consulta Previa en el mes de septiembre, , por falta de recursos

4

18 y 19 de noviembre de 2015

OFI15-

000034884-

DCP-2500

Convocatoria para reunión de Consulta Previa en Etapa de Seguimiento de acuerdos con los Consejos, comunitario de Zacarías, Guadualito y Campo Hermosos, Guadualito.

-Los recursos de patrimonio Autónomo serán girados a los Consejos Comunitarios de Zacarías, Guadualito y Campo Hermosos, Guadualito, previo cumplimiento de las condiciones técnicas legales y de garantía que serán pactadas en el Convenio, Cumplido 100%, manifestación de la Comunidad.

-El comité Fiduciario indica que de La Alcaldía Buenaventura cederá un cupo de 3.000.000 para atender los impactos ambientales.

-La alianza fiduciaria indica los proyectos fueron ajustados en los requerimientos. -De acuerdo con la semana del 23 al 27 de noviembre de 2015, se realizará visita a tres comunidades para la evaluación de las viviendas.

5

18 y 19 de noviembre de 2015

OFI15-

000034884-

DCP-2500

Convocatoria para reunión de Consulta Previa en Etapa de Seguimiento de acuerdos con los Consejos, comunitario de Zacarías, Guadualito y Campo Hermosos, Guadualito.

-Los recursos de patrimonio Autónomo serán girados a los Consejos Comunitarios de Zacarías, Guadualito y Campo Hermosos, Guadualito, previo cumplimiento de las condiciones técnicas legales y de garantía que serán pactadas en el Convenio, Cumplido 100%, manifestación de la Comunidad.

-La alianza fiduciaria indica los proyectos fueron ajustados en los requerimientos. -De acuerdo con la semana del 23 al 27 de noviembre de 2015, se realizará visita a tres comunidades para la evaluación de las viviendas.

6

15 de diciembre de 2015

Reunión de Consulta Previa en Etapa de Seguimiento para el proyecto Macro proyecto de Vivienda de Interés Social San Antonio

-Según acta para los componentes (infraestructura, Ecoturismo, Educación-

capacitación, proyectos productivos, componente ambiental y Saneamiento Básico) la comunidad presentó cinco (5) proyectos por un monto total de \$1. 202.937.865,44 Millones de pesos.

-El ejecutor se compromete a suscribir el Convenio para el mes de febrero de 2016.  
Reubicación de familias - Se realizó postulación y asignación de 20 subsidios familiares de vivienda representados en 20 unidades, adjunta la Resolución No. 2757 de 2015.

7

11 de febrero de 2016 OFI16-000001580-DCP-2500

Convocatoria para reunión de Consulta Previa en Etapa de Seguimiento de acuerdos con los Consejos, comunitario de Zacarías, Guadualito y Campo Hermoso.

-Los recursos de patrimonio Autónomo serán girados a los Consejos Comunitarios de Zacarías, Guadualito y Campo Hermosos, Guadualito, previo cumplimiento de las condiciones técnicas legales y de garantía que serán pactadas en el Convenio, Cumplido 100%, manifestación de la Comunidad.

-El comité Fiduciario indica que de La Alcaldía Buenaventura cederá un cupo de 3.000.000 para atender los impactos ambientales.

-La alianza fiduciaria indica los proyectos fueron ajustados en los requerimientos. -De acuerdo con la semana del 23 al 27 de noviembre de 2015, se realizará visita a tres comunidades para la evaluación de las viviendas.

9

17 de mayo de 2016

OFI16-000010422-DCP-2500

Convocatoria para reunión de Consulta Previa en Etapa de Seguimiento de acuerdos con los Consejos, comunitario de Zacarías, Guadualito y Campo Hermoso.

Según acta para los componentes (infraestructura, Ecoturismo, Educación-capacitación,

proyectos productivos, componente ambiental y Saneamiento Básico) la comunidad presentó cinco (5) proyectos por un monto total de \$1. 202.937.865,44 Millones de pesos.

-El ejecutor se compromete a suscribir el Convenio para el mes de febrero de 2016.

-Reubicación de familias – Se realizó postulación y asignación de 20 subsidios familiares de vivienda representados en 20 unidades, adjunta la Resolución No. 2757 de 2015.

10

26 de mayo de 2016

OFI16-000010428-DCP-2500

Convocatoria para reunión de Consulta Previa en Etapa de Seguimiento de acuerdos con los Consejos, comunitario de Zacarías, Guadualito y Campo Hermoso.

-La alcaldía D: Buenaventura, informa que los proyectos acordados según acta, fueron presentados en su momento y devueltos y por tanto harán ajustes

-La Comunidad indica que no vuelve a los espacios de reunión hasta tanto no saber del estado de los proyectos en el OCAD.

-LA comunidad manifiesta el número de viviendas a ser visitadas por la oficina de Vivienda de la Alcaldía Distrital Buenaventura.

-El estado de los mismos se corroboran según acta de seguimiento firmada.

11

OFI16-000020384-DCP-2500

Convocatoria para reunión de Consulta Previa en Etapa de Seguimiento de acuerdos con los Consejos, comunitario de Zacarías, Guadualito y Campo Hermoso.

-Representante Legal de CC Zacarías indica que la alcaldía D: Buenaventura, no puede excusarse que no hay dinero de regalías para los proyectos

-Pide reunión del 30 de junio de 2016, para lo cual la Representante del Macro proyecto manifiesta que va a plantear la propuesta y una vez, tenga el pronunciamiento, informará.

La señora Guadalupe Viveros, indica “la próxima semana van a determinar si los proyectos se presenten así o toca hacerles alguno y posterior esperar directrices del señor Alcalde.

-El estado de los mismos se corroboran según acta de seguimiento firmada”.

Finalmente, concluye que el proceso de consulta previa ha surtido todas las etapas dispuestas, respetando los postulados de la Sentencia C-030 de 2008, en cumplimiento del principio de buena fe, los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades, sin que exista imposición de tiempo para su ejecución, motivo por el cual dicho proceso se encuentra en etapa de “Seguimiento de Acuerdos”.

#### 1. Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA-

El Fondo Nacional de Vivienda, entidad adscrita al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, informó respecto de los acuerdos celebrados el 9 de febrero de 2013, en el marco de la consulta previa celebrada con los Consejos Comunitarios de Zacarías, Campo Hermoso y Guadalupe-Rio Dagua, que:

“El monto acordado para cada uno de los consejos comunitarios de las comunidades negras de ZACARÍAS, CAMPO HERMOSO Y GUADALUPE fue de NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$900.000.000.00) incluyendo los estudios para los proyectos acordados con cargo a los recursos del MACROPROYECTO los cuales serán destinados de la siguiente manera.

A. Para el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra Guadalupe Rio Dagua:

1. SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$600.000.000.00) para interconexión eléctrica desde Campo Hermoso hasta la última casa de Guadalupe.

2. CIEN MILLONES DE PESOS MCTE (\$100.000.000.00) para el mejoramiento de la cancha de fútbol para la comunidad.

3. SESENTA MILLONES DE PESOS CMTE. (\$60.000.000.00) para los estudios de la interconexión eléctrica y del mejoramiento de la cancha de fútbol

4. CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS CMTE. (\$140.000.000.00) para un proyecto productivo de siembra de coco y chontaduro.

A. Para el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Campo Hermoso Rio Dagua:

1. La cancha con gradería y equipamiento completo

2. La Caseta comunal

A. Para el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Zacarías Rio Dagua.

1. Terminación centro de acopio integral CAC (Centro administrativo comunitario)

1. Mejoramiento y acondicionamiento del puesto de salud

2. Parque Infantil".

En el mismo acuerdo se estableció que "los recursos aportados por el Patrimonio Autónomo para la compensación de la consulta previa del Macroproyecto serán girados a los consejos comunitarios de GUADUALITO, CAMPO HERMOSO Y ZACARÍAS, previo cumplimiento de las condiciones técnicas, legales y de garantías que serán pactadas en el convenio que suscriban las partes, dentro de los 15 días siguientes a la protocolización de este acuerdo y a la designación de la interventoría de las obras que se realizaran con cargo a los recursos aquí señalados".

Igualmente, se indicó que “para atender los impactos de tipo ambiental, el Distrito de Buenaventura en el comité fiduciario del 21 de noviembre de 2012, señaló que los recursos disponibles para regalías del Distrito de Buenaventura cedería el cupo en cantidad de 3.000 millones de pesos para la formulación y ejecución de proyectos ambientales que atiendan a las cinco comunidades, de acuerdo con los impactos de cada uno, para el efecto una vez protocolizada el acta, se dará inicio a la formulación del proyecto por parte del Distrito de Buenaventura, con el apoyo del Macroproyecto y del Ministerio de Vivienda. Todas estas actividades se harán concertadamente con los consejos comunitarios”.

Y por último, se señaló que “adicionalmente, y dado que una de las necesidades más sentidas de las comunidades es la relacionada con la seguridad de las viviendas, el Distrito de Buenaventura, a través de la Secretaria de Vivienda, formulará para cada una de las comunidades, proyectos de mejoramiento de vivienda que serán gestionados a través del Macroproyecto para la consecución de recursos del presupuesto de FONVIVIENDA que permitan la ejecución efectiva de los mismos. Dichos proyectos deben cumplir con la normatividad vigente y ser avalados por los representantes legales de cada una de las comunidades. Así mismo, el Secretario de Desarrollo Económico y Rural del Distrito de Buenaventura se compromete a elaborar conjuntamente con la Secretaria de Vivienda estos proyectos, cuando se protocolicen los acuerdos. Una vez formulados estos proyectos, el Macroproyecto a través de ANDREA SALAZAR o de quien haga sus veces, hará las gestiones necesarias para que del presupuesto designado a vivienda de interés social prioritario se destinen los recursos necesarios para atender los mejoramientos o los proyectos de mejoramiento para estas comunidades”.

Según lo anterior, FONVIVIENDA manifiesta que el patrimonio autónomo, como vocero y administrador del Fideicomiso PA2-Buenaventura, suscribió convenios con cada una de las comunidades para dar cumplimiento a los acuerdos indicados en los literales a, b y c, los cuales fueron liquidados y ejecutados en las siguientes fechas:

CONSEJO COMUNITARIO

FEHCA DE INICIO

FEHCA DE TERMINACIÓN

08/04/13

15/04/14

GUADUALITO

08/04/13

16/11/13

ZACARÍAS

08/04/13

26/03/14

Precisa que las obligaciones relacionadas con el impacto ambiental, en cuanto a la formulación y ejecución de proyectos es responsabilidad del Distrito de Buenaventura, "...el Macroproyecto formuló los respetivos proyectos ambientales en el año 2014, fueron radicados en el 2015 y ajustados en el año 2016, los mismos fueron debidamente presentados y radicados ante la Oficina de Planeación del Distrito de Buenaventura, sin embargo, pese a que la Coordinadora del Proceso, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Fonvivienda y Alianza Fiduciaria ha requerido en múltiples oportunidades al Distrito de Buenaventura a fin de que cumpla con los acuerdos relacionados con los proyectos ambientales, no lo han hecho".

Indica que sobre el mejoramiento y seguridad de las viviendas "...el Distrito de Buenaventura no ha realizado la formulación de los proyectos y por tanto no se ha realizado la gestión de consecución de recursos para atender los mismos".

Finalmente, en relación con la pretensión de las accionantes dirigida a declarar la nulidad de los acuerdos, señala que es improcedente en tanto el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, establece taxativamente las causales de nulidad de los actos administrativos, como la consulta previa se efectuó en el marco de la ley, la buena fe, logrando el pleno consentimiento de las comunidades, acerca de las medidas propuestas y los acuerdos analizados no es posible decretar la nulidad.

En consecuencia, tras anexar las actas de liquidación y pago de los convenios celebrados<sup>7</sup>, con registro fotográfico, solicita denegar las pretensiones de las partes accionantes.

#### 1. Comunidades Negras de Zacarías, Río Dagua, Guadualito Río Dagua y Campo Hermoso, Río Dagua

Mediante escrito recibido el 18 de octubre de 2016, el apoderado judicial informa el estado actual del cumplimiento de los acuerdos de consulta previa protocolizados el día 9 de febrero de 2013, en los siguientes términos:

En cuanto a la compensación social indica que se “cumplió a cabalidad con el acuerdo de consulta con respecto a la entrega de las obras a entera satisfacción del interventor de la comunidad y de la empresa”. Lo anterior, se puede corroborar en las actas de seguimiento de acuerdo “Macro Proyecto de Vivienda de Interés Social Nacional “San Antonio”.

Sobre la compensación ambiental y el proyecto de mejoramiento de vivienda, resalta que a la fecha no se ha cumplido con los acuerdos de consulta previa, protocolizados el día 9 de febrero de 2013, no obstante comunica que el 11 de febrero de 2016 se llevó a cabo una reunión entre la Alcaldía Distrital de Buenaventura y los representantes de los Consejo Comunitarios de las Comunidades Negras accionantes, en la cual se concertaron por parte del ente territorial unas acciones con miras a lograr el cumplimiento de los acuerdos de consulta previa.

Señala que, tal como lo manifestó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, no se ha cumplido a cabalidad con lo pactado ni con los objetivos de la consulta previa, lo cual demuestra que la afectación ambiental y en las viviendas persiste para las comunidades hasta tanto se logre cumplir con todos los acuerdos protocolizados el día 9 de febrero de 2013,

“...no se puede considerar que se ha cumplido con los objetivos del proceso de consulta previa según lo establecido por el Convenio 169 de 1989 de la OIT, que ratifica la Ley 21 de 1991 y por el contrario se debe de tener en cuenta que el tiempo transcurrido es excesivo y perjudicial en pro de la protección del medio ambiente de los territorios de los Consejos

Comunitarios de Comunidades Negras Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso, unidos intrínsecamente a la pervivencia y supervivencia física de la comunidad y preservación de su integridad étnica, social, económica y cultural y su subsistencia como grupo étnico, por lo que el incumplimiento a este derecho fundamental se convierte en una condena a la vida misma por la estrecha relación que tienen las comunidades con el medio ambiente en sus territorios ancestrales”.

En relación con la procedencia de la demanda, precisa que la Corte Constitucional debe aclarar que la ejecución de los acuerdos hace parte de la órbita de la acción de tutela, “...considero que la consulta previa (...) hace parte del bloque de constitucionalidad y no se fundamenta única y exclusivamente en facilitar la participación de las comunidades en la identificación de impactos y la proyección de las medidas respectivas de prevención, corrección, mitigación y compensación, sin lograr garantizar el cumplimiento de las ejecuciones de tales medidas de manejo necesarias para la protección de la comunidad con miras a evitar perjuicios irremediabiles e irreversibles”.

Finalmente, culmina la intervención concluyendo que sí se hayan ejecutado algunas etapas del proceso de consulta previa como lo fueron “la socialización, la identificación de impactos, las medidas de manejos, la protocolización de los acuerdos e inclusive el resarcimiento de los impactos sociales, como se puede constatar en las actas de seguimientos de acuerdos de consulta previa “Macro Proyecto de Vivienda de Interés Social Nacional “San Antonio”, aún no se ha cumplido con el resarcimiento de los impactos de tipo ambiental y el proyecto de mejoramiento de vivienda para las comunidades afectadas, que según lo establecido en el Plan de Manejo Ambiental del Proyecto, buscan evitar un perjuicio irremediable e inminente que justifica el amparo constitucional y que de no ser así considero que se ocasionaría un limbo jurídico de gran magnitud por la violación de un derecho fundamental y se estaría generando una gran incertidumbre a otros procesos de consulta previa...”.

## 1. Contraloría General de la República

Mediante oficio del 19 de octubre de 2016, el Director de Vigilancia Fiscal de la Contraloría General de la República, informó el resultado del seguimiento al proceso de consulta previa, una vez requerido por esa entidad, el Director Ejecutivo del Fondo Nacional de Vivienda.

Señala que para cumplir los tres primeros puntos acordados fueron ejecutados y liquidados a cabalidad por parte del Patrimonio Autónomo PA2 los respectivos convenios con las comunidades accionantes, sin embargo en relación con los impactos de tipo ambiental "...la obligación de la formulación de los proyectos es responsabilidad del Distrito de Buenaventura (...) el Macroproyecto formuló los respectivos proyectos ambientales en el año 2014, fueron radicados en el año 2015 y ajustados en el año 2016, los mismos fueron debidamente presentados y radicados ante la Oficina de Planeación del Distrito de Buenaventura, sin embargo, y pese a que se requirió en múltiples oportunidades al Distrito de Buenaventura a fin de que cumpliera con los acuerdos relacionados con los proyectos ambientales, aun el ente territorial no lo ha hecho".

Así mismo, indica sobre el acuerdo relacionado con la seguridad de las viviendas, "... el Distrito de Buenaventura no ha realizado la formulación de los proyectos y por tanto no se ha realizado la gestión de consecución de recursos para atender los mismos".

Finalmente, expresa que la Contraloría General "...estará pendiente del cumplimiento de este fallo en la próxima auditoria que se programe".

## 1. Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca

Mediante escrito del 20 de octubre de 2016, la entidad territorial informó que el 11 de octubre del año en curso, convocó a una reunión de concertación con los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías, así como a su apoderado judicial y asesores, en las instalaciones de la Alcaldía Distrital de Buenaventura, en la que se acordó lo siguiente:

1. - "La Administración Distrital de Buenaventura, se compromete que a más tardar con fecha a 2016-11-30, hará los desembolsos de recursos propios por SEICIENTOS MILLONES (\$600.000.000.000.) DE PESOS MC, a través de proyectos presentados por la comunidad, viabilizados por Planeación Distrital y ejecutados de manera autónoma por los Consejos Comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías.

1. - La Administración Distrital de Buenaventura, se compromete que a más tardar en el segundo semestre de 2017, hará los desembolsos de recursos propios por NOVECIENTOS MILLONES (\$900.000.000.000.) DE PESOS MC, a través de proyectos presentados por la comunidad, viabilizados por Planeación Distrital y ejecutados de manera autónoma por los Consejos Comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías, con los cuales se completa el monto de UN MIL QUINIENTOS MILLONES (\$1.500.000.000.00.) DE PESOS MC, equivalentes al total del compromiso renegociado entre los Consejos Comunitarios y la Administración Distrital, correspondientes a la compensación ambiental por la afectación de estas comunidades por el Macroproyecto Ciudadela de San Antonio.

1. - Los miembros de los Consejos Comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías, dejan constancia, que con este acuerdo se cumple el compromiso por parte de la Alcaldía Distrital de Buenaventura, pero que ya acudieron ante la Corte Constitucional para que vincule al ejecutor del macroproyecto, para que ellos aporten el resto de los dineros pendientes hasta completar los TRES MIL MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.000.00.), pero traídos a valor presente, teniendo en cuenta:

a. Que el compromiso se adquirió hace 3 años.

b. Que la Alcaldía Distrital de Buenaventura no es el dueño del proyecto.

c. Que el Convenio 169 de la OIT, establece que el ejecutor del proyecto financia los compromisos adquiridos en el marco de las consultas previas.

d. Que las obras del Macroproyecto Ciudadela de San Antonio, han afectado ambientalmente las áreas de influencia, como son las correspondientes a los Consejos Comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías Rio Dagua, según lo establecido en el plan de manejo ambiental.

e. Los miembros de los Consejos Comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías, se

comprometen a presentar los proyectos ante la Oficina de Planeación Distrital, para su respectiva viabilización”.

## 1. Procuraduría General de la Nación y Personería Distrital de Buenaventura

La Procuradora Provincial de Buenaventura y el Personero Distrital de Buenaventura, el 21 de octubre de 2016, rindieron un informe precisando que en el Acuerdo de Consulta Previa se acordó, entre otros puntos, que la Alcaldía Distrital de Buenaventura destinaría la suma de \$3.000.000.000 (tres mil) millones de pesos, a cargo de los recursos que le correspondían del Fondo Nacional de Regalías con el fin de desarrollar e implementar programas ambientales para las comunidades de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito del Rio Dagua; como también le corresponde la formulación de proyectos de mejoramiento de vivienda para estas comunidades y su agilización ante FONVIVIENDA por parte de la Secretaria de Vivienda de la Alcaldía de esta localidad.

En relación con la compensación ambiental, informa que “de las acciones de seguimiento a estos acuerdos con ocasión a la vinculación que se nos hace el auto 2016 de fecha del 30 de septiembre del año en curso, se logró establecer, que la Administración Distrital en reunión del 11 de los corrientes con representantes de los concejo -sic- comunitarios de comunidades negras de Zacarías. Campo Hermoso y Guadualito del Rio Dagua, a la que no se le participio al Ministerio Público, se acordó una renegociación de la forma de pago de los 3 mil millones, tal y como consta en acta No. 001” (subrayado original en el texto).

Referencia los puntos del acuerdo en los siguientes términos:

La administración Distrital de Buenaventura se comprometió a que a más tardar el 30 de noviembre de 2016, hará los desembolsos de recursos propios de 600.000.000 (SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS m/cte.), a través de proyectos presentados por la comunidad, viabilizados por Planeación Distrital y ejecutados de manera autónoma por los Consejos Comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías.

Además, se comprometió a que a más tardar el segundo semestre de 2017, hará los desembolsos de recursos propios por 900.000.000 (NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS

m/cte.), a través de proyectos presentados por la comunidad viabilizados por Planeación Distrital y ejecutados de manera autónoma por los Consejos Comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías, con los cuales se completa el monto de UN MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS m/cte., equivalentes al total de compromisos renegociados entre los Consejos Comunitarios y la Administración Distrital, correspondientes a la compensación ambiental por la afectación de estas comunidades por el Macroproyecto Ciudadela de san Antonio.

1. Que el compromiso se adquirió hace 3 años.
2. Que la alcaldía Distrital de Buenaventura, no es el dueño del proyecto.
3. Que el convenio 169 de la OIT, establece que el ejecutor del proyecto financia los compromisos adquiridos en el marco de las consultas previas.

1. Que las obras del macroproyecto Ciudadela san Antonio han afectado ambientalmente las áreas de influencia, como son las correspondientes a los consejos comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías Rio Dagua, según lo establecido en el plan de manejo ambiental.

2. Los miembros de los consejos comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías Rio Dagua, se comprometen a presentar los proyectos ante la oficina de Planeación Distrital para su respectiva viabilización”.

El Personero y la Procuradora Provincial, enterados de lo acordado entre la Alcaldía Distrital y los Consejos Comunitarios de Campo Hermoso, Guadualito y Zacarías, Rio Dagua, procedieron a efectuar visita de verificación en la Dirección Financiera del Distrito -oficina de Tesorería Distrital-, para obtener copia de documentos que soporten el pago en materia presupuestal de los montos relacionados, allegándose copia de solicitud de disponibilidad presupuestal por la suma de seiscientos millones de pesos (600.000.000.00). Así mismo, informaron a la Sala que la comunidad ya radicó los proyectos de compensación ambiental ante la Oficina de Planeación Distrital, al tenor de lo acordado en reunión del 11 de octubre de 2016.

Finalmente, en materia de los compromisos de mejoramiento de vivienda, informan que no se ha cumplido lo acordado en el proceso de consulta previa.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. COMPETENCIA

Es competente la Sala Plena de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso las accionantes demandan el cumplimiento del acuerdo que fue producto de la consulta previa celebrada el 9 de febrero de 2013 entre las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua, la Alcaldía Distrital de Buenaventura, el Patrimonio Autónomo PA2 (Ejecutor), la Defensoría del Pueblo, la Personería Distrital de Buenaventura y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, respecto del “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio”, adelantado en jurisdicción de Buenaventura, Valle del Cauca, debido a que, a la fecha, no se ha ejecutado en su totalidad.

Los jueces de instancia, al decidir la acción de tutela de la referencia, consideraron su improcedencia, toda vez que las comunidades accionantes fueron convocadas por las autoridades competentes para formar parte del proceso de consulta previa, materializándose un acuerdo final en el año 2013, tras arduas discusiones. Así mismo, estimaron que los accionantes disponen de otros mecanismos de defensa judicial para requerir el cumplimiento de lo pactado, incluso señalan que no agotaron la “vía gubernativa” ante la Alcaldía Distrital de Buenaventura.

En ese sentido, le corresponde a la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional determinar si se vulneran los derechos fundamentales a la consulta previa, al ambiente sano y a la vivienda digna de las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua, al no haberse cumplido en su totalidad el acuerdo suscrito por las partes, con

ocasión de la consulta previa realizada respecto del “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio”.

Con el fin de resolver dicho problema jurídico, esta Sala deberá analizar los siguientes cuestionamientos (i) ¿procede la acción de tutela contra un acuerdo de consulta previa que ha sido incumplido por una de las partes? (ii) ¿se entiende agotada la protección iusfundamental del derecho a la consulta previa con la celebración del Acuerdo de Consulta Previa (en adelante ACP) y su protocolización? Y (iii) ¿El Acuerdo de Consulta Previa, suscrito de común acuerdo entre las partes, tiene carácter vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano?

Para responder los anteriores interrogantes, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional se pronunciará sobre los siguientes ejes temáticos: (i) el derecho fundamental a la consulta previa, sus reglas y carácter vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) la protección del acuerdo de consulta previa mediante la acción de tutela; (iii) la naturaleza de la acción de tutela y del acuerdo de consulta previa, para finalmente, (iv) resolver el caso concreto.

### 3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

La Constitución Política de 1991 otorgó un reconocimiento especial para los pueblos indígenas y tribales, quienes desde la época colonial hasta nuestros días continúan siendo grupos altamente discriminados y marginados respecto del conjunto mayoritario de individuos de la misma sociedad.

Considerando que el Estado colombiano se representa en una República democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), que admite la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional de la nacionalidad colombiana (C.P. arts. 7 y 70), las comunidades étnicas minoritarias gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales.

“...la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo propias de tales grupos, que en la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Este hecho refuerza la

necesidad de protección especial por parte del Estado, en defensa de la multiculturalidad y las minorías”<sup>8</sup>.

La consulta previa encuentra sustento en el artículo 1º de la Constitución Política, que enmarca a Colombia en un Estado Social de Derecho, democrático y participativo, así como en el artículo 2º que establece como uno de los fines del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y administrativa de la Nación.

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”<sup>9</sup>.

De acuerdo al anterior pronunciamiento, se entiende que el contenido del Convenio 169 de la OIT adquiere una jerarquía normativa propia y un parámetro de control de constitucionalidad determinante en el ordenamiento jurídico colombiano, en tanto implica su obligatorio acatamiento por parte de las entidades públicas y privadas que pretendan menoscabar las diversas cosmogonías indígenas o tribales de la Nación colombiana.

Así, la consulta previa constituye uno de los principales instrumentos internacionales para hacer frente a la discriminación y promover la dignidad, subsistencia y supervivencia de las comunidades étnicas. En concreto, este derecho exalta principios constitucionales axiales como la diversidad cultural y el pluralismo étnico, resaltando el poder de los pueblos indígenas para asumir el autocontrol de sus instituciones, formas de vida, desarrollo

económico, identidad, lengua y creencias.

El establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales sobre las cuestiones que les conciernen directamente<sup>10</sup> es la piedra angular del Convenio No. 169 de la OIT, lo que implica la participación efectiva de estos en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e integridad<sup>11</sup>.

Según la Corte Constitucional, la consulta previa, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades minoritarias y asegurar la subsistencia de grupos sociales genuinos. Por consiguiente, la participación democrática de las comunidades étnicas minoritarias no se reduce a una simple intervención estatal dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con cierta autorización o habilitación legal o reglamentaria, sino que tiene una significación mayor debido a los altos intereses multiculturales que se procuran proteger, relacionados con la definición del destino, la integridad y la subsistencia de los pueblos indígenas o tribales<sup>12</sup>.

En la Sentencia de Unificación 039 de 1997, la Corte, al resolver una tutela promovida a propósito de los trabajos de exploración petrolífera que Ecopetrol y Occidental de Colombia Inc. realizaron en territorio de la comunidad U'wa, definió la consulta previa como un derecho fundamental autónomo, “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”.

Con respecto a las finalidades del proceso de consulta previa, delimitó las mismas de la siguiente manera:

“La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades

requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”.

Si bien en la historia jurisprudencial se han presentado diversos esquemas de análisis y resolución de los casos concretos, desde un inicio la Corte extendió la titularidad del derecho fundamental a la consulta previa a todos los grupos étnicos del país, comprendidos por las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas<sup>13</sup>.

Dado que el acuerdo de consulta previa es en sí mismo parte del proceso de participación de los pueblos étnicos minoritarios, establecido en la Constitución Política de 1991 y en el Convenio 169, su resultado debe ser acatado íntegramente por el legislador, los particulares, los jueces y las entidades administrativas encargadas de definir las propuestas de intervención económica, toda vez el mismo materializa el goce del derecho fundamental a la consulta previa y su cabal cumplimiento es la única forma de garantizar que la misma cumpla su objetivo constitucional.

Sería negligente e irracional que los derechos humanos reconocidos a los pueblos tribales minoritarios en el acuerdo de consulta previa, sean desconocidos a través de un convenio voluntario e ineficaz, cuyo incumplimiento favorece exclusivamente al interés nacional, al desarrollo del país y a las utilidades económicas de privados y del Estado, perjudicándose la parte débil y minoritaria de la relación, que tiene pleno apoyo en los principios constitucionales de protección a la diversidad étnica y cultural, al pluralismo, a la participación democrática y a la buena fe, entre otros.

Para comprender la importancia que tiene la consulta previa, como derecho fundamental, es necesario exponer el marco jurisprudencial que ampara a los pueblos indígenas y el ambiente natural que los rodea.

\* Reiteración de reglas jurisprudenciales sobre el alcance y naturaleza del derecho fundamental a la consulta previa

En la Sentencia T-129 de 2011 se recogieron las principales reglas y subreglas, principios y criterios para definir el contenido del derecho fundamental a la consulta previa. En síntesis, de manera pacífica y reiterada, la jurisprudencia constitucional ha aceptado que todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas minoritarias, sin importar la escala de afectación, debe desde el inicio observar las siguientes reglas<sup>14</sup>:

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

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

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

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la

importancia para este del territorio y sus recursos.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

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

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

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

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

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

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

Con fundamento en el anterior precedente, entre otros, recientemente, la Sala Plena se ocupó de resumir los criterios generales de aplicación de la consulta previa, así como las sub-reglas específicas, de la siguiente forma:

“Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) 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; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un

derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

Reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”<sup>15</sup>.

Asimismo, la Corte ha considerado que la consulta previa requiere una participación activa y eficaz de las partes en el proceso, sin que sea dable entender cumplido su trámite asimilando el proceso a una mera reunión informativa de poca significación para la comunidad minoritaria,<sup>16</sup> “...el objetivo de participación activa y efectiva que persigue la Constitución solo se cumple cuando las comunidades étnicas son informadas de manera oportuna y completa sobre los proyectos que pueden afectarlas, sobre la manera en que su ejecución puede interferir en los elementos constitutivos de su cohesión social, cultural, económica y política y cuando cuentan con el espacio para valorar libremente el proyecto y para pronunciarse sobre su viabilidad”.

Con base en lo anterior, concluye la Sala Octava de Revisión que el derecho fundamental de consulta previa y su correspondiente acuerdo son vinculantes en el ordenamiento jurídico interno, al menos por las siguientes razones:

i. Como lo ha considerado la jurisprudencia, el derecho fundamental de consulta previa no significa que las comunidades dispongan de un derecho de veto sobre el proyecto, obra o actividad que pretenda adelantar el Estado. No obstante, la consulta previa y los términos del acuerdo sí deben cumplirse en su totalidad al tener un carácter vinculante derivado de la Norma de Normas, del bloque de constitucionalidad (Convenio 169 OIT) y contar con un

mecanismo judicial -acción de tutela- como garantía de protección del derecho fundamental, en todas sus etapas, tanto de proyección como de implementación y ejecución;

i. El carácter vinculante del derecho fundamental significa que no es admisible equiparar el proceso de consulta previa con un simple trámite administrativo, reunión informativa, formal, protocolaria o a fines, que permita evadir la ejecución de lo acordado por la voluntad de las partes;

i. El derecho a la consulta previa comprende etapas y desarrollos pre consultivos y post consultivos, es decir, de acuerdo con esto último, la consulta previa también puede reclamarse con posterioridad a la iniciación de la medida legislativa o administrativa -como ocurrió en este caso- siempre y cuando se afecten los derechos étnicos fundamentales. Además, en cuanto el procedimiento de consulta previa no puede entenderse finalizado o agotado cuándo se surte la etapa pre consultiva sino cuando se cumplen las fases posteriores de cumplimiento a lo acordado en el corto, mediano y largo plazo y se cierra el proceso de común acuerdo. Por tanto, se determina el goce efectivo del derecho fundamental en el momento en que todas y cada una de las obligaciones convenidas sean satisfechas. De lo contrario, considerar que el derecho fundamental culmina con el acta de protocolización de los acuerdos, significaría avalar la violación del derecho fundamental, específicamente sus etapas posteriores la ejecución y el cierre, que pretenden garantizar su obligatorio cumplimiento.

i. Es obligatorio que con posterioridad al acuerdo de consulta previa se garantice por parte del Estado y del Ejecutor del proyecto, obra o actividad, el cumplimiento de todas las medidas de mitigación, compensación e indemnización concertadas en el acuerdo de consulta previa por los daños causados.

#### 4. PROTECCIÓN DEL ACUERDO DE CONSULTA PREVIA MEDIANTE LA ACCIÓN DE TUTELA

Con la finalidad de desarrollar este acápite, la Sala se pronunciará sobre: i) la subsidiariedad

en materia de acción de tutela y ii) profundizara sobre la naturaleza jurídica del Acuerdo de Consulta Previa y su mecanismo idóneo y eficaz de protección.

#### 4.1 Subsidiariedad en materia de acción de tutela

##### 4.1.1 Requisitos de procedencia de la acción de tutela

La jurisprudencia de esta Corporación, en consonancia con lo normado en el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, ha entendido que para que sea procedente la acción de tutela deben cumplirse unos requisitos mínimos, a saber: existencia de legitimación por activa y por pasiva; afectación de derechos fundamentales; instauración del amparo de manera oportuna (inmediatez); y agotamiento de los mecanismos judiciales de defensa disponibles, salvo que se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable o que tales vías sean inexistentes o ineficaces (subsidiariedad).

La subsidiariedad se traduce en que la acción de tutela es procedente únicamente cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para restablecer el quebrantamiento de un derecho fundamental o cuando existiendo uno, el mismo no resulte idóneo y eficaz para brindar una respuesta pronta y eficaz al ataque sobre el derecho fundamental.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si

existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo<sup>17</sup>”.

Adicionalmente, también se ha establecido que el caso en cuestión debe envolver una controversia sobre derechos fundamentales, en tanto en principio toda pretensión meramente económica debe ser despachada desfavorablemente por el juez de tutela.

En este sentido, en la Sentencia T-470 de 1998<sup>18</sup> la Corte señaló:

“...Las controversias por elementos puramente económicos, que dependen de la aplicación al caso concreto de las normas legales -no constitucionales- reguladoras de la materia, exceden ampliamente el campo propio de la acción de tutela, cuyo único objeto, por mandato del artículo 86 de la Constitución y según consolidada jurisprudencia de esta Corte, radica en la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos constitucionales fundamentales, ante actos u omisiones que los vulneren o amenacen.

En consecuencia, el rechazo de la acción de tutela por improcedente, respecto de la pretensión de orden económico, es lo que impone la Carta Política (C.P., art. 86), en la medida en que no se trata de la vulneración de un derecho fundamental y dado que el interesado cuenta con la acción y los recursos ordinarios necesarios”.

Igualmente, se ha sostenido que debe haber una amenaza actual o inminente de los derechos fundamentales del accionante, toda vez que si no existe o ya desapareció, bien sea por el hecho superado, daño consumado o hecho sobreviviente, será entonces inocua la actuación del juez constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha sintetizado que: “...en ausencia de alguno de estos criterios [subsidiariedad e inmediatez], existen varios supuestos de improcedencia de esta acción, incluyendo: i) que la controversia planteada no envuelva un verdadero problema

constitucional, en que esté de por medio la vigencia de derechos fundamentales; ii) que aun cuando el tema de fondo sí tenga esa connotación, exista otro mecanismo de defensa judicial, que de manera apropiada, oportuna y suficiente haga posible la protección de los derechos fundamentales de que se trata; iii) que se presente alguna situación de carencia actual de objeto, por haberse superado satisfactoriamente el peligro cuya concreción se temía, por ocurrir, en cambio, un daño consumado, al haberse materializado dicho riesgo, o por alguna otra razón”<sup>19</sup>.

#### 4.1.2 La subsidiariedad en materia de acción de tutela:

De acuerdo con el Artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela “sólo 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”. En similar sentido, el Decreto Ley 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, establece en su artículo 6°, como causal de improcedencia, “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante” –subrayado fuera de texto-.

En ese orden, las disposiciones constitucionales y legales son claras en determinar que no siempre que se viole un derecho fundamental se puede acudir a la acción de tutela. Es ineludible que la persona lesionada o bajo amenaza, no disponga de otro medio de defensa judicial de sus intereses, salvo que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el marco del principio de subsidiaridad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”<sup>20</sup>.

La subsidiariedad implica entonces agotar con antelación los medios de defensa regularmente disponibles para el efecto<sup>21</sup>, pues la tutela no puede desplazar los

mecanismos específicos de defensa previstos en la correspondiente regulación común<sup>22</sup>. En otras palabras, el recurso de amparo, por ser excepcional, solo procede cuando no existan o hayan sido agotadas otras vías judiciales de defensa, que sean idóneas y efectivas, a menos que se demuestre la inminencia de un perjuicio irremediable, caso en el que procedería como mecanismo transitorio.

En ese sentido, esta Corporación ha construido una línea jurisprudencial pacífica y reiterada, con el objeto de que el juzgador valore si el otro medio de defensa judicial es lo suficientemente eficaz e idóneo<sup>23</sup> para proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados:

En la Sentencia T-657 de 2012<sup>24</sup>, se indicó que la acción de tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo supletorio o alternativo de los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judicial previstos en la ley. No obstante, cuando existan estos “...la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional”.

En la Sentencia T-664 de 2012<sup>25</sup> se señaló que la existencia de un recurso o mecanismo de defensa judicial no hace per se improcedente la acción de tutela, “pues es necesario que el juez constitucional valore en primer lugar, (i) si está demostrada la existencia de un perjuicio irremediable a partir de los parámetros desarrollados por la jurisprudencia constitucional que haga viable el amparo solicitado como mecanismo transitorio o, de otra parte, (ii) si la vía que en principio propone el ordenamiento jurídico no resulta ser adecuada y eficaz para lograr la protección reclamada, caso en el cual el ámbito de protección será definitivo”.

La Sentencia T-662 de 2013<sup>26</sup> sintetizó la verificación que debe hacer el juez de tutela al analizar el requisito de la subsidiariedad en la acción de tutela, “...el juez constitucional debe (i) confirmar que no existe un mecanismo de defensa en el ordenamiento jurídico; (ii) en caso de existir, que este mecanismo no sea idóneo y/o eficaz; (iii) si se está en presencia de un sujeto de especial protección, se presume inidóneo salvo que, (iv) del análisis del caso

concreto se concluya que las condiciones personales del actor no le impiden acudir a las vías regulares en condiciones de igualdad. En todo caso, (v) cuando se percate la existencia de un perjuicio irremediable, el Juez debe otorgar la protección constitucional transitoriamente”.

En la Sentencia SU. 377 de 2014<sup>27</sup> se reiteró que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción, sino que corresponde al juez de tutela establecer la posible eficacia e idoneidad de protección del instrumento ordinario en las circunstancias específicas del caso examinado, “...no es exclusivamente una carga del actor mostrar la ineficacia del otro medio. El juez es ante todo quien conoce el derecho, y debe definir ese punto. En ese sentido, la procedencia de las tutelas contra entidades en liquidación, o encargadas de administrar los remanentes de estas últimas, depende en buena medida de la eficacia de las acciones ordinarias para tramitar ese tipo de controversias. Pero la eficacia o ineficacia de estos medios le corresponde determinarla razonablemente al juez de tutela”.

De acuerdo con lo anterior, la Sala Octava concluye que la acción de tutela, tal como fue dispuesta en el artículo 86 constitucional, no está llamada a reemplazar, sustituir o derogar los otros medios de defensa judicial, ni tampoco faculta para desconocer los mecanismos existentes del proceso ordinario correspondiente que permiten controvertir las decisiones que le son desfavorables al accionante.

No obstante, existen tres excepciones aceptadas por la jurisprudencia constitucional, derivadas de la Constitución, que permiten al juez de tutela matizar el principio de subsidiariedad, según la valoración de cada caso en concreto, a saber: (i) que los mecanismos de defensa judicial no sean idóneos y/o eficaces; (ii) que se materialice un perjuicio irremediable, caso en el cual procede la acción de tutela como mecanismo transitorio y; (iii) que se esté ante sujetos de especial protección constitucional.

Ahora bien, en relación con la procedencia de la acción de tutela por vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, ésta Corporación en Sentencia SU-383 de 2003 precisó que: “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los

términos del artículo 86 de la Carta”.

En Sentencia T-576 de 2014, se resaltaron los argumentos expuestos de la siguiente manera: “...Los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no está en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa. En ese sentido, la Corte ha puesto de presente en casos similares al que ahora ocupa a la Sala que ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos”.

En providencia T-385A de 2014, la Sala Cuarta de Revisión estudió la demanda promovida por las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas del municipio de Taraira, Vaupés, contra la Resolución No 2079 del 27 de octubre de 2009 proferida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, debido a que ese acto administrativo creó el Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis sin su consentimiento y en tierras de la colectividad.

En esa oportunidad, determinó que la acción de tutela era procedente para cuestionar decisiones de la administración, dado que es el recurso judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales que tienen la categoría de sujetos de especial protección<sup>28</sup>. En adición, resaltó que la existencia de los medios de control de la jurisdicción contenciosa para cuestionar licencias ambientales o actos administrativos no excluye la procedencia de la acción de tutela. En ese contexto, señaló que:

“Es así como, dado el vínculo inescindible de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas con su supervivencia y, ante la constatación de que el acceso a los mecanismos judiciales ordinarios suele ser más restringido para los sujetos en condiciones de

vulnerabilidad; la Corte Constitucional reivindicó la acción de tutela como el mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales de dichas comunidades”.

Posteriormente, en Sentencia T-766 de 2015, se concluyó que la acción de tutela era procedente para discutir los actos administrativos que ponen en riesgo la supervivencia de una comunidad étnicamente diferenciada. Ello ocurre cuando una licencia ambiental autoriza un proyecto sin la debida concertación. En ese caso, la Sala Cuarta de Revisión consideró que era adecuado analizar de fondo si el Ministerio de Minas y Energía, así como la Agencia Nacional de Minería quebrantaron el derecho a la consulta previa y al territorio de varias comunidades afrodescendientes del departamento del Choco, al expedir las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012, actos administrativos que declararon y delimitaron Áreas Estratégicas Mineras sobre su territorio<sup>29</sup>.

“...la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos que, por ejemplo, conceden una licencia ambiental, asunto que escapa a la competencia del juez constitucional, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente”<sup>30</sup>.

Es más, estudió ese asunto sin importar que la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado había suspendido tales decisiones de la administración. La Corte fundamentó su determinación en que las medidas cautelares proferidas en el proceso contencioso pueden ser revocadas en cualquier estadio del mismo. También, señaló que la protección de los derechos conculcados o amenazados debe quedar en firme a la mayor brevedad, condición que cumple de manera más célere un amparo dictado en un proceso de tutela.

De manera reciente, en Sentencia T-197 de 2016, esta Corporación señaló que los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho eran inidóneos para proteger

el derecho de la consulta previa de las comunidades éticamente diferenciales, puesto que no son adecuados para garantizar la pervivencia física y la protección de la costumbres así como tradiciones de los pueblos indígenas.

En la referida providencia, la Corte consideró que era irrelevante la formulación de tutela con posterioridad al inicio del proyecto, de modo que estudió de fondo el desconocimiento del derecho de la consulta previa. Cabe resaltar que el proyecto ausente de concertación correspondía con un gasoducto, el cual ya había sido construido y se encontraba en operación. En esa ocasión, se advirtió que:

“Es necesario reconocer que hay situaciones en las cuales la consulta no se lleva a cabo de manera previa. En tales casos, puede ocurrir que el proyecto, obra o actividad, ya haya causado daños e impactos. Lo dicho anteriormente respecto del carácter eminentemente preventivo de la consulta previa no significa que no se deba realizar la consulta una vez ha sido ejecutado el proyecto respectivo. Las consultas en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad. Sin embargo, dichas consultas no pueden desnaturalizarse convirtiéndose únicamente en mecanismos de compensación e indemnización de los daños causados a los miembros de la comunidad individualmente considerados. Esto debilitaría la autoridad de las instituciones y las formas organizativas propias de dichas comunidades”.

En suma, la Sala Octava de Revisión identifica que la acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas. De ahí que los medios ordinarios de control carecen de la idoneidad para resolver la situación inconstitucional que produce la omisión del trámite de concertación de una decisión o el incumplimiento a lo acordado. Lo anterior, por cuanto esas herramientas procesales no ofrecen una solución clara, omnicompreensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y alta vulnerabilidad. La ausencia de idoneidad denunciada no se elimina con la flexibilización de la procedencia de las medidas cautelares en el proceso contencioso, toda vez que si la suspensión provisional del acto queda en firme de manera expedita, continuará la impotencia de esos recursos para salvaguardar integralmente los derechos de las comunidades indígenas o tribales.

A su vez, la iniciación de un proyecto o el incumplimiento de las medidas que afecta a las colectividades diversas culturalmente no tornan improcedente la acción de tutela, puesto que ese hecho evidencia que es necesario estudiar el caso con urgencia para impedir que continúe la vulneración de derechos de las comunidades. En esos eventos, no se sana el vicio de la ausencia de concertación o de cumplimiento, empero permite que la colectividad perturbada intervenga en las etapas restantes del proyecto o de la consulta, con el fin de pedir la mitificación de los perjuicios, la compensación de los mismos y el cumplimiento de lo acordado. Aunque, ello no significa que la consulta previa se convierta solamente en una vía de resarcimiento económico, dado que esa concepción desnaturalizaría esa concertación constitucional y debilitaría la autoridad de las instituciones ancestrales, así como sus formas organizativas.

Inclusive, los precedentes muestran que la acción de tutela es procedente cuando es imposible volver al estado de cosas anterior a la intervención del proyecto u obra.

#### 4.2. Protección del Acuerdo de Consulta Previa mediante la acción de tutela

Naturaleza jurídica del Acuerdo de Consulta Previa:

En cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas en virtud del Convenio 169 de la OIT<sup>31</sup>, es deber del Estado colombiano adaptar su legislación para garantizar el goce efectivo de los derechos de las comunidades étnicas minoritarias y la implementación de la consulta previa, como mecanismo principal para su protección y pervivencia.

Si bien el Acuerdo de Consulta Previa -ACP-, no ha sido clasificado en el sistema de fuentes colombiano, ni definido por la legislación, en principio se puede considerar que el ACP es el resultado final de un proceso constitucional en el cual convergen el Estado, el Ejecutor y las comunidades étnicas, ante la afectación directa que causa una obra, proyecto o actividad estatal sobre la preservación y subsistencia del pueblo étnico minoritario involucrado. En otras palabras, el ACP materializa, de buena fe, el diálogo intercultural convenido por las partes -autoridades gubernamentales, ejecutor y las comunidades étnicas-, tras la apertura del proceso de consulta previa.

En vista de lo anterior, con el objeto de acercarnos a la naturaleza jurídica del ACP y determinar si con base en ello existen otros medios de defensa judicial, la Sala entrará a estudiar aquel bajo tres categorías jurídicas clásicas de manifestación de la voluntad. Así, dispondrá analizar el concepto de ACP en la teoría del acto administrativo, del contrato privado y del contrato estatal. Lo anterior, entendiendo que esta providencia no pretende agotar la discusión objeto de revisión constitucional, que se irá decantando a futuro, caso a caso.

#### 4.2.1. El Acuerdo de Consulta Previa como un Acto Administrativo:

La administración tiende a pronunciar su voluntad por medio de expresiones jurídicas unilaterales como lo son los actos administrativos, que pueden ser generales o particulares, según a quien se dirijan. En este punto, la Corte Constitucional ha planteado la siguiente definición de acto administrativo:

“El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados<sup>32</sup>”.

En el mismo sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado ha considerado que por acto administrativo, “se entiende como tal la manifestación de la voluntad de la Administración, que en cumplimiento de funciones administrativas, está encaminada a producir efectos jurídicos”<sup>33</sup>.

Ahora bien, comoquiera que en el proceso de consulta previa y en su acuerdo final no interviene exclusivamente la manifestación unilateral de voluntad de la Administración sino que, en ella participan comunidades étnicas diferenciadas y en ocasiones particulares (ejecutores), con el acompañamiento del Ministerio Público, no es posible clasificar el concepto de ACP en la teoría del acto administrativo toda vez que, como se anotó, el ACP refleja una manifestación plural de la voluntad en la que confluyen la Administración y los particulares. Además, en el ACP tampoco tiene lugar, el uso de facultades exorbitantes de las que goza la Administración, motivo por el cual, no es plausible definir este tipo de acuerdo

como un típico acto administrativo.

En este punto es importante precisar que en algunos supuestos, el Acuerdo de Consulta Previa -ACP- podría eventualmente conllevar la adopción de decisiones administrativas implementadas a través de sendos actos administrativos, caso en el cual resultará procedente evaluar la jurisdicción contencioso administrativo como mecanismo ordinario para reclamar su cumplimiento.

#### 4.2.2. El Acuerdo de Consulta Previa como un contrato privado:

Los contratos son acuerdos de voluntades, tal cual lo define el artículo 1495 del Código Civil: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. Por su parte, el Código de Comercio, en su artículo 864, entiende por contrato en general, “un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta...”.

Los contratos, por regla general, están tipificados en la ley con sus elementos de forma clara y expresa para que se conozca con anterioridad ante qué tipo de acuerdo de la voluntad se someten las partes; puede suceder que en el mundo cambiante del tráfico comercial y jurídico surjan distintos tipos de contratos que no pueden encajar en alguno de los actos legalmente reglamentados por la ley. En esta clase de actos jurídicos se refleja de una manera concreta el principio de la autonomía de la voluntad porque es en este tipo de contratos en los que las partes, consultando su mejor conveniencia, determinan libremente los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones y modalidades.

De esta última situación, se desprenden los denominados contratos atípicos o innominados que si bien no tienen expresa regulación, pueden existir y ser plenamente válidos en el comercio dada la voluntad de las partes. En ese sentido, un acuerdo susceptible de crear derechos y hacer surgir obligaciones claras, expresas y exigibles, igualmente se considera un contrato que debe contar con todas las garantías ordinarias de cumplimiento eficaz.

Según lo anterior, el ACP no se enmarca en un contrato privado, en tanto en él también

participan sujetos de derecho público. Cabría la posibilidad de catalogarlo, en principio, como un contrato sui géneris o innominado, al ser una expresión plural de la voluntad encaminada al surgimiento de obligaciones claras, expresas y exigibles. Sin embargo, esta clasificación teórica no identifica todos los elementos de juicio, en tanto omite que la consulta previa tiene el carácter de derecho fundamental con fundamento en una fuente normativa superior como lo es la Constitución Política.

En conclusión, el ACP no puede ser catalogado como un contrato sui géneris e innominado de derecho civil, en tanto en aquel interviene una entidad estatal. Además, su naturaleza jurídica implica un ejercicio dialógico, de participación plural y democrática con rango constitucional fundamentada en el carácter iusfundamental de la consulta previa, el Convenio 169 de la OIT y la trascendencia constitucional que aparece proteger el principio de diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana y los sujetos de especial protección constitucional.

#### 4.2.3. El Acuerdo de Consulta Previa como un contrato estatal:

El andamiaje jurídico también prevé que la Administración pueda expresar su voluntad mediante los contratos<sup>34</sup>, donde a diferencia de los actos administrativos, el Estado no impone su voluntad sino negocia con la otra parte para lograr el cumplimiento de los fines del estado. Esta materia, se regula mediante la Ley 80 de 1993 y su legislación complementaria.

En efecto, el artículo 32 de dicho estatuto define los contratos estatales como “...todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”.

De lo anterior, no resulta pertinente catalogar los acuerdos de consulta previa como contratos estatales porque estos se centran en los derechos de las comunidades étnicas minoritarias y su subsistencia digna a través de medidas de mitigación, compensación e indemnización, no en entidades estatales que pretender ejecutar acuerdos para el cumplimiento de los fines del Estado o en la prestación de los servicios públicos.

A contrario sensu, tampoco sería acertado calificar a los pueblos indígenas como contratistas del Estado dado que estrictamente estos no ejecutan un contrato ni reciben recíprocamente una remuneración por ello; tienen un derecho a consultarles cierta obra, proyecto o actividad estatal, cuando esta es susceptible de afectación directa en su colectividad.

En ese orden de ideas, el ACP no es un contrato enunciado en los términos de la Ley 80 de 1993 -no se encuentra previsto en la tipología contractual- ni se encuentra sometido a un proceso de licitación o concurso público.

#### 4.2.4. Naturaleza del Acuerdo de Consulta Previa -ACP-:

Ahora bien, como no es posible catalogar teóricamente el acuerdo de consulta previa dentro de las anteriores categorías tradicionales típicas de expresión de la voluntad, como lo son los actos administrativos, los contratos privados y estatales, resulta entonces pertinente que esta Sala intente precisar o al menos de algunas pautas sobre el asunto.

Debemos partir del silogismo, la premisa mayor indica que el derecho fundamental a la consulta previa ostenta rango constitucional y carácter de derecho fundamental, tal cual lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación de manera pacífica y reiterada, con fundamento en diferentes normas de la Constitución Política (Arts. 1, 2, 7, 8, 10, 13, 40, 70, 329 y 330 parágrafo35), incluido el Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 de la OIT, considerado parte integrante de la Carta Política en sentido estricto, por medio de la figura del bloque de constitucionalidad<sup>36</sup>, establece en varias de sus cláusulas<sup>37</sup> la obligación de realizar consultas sobre varios temas puntuales, partiendo de las reglas generales consagradas en los artículos 6º y 7º, sabemos que existe: i) el deber de “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”, y ii) el derecho de éstos a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”, así como a “participar en la formulación, aplicación o evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” <sup>38</sup>.

Como premisa menor, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una regulación legal y expresa referente al Acuerdo de Consulta Previa, concretamente en cuanto a su definición y mecanismos judiciales de protección. Lo anterior, lleva a la Sala Octava de Revisión a considerar que residualmente el ACP es competencia de esta Corporación en tanto su resultado final es producto de un diálogo intercultural propiciado por la misma Carta Política, el cual pretende garantizar la participación activa, real, oportuna y efectiva de los grupos étnicos minoritarios en la adopción de una obra, proyecto o actividad que los afecta, con el objeto de proteger la integridad y diversidad étnica y cultural de la Nación.

En ese sentido, el ACP constituye un pacto plurilateral vinculante por mandato de la Constitución Política, en el cual las partes se obligan a concertar (i) la protección integral de los derechos fundamentales de la(s) comunidad(es) étnica(s) afectada(s), salvaguardando su estatus diferenciado, pese a (ii) la afectación causada por la puesta en marcha de una obra, proyecto o actividad estatal, bajo el entendido de minimizar las afectaciones directas. Dicho ACP resulta obligatorio para esta Sala de Revisión en la medida que el respeto por la voluntad libre de las partes en el proceso consultivo concreta los principios constitucionales de participación activa y efectiva, buena fe, democracia, transparencia y diversidad étnica y cultural. Asimismo, permite darle contenido y coerción al derecho fundamental a la consulta previa.

En ese ámbito, se identifica la consulta previa como un derecho fundamental complejo, con variados contenidos o etapas susceptibles de protección. Además, es un derecho de carácter autónomo que no depende de otros para su aplicabilidad, en tanto deriva su fuerza normativa de la Constitución y propugna por propiciar la consulta previa y garantizar el efectivo cumplimiento de lo acordado con el fin de que dicha participación no caiga en el vacío y sea voluntaria para las partes.

Los ACP son herramientas obligatorias que permiten la satisfacción y el goce efectivo del derecho a la consulta previa, así como de los demás derechos fundamentales involucrados en el proceso consultivo. En tal virtud, los ACP constituyen parte del derecho fundamental a la consulta previa y guardan una estrecha relación con el derecho constitucional.

Como interpretación del Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política de 1991, para la Sala Octava de Revisión el Acuerdo de Consulta Previa es vinculante en el ordenamiento

jurídico interno colombiano por cuanto las partes se obligan voluntariamente a aquel 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.

A contrario sensu, el incumplimiento del ACP conllevaría a la ineficacia y voluntariedad de la consulta previa, sumado a la afectación de otros derechos fundamentales relacionados intrínsecamente con el proceso consultivo, los cuales, por regla general, constituyen la base de las afectaciones como grupo humano.

Sobre este punto, señaló la Sala Cuarta de Revisión en la Sentencia T-764 de 2015 lo siguiente:

“... la consulta previa no es un mero trámite, ni una mera diligencia que se agota de manera puramente formal al margen de su resultado efectivo, sino una verdadera oportunidad de interacción en la que, de manera razonable y sin límites estrictos de tiempo u otra naturaleza, las comunidades puedan comprender a cabalidad , y evaluar los pros y contras de la iniciativa que se propone ,formular sus observaciones dentro de un ambiente de dialogo franco y respetuoso y , en lo posible participar de la decisión que al termino de ese procedimiento se adopte. “.40

(...)

“...la incipiente normativa que en los años recientes se ha expedido con el fin de desarrollar los compromisos contenidos en el referido Convenio 169 de la OIT, contempla como parte del proceso de consulta, las actividades de seguimiento que con posterioridad se adelanten para verificar el cumplimiento o no de los acuerdos que se hubieren alcanzado dentro del marco de aquel. En esta medida, resalta la Sala que, en situaciones muy específicas, cabría considerar la posible vulneración de este derecho fundamental en aquellos casos en que, después de haberse cumplido debidamente los tramites de la consulta previa, y de alcanzados los respectivos acuerdos, estos aparezcan objetivamente incumplidos por la autoridad, o por los particulares interesados en la obra o proyecto que hubiera sido materia de consulta”41-negrilla fuera de texto-.

Por lo anteriormente expuesto, resulta claro que el derecho fundamental a la consulta previa:

(i) no se agota con la simple celebración de reuniones entre las partes tendientes a concertar un acuerdo que no produce efectos jurídicos y; (ii) no se satisface por la mera formalización o protocolización del mismo. Para la Sala, el ejercicio del derecho fundamental mencionado debe implicar el cumplimiento obligatorio de lo pactado, en consecuencia, ante evasivas en la ejecución del ACP, resulta legítimo que las comunidades étnicas afectadas puedan acudir al juez de tutela para reclamar el restablecimiento de sus derechos fundamentales vulnerados.

Dicho postulado se refuerza aún más, teniendo en cuenta que las comunidades beneficiarias del derecho a la consulta previa son indígenas, afro descendientes, raizales, gitanos, entre otras, consideradas por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional como sujetos de especial protección constitucional<sup>42</sup>, por lo cual, según el precedente constitucional, el medio idóneo y preferente para ver protegidos o restablecidos sus derechos es la acción de tutela.<sup>43</sup>

La protección a las comunidades étnicas minoritarias como sujetos de especial protección constitucional se deriva de los principios de igualdad (Art. 13 C.P.) y de diversidad étnica y cultural de la Nación, reconocidos entre otros, en los artículos 7º, 10, 13, 68 y 72 Superiores.

En concepto de la Corte:

“...La Constitución existe un conjunto de preceptos encaminados a otorgar especial garantía al reconocimiento, en igualdad de condiciones, de todas las etnias y culturas que habitan en el territorio colombiano. El artículo 8º cuyo tenor establece que el Estado protegerá la riqueza cultural de la Nación; el artículo 9º por medio del cual se garantiza el derecho a la autodeterminación de los pueblos; el artículo 10º donde se prescribe que las lenguas y dialectos de las comunidades étnicas también serán lengua oficial en su territorio y se establece la obligación de enseñanza bilingüe en aquellas comunidades con tradiciones lingüísticas propias; el artículo 63 en el cual se determina que las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de Resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación (...) son inalienables, imprescriptibles e inembargables; el artículo 68 en el cual se dispone que quienes integran los grupos étnicos podrán ejercer su derecho a formarse con fundamento en cánones que respeten y desarrollen su diversidad cultural; el artículo 72 cuando se refiere al

patrimonio cultural de la nación y determina que dicho patrimonio está bajo protección del Estado y cuando se pronuncia, igualmente, sobre el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la diversidad nacional.”<sup>44</sup>

En consecuencia, la Sala Octava considera que el ACP, incluyendo su debida ejecución, hasta cerrar el proceso de consulta previa con la verificación del cumplimiento a lo acordado, hacen parte integral del contenido del derecho fundamental a la consulta previa, motivo por el cual, resulta pertinente sostener que, ante la inexistencia de un mecanismo ordinario de defensa judicial en el ordenamiento jurídico, dicho ACP sea susceptible de protección mediante la acción de tutela con la finalidad de que lo pactado de común acuerdo sea exigible, inmutable, vinculante y definitivo para las partes.

El juez constitucional cumple en estos casos una labor disuasoria encaminada a acercar a las partes para que estas puedan llegar a un acuerdo que garantice el derecho fundamental, resuelva la controversia y haga tránsito a cosa juzgada. Para ello, es indispensable que el juez de primera instancia conserve la competencia para adoptar todas las medidas que permitan la debida ejecución de lo ordenado, designando a los organismos de control para la vigilancia y cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto.

Asimismo, en un caso de incumplimiento del ACP, el juez de tutela debe forzosamente desplegar su labor probatoria y oficiosidad ya que por el transcurso del tiempo existe incertidumbre sobre el estado de ejecución de las obligaciones pactadas en el marco del proceso constitucional; en esa medida, existen razones fundadas para que con la práctica de pruebas se acerque la decisión a la justicia material al conocerse el estado real del cumplimiento<sup>45</sup>.

En esos términos, la acción de tutela contra el acuerdo incumplido es un espacio novedoso de acercamiento y diálogo de todos los interesados en la protección y garantía de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas afectadas en un caso concreto. Su objetivo es determinar la mejor forma de proteger o prevenir la vulneración de los derechos examinados, buscando una decisión judicial que se pueda cumplir realmente, en la cual el juez de tutela fije obligaciones precisas, términos de cumplimiento, defina un plan de acción, establezca la titularidad de los recursos económicos necesarios para el cumplimiento y un sistema de seguimiento al cumplimiento de lo plasmado en la sentencia.

En definitiva, la acción de tutela en estos supuestos persigue que las partes, con la guía del juez constitucional, cumplan el acuerdo de voluntades demandado con la finalidad de restablecer las cosas al estado anterior, es decir, a los precisos términos del ACP libremente protocolizado, dando con ello la terminación objetiva del conflicto y un menor desgaste del aparato judicial.

Adicional a lo anterior, es de reiterar que el derecho fundamental a la consulta previa contiene unas etapas o fases, algunas de ellas decantadas por la jurisprudencia y el reglamento<sup>46</sup>, las cuales son todas de obligatorio cumplimiento en los procesos de consulta previa pre consultivos o post consultivos que se adelanten en el territorio nacional.

A modo de sistematización, dichas etapas o fases del proceso de consulta previa son las siguientes, sin perjuicio de lo que se establezca con posterioridad en la ley y la jurisprudencia constitucional:

1. Certificación sobre la presencia de las comunidades étnicas<sup>47</sup>: En primera medida deben las entidades públicas y los ejecutores de los proyectos, obras o actividades verificar si en los lugares donde pretenden ejercer sus labores hay presencia o no de grupos étnicos minoritarios que puedan ser titulares del derecho fundamental a la consulta previa.

Para ello deben dirigirse a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior<sup>48</sup>, a fin de obtener un certificado acerca de si en el área de influencia de los proyectos, obras y/o actividades hay o no presencia de grupos étnicos minoritarios. Dicha dependencia, con base en un registro, determina si alguna comunidad étnica se halla en el lugar del proyecto, obra o actividad. Si no hay presencia, la ejecución y trámite continúa su curso, mientras si son detectadas debe surtir el proceso de consulta previa.

En todo caso, el concepto de área de influencia directa comprende tanto a las comunidades étnicas que se traslapan física o geográficamente con el área de influencia del proyecto obra o actividad, como aquellos pueblos tribales circundantes que, aun estando por fuera del estricto perímetro del proyecto, obra o actividad, colindan con éste, debido a que por los límites territoriales difusos que mantienen algunas comunidades con su hábitat pueden verse perjudicados social, económica, ambiental y culturalmente<sup>49</sup>.

Además, la jurisprudencia de este Tribunal<sup>50</sup> ha indicado que los pueblos tienen derecho a la consulta previa aunque no estén constituidos bajo las formas legalmente establecidas para su reconocimiento oficial.

Para determinar lo anterior, en casos en los cuales exista incertidumbre o resulte difícil establecer la eventual presencia de comunidades afectadas directamente por el proyecto, obra o actividad, será obligatorio que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior realice una visita de verificación in situ y solicite la rendición de conceptos técnicos.

Adicionalmente, se torna necesario e indispensable, que se establezca un Registro Único de Comunidades Étnicas Minoritarias, en el cual conste toda la información actualizada sobre las comunidades étnicas, tal cual existe el Registro Único de Víctimas (RUV), en aras de identificar y garantizar de forma transparente y expedita el derecho fundamental a la consulta previa.

1. Apertura del proceso y convocatoria<sup>51</sup>: Una vez se tenga la constancia que efectivamente hay comunidades asentadas territorialmente en el lugar de localización geográfica del proyecto, obra o actividad, o pueblos aledaños perjudicados directamente, se deberá dar inicio formal al proceso de consulta previa.

En tal supuesto, el ejecutor del proyecto, obra o actividad y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior deberán convocar a las partes y terceros interesados para formar parte del proceso de consulta previa mediante una convocatoria pública que deberá incluir a las comunidades potencialmente afectadas o interesadas, a las autoridades ambientales<sup>52</sup> y territoriales, a los órganos de control como lo son la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la Nación o la Defensoría del Pueblo y a los demás terceros interesados.

Dicha convocatoria deberá contener una breve síntesis del proyecto o actividad a ejecutar con el fin de que los participantes tengan una noción precisa de qué será objeto de debate y discusión en la consulta previa. La convocatoria deberá también tener un cronograma en el cual se indicará, de manera general, cuáles serán los tiempos, espacios y plazos de los que dispondrán los participantes para inscribirse y participar en el proceso.

Para lo anterior, previo a iniciar el contacto con las comunidades concernidas, la Dirección de Consulta Previa podrá realizar una reunión de coordinación entre las distintas entidades públicas y organizaciones involucradas con el fin de determinar el plan de trabajo y de optimizar los recursos para la realización de la consulta. Se reitera lo dicho por la jurisprudencia constitucional desde sus inicios: las simples notificaciones, informaciones, reuniones o audiencias públicas, no agotan el requisito de consulta previa.

1. Pre-consulta: Su finalidad es identificar las instancias de gobierno local y los representantes de la comunidad, así como socializar el proyecto, y concertar la metodología de la consulta<sup>53</sup>. Una vez se surta la apertura y la inscripción de los interesados y se tenga plena certeza de quiénes participarán en el proceso de consulta previa, deberán facilitarse distintos espacios de discusión y dialogo abierto, como lo son los Talleres de Identificación y Análisis y Concertación de Medidas de Manejo<sup>54</sup> de los proyectos, obras o actividades y sus posibles impactos o repercusiones; los participantes podrán exponer sus argumentos, presentar afectaciones directas y esgrimir sus propuestas y contra propuestas con el fin de construir un acuerdo viable que satisfaga en mayor medida los intereses de cada uno de los participantes mediante un consenso fruto de un discusión democrática, participativa y deliberativa, tal cual lo ha señalado la jurisprudencia constitucional desarrollada por la Corte Constitucional en materia de consulta previa.

Esta etapa deberá surtirse en el plazo establecido en la convocatoria o en aquel que las partes consideren pertinente dependiendo de la complejidad o magnitud del proyecto, obra o actividad en cuestión, y finalizará con la elaboración de un preacuerdo que será fruto de la deliberación democrática heterogénea de los distintos involucrados.

Este preacuerdo contendrá los resultados del dialogo constructivo de buena fe, entre iguales en el cual se definirán las medidas de manejo a partir de los impactos identificados, se establecen las condiciones de ejecución de los proyectos, obras o actividades que se adelantarán en el espacio o área de influencia de los mismos y las obligaciones a cargo de cada una de las partes involucradas en el proceso. Finalmente, se puntualizan de manera preliminar los posibles acuerdos y compromisos.

1. Consulta previa y protocolización: Una vez se obtenga un consenso de las obligaciones pactadas en el proceso de consulta previa, se suscribirá un preacuerdo. El mismo, deberá ser elaborado por escrito para que con la anuencia de las partes sea debidamente protocolizado, bajo la supervisión de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y los organismos de control. Los contenidos de este acuerdo serán vinculantes para las partes, y sus participantes deberán atenerse rigurosamente a lo pactado “pacta sunt servanda”<sup>55</sup>, salvo que de común acuerdo y con el consentimiento de los obligados, decidan voluntariamente modificar sus términos y condiciones.

La protocolización le imprime formalidad y oficializa ante terceros y autoridades el acuerdo de consulta previa suscrito; en esta fase deben quedar totalmente claras las responsabilidades, deberes y obligaciones de cada una de las partes. Además se deberá proceder a conformar un Comité de Seguimiento.

Los proyectos, obras o actividades con licenciamiento ambiental deberán ser protocolizados por la autoridad ambiental (Corporaciones Autónomas Regionales o ANLA). Los proyectos, obras o actividades que no identifiquen deterioro grave a los recursos naturales renovables, al medio ambiente, ni introduzcan modificaciones considerables o notorias al paisaje, deberán ser protocolizados por la Dirección de Consulta Previa.

Así mismo, sería aconsejable que las partes establezcan términos y garantías ante un eventual incumplimiento de las partes.

1. Seguimiento al cumplimiento: La ejecución de los acuerdos y de las obligaciones contenidas en ellos se hará en los mismos términos pactados y en concordancia con los principios de buena fe y pacta sunt servanda.

Las partes podrán y deberán ejecutar las obligaciones que les corresponden con celeridad y eficiencia.

La ejecución y verificación de lo acordado se verificará mediante las actuaciones realizadas por el Comité de Seguimiento<sup>56</sup>, que será liderado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Dicho Comité, podrá requerir periódicamente a las entidades públicas

y a los ejecutores del proyecto, obra o actividad, el cumplimiento de lo acordado. Además, podrá acudir a los organismos de control y promover acción de tutela en caso de presentarse un incumplimiento objetivo y recurrente que afecte la existencia de la comunidad étnica.

1. Cierre del proceso de consulta previa: Una vez verificado el cumplimiento de lo pactado, se deberá realizar un acta de cierre del proceso de consulta previa por consenso recíproco (*mutuus consensus*, *contrarius consensus*, *mutuus dissensus*).

En caso de incumplimiento a lo acordado por las partes, no podrá cerrarse el proceso de consulta previa por cuanto en esta etapa se realiza el último seguimiento al cumplimiento del acuerdo de consulta previa. Las partes podrán suscribir el acta una vez se verifique el cumplimiento del 100% de lo pactado.

Con fundamento en las anteriores etapas que comprende el derecho fundamental a la consulta previa y lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Sala precisa que, es imperativo que el Estado colombiano cumpla las obligaciones derivadas en el ACP, pues de lo contrario su eventual incumplimiento podría dar lugar a responsabilidad internacional.

Sobre este punto, esta Corporación ha resaltado que: "...De otra parte , en lo que respecta a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de realizar un procedimiento consultivo, esta Corte ha precisado que su desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control, en principio, a través de las correspondientes instancias internacionales"<sup>57</sup>, estableciéndose así el postulado de que el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en la consulta previa y su ejecución, podría generar responsabilidad internacional, máxime si el ordenamiento jurídico interno no dispone de recursos judiciales efectivos para garantizar el goce del derecho y el acuerdo alcanzado.

Esta Corte, velando por la eficacia y eficiencia en la protección de los derechos fundamentales -consulta previa y acceso a la administración de justicia-, comprendiendo que la justicia internacional opera de manera residual y subsidiaria, considera que al ser la consulta previa un derecho iusfundamental, su incumplimiento es susceptible de protección vía acción de tutela, de conformidad con lo establecido en el Artículo 86 Superior y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.

De esta manera, las etapas o fases del proceso de consulta previa no pueden ser reducidas en el sistema de fuentes a las categorías legales administrativas o civiles, de acto administrativo, contrato privado y/o contrato estatal, ya que este tipo de incumplimientos negligentes pueden involucrar violaciones a los derechos constitucionales fundamentales de los pueblos indígenas y tribales. La inobservancia objetiva y verificable de las partes al ACP es una burla al proceso consultivo que quebranta los principios de buena fe, pluralismo, participación democrática y de protección a la diversidad étnica y cultural establecidos en la Constitución.

Para la Sala Octava de Revisión el ACP es un acto jurídico vinculante en la jurisdicción constitucional que refleja una manifestación plural de voluntades, en tanto en ella intervienen sujetos de derecho público y de derecho privado, en compañía del Ministerio Público. Como quiera que, por regla general, se trata del cumplimiento de prestaciones de naturaleza fundamental en favor de comunidades minoritarias en debilidad manifiesta, es procedente su reclamo en sede de tutela.

Además, como se dijo, de forma particular y excepcional, dicho ACP no se encuentra regulado expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano, ni las normas procedimentales o sustanciales dan cuenta de sus mecanismos ordinarios de defensa para garantizar su cumplimiento, en esa medida, procede la acción de tutela como mecanismo subsidiario para brindar protección efectiva de los derechos fundamentales por faltas atribuibles a terceros y autoridades públicas, lo que es válido por tutela para todos los campos del derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe resumir, a modo de conclusión, lo expuesto supra de la siguiente forma: (i) la acción de tutela sí es el medio idóneo y eficaz para hacer cumplir un A.C.P., en tanto su incumplimiento se interrelaciona directamente con el derecho fundamental a la consulta previa e incluso con otros derechos fundamentales objeto de consulta por afectación directa; (ii) no existe consagración legal expresa que permita prever en el ordenamiento jurídico un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger el ACP; (iii) el juez de tutela deberá valorar cada caso concreto y determinar, dentro de su autonomía constitucional, en concordancia con la Constitución, la ley y la jurisprudencia de esta Corte, si el acuerdo fue objetivamente incumplido o no.

## 5. CASO CONCRETO

En primer término, procede la Sala Octava a determinar la procedencia genérica de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con el artículo 86 constitucional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Con posterioridad, en caso de ser superado dicho examen, la Sala entrará al fondo del asunto:

### 5.1. Examen formal

#### 1. Legitimación por activa

En jurisprudencia pacífica este Tribunal Constitucional ha admitido que la titularidad del derecho fundamental a la consulta previa no recae en un individuo, sino en un sujeto colectivo. Este factor es determinante a la hora de verificar la legitimación por activa en acciones de tutela que promueven las comunidades étnicas minoritarias.

La naturaleza del derecho fundamental a la consulta previa, implica que la acción de tutela provenga del reclamo colectivo de parte de la comunidad étnica afectada o amenazada en su derecho. En otras palabras, significa que la decisión de acudir ante la jurisdicción constitucional debe ser aprobada por la comunidad, por sus órganos representativos o tradicionales o a través de organizaciones que la agrupan, como quiera que, por regla general, el amparo individual del derecho a la consulta previa deviene improcedente por presumirse ilegítimo, salvo que la persona, en efecto, represente debidamente los intereses de su comunidad.

No obstante, resalta la Sala que en materia de protección de grupos minoritarios, históricamente excluidos y discriminados, se deben flexibilizar los requisitos de procedencia de la acción de tutela, incluido el de la legitimación por activa, por cuanto dichas comunidades diferenciadas han visto amenazada la preservación de sus costumbres, de sus territorios, cosmovisión y de su *modus vivendi*.

En particular, sobre este punto de derecho señaló la Sentencia de Unificación SU-383 de 2003, lo siguiente:

“(…) si los pueblos indígenas tienen derecho a defender su integridad cultural sin escindir su existencia colectiva, es porque tanto sus integrantes, como las organizaciones que los agrupan, están legitimados para instaurar las acciones correspondientes i) debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, ii) a causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación, y iv) porque el juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental a la diferencia –artículos 7°, 286, 287, 329 y 330 C.P” (subrayado fuera de texto).

El criterio anteriormente señalado, que ha sido reiterado en jurisprudencia reciente<sup>58</sup>, propugna porque la procedibilidad formal de la acción de tutela formulada por comunidades étnicas se evalúe considerando su condición de sujetos de especial protección constitucional y la imposibilidad de denegar su acceso efectivo a la administración de justicia por barreras o rigorismos excesivamente formales.

En lo que atañe específicamente al caso objeto de controversia, se verifica que la acción de tutela fue interpuesta por apoderado judicial (abogado titulado), designado de común acuerdo por los Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito –Rio Dagua-<sup>59</sup>. Dicho poder fue otorgado por quienes tienen la facultad para comprometer a las comunidades negras accionantes, en cuanto personas jurídicas, razón por la cual la Sala entiende que, en este proceso constitucional, las comunidades étnicas accionantes están representadas para actuar a través de un apoderado judicial, verificándose el requisito de legitimación por activa para interponer la presente acción de tutela.

## 1. Legitimación por pasiva

Las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualito y Campo Hermoso demandaron en la acción de tutela al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, al Fondo Nacional de Vivienda - FONVIVIENDA- y a la Alianza Fiduciaria, en su calidad de administradora del fideicomiso PA2 Macro Proyecto Buenaventura.

Mediante Autos del 25 de abril y del 5 de mayo de 2016, el Magistrado Ponente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (Álvaro Augusto Navia Manquillo), vinculó al trámite constitucional al Ministerio del Interior -Dirección de Consulta Previa- y a la Alcaldía Distrital de Buenaventura, para que se refirieran a lo dispuesto en el libelo de tutela.

En sede de revisión, mediante Auto del 20 de septiembre de 2016, el Magistrado Sustanciador de la Corte Constitucional, Alberto Rojas Ríos, vinculó como terceros interesados, al Comité de Seguimiento y al Comité Fiduciario, creados en virtud del proceso de consulta previa en el marco de la obra de infraestructura denominada “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional Ciudadela San Antonio”.

En el mismo proveído, se ordenó en el numeral tercero vincular a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República, a la Defensoría del Pueblo y a la Personería Distrital de Buenaventura “para que, en el marco de sus competencias y visión institucional, vigilen, intervengan y verifiquen el cumplimiento de lo acordado en el proceso de consulta previa...”.

Con las anteriores entidades accionadas y vinculadas, se identifica que en la acción de tutela de la referencia los sujetos pasivos tienen la calidad subjetiva en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso dado que estas son todas las entidades responsables de adelantar el proceso de consulta previa y verificar su cumplimiento.

## 1. Inmediatez

La acción de tutela fue interpuesta el 18 de abril de 2016 y repartida al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en primera instancia. Si bien, las accionantes reclaman el cumplimiento a lo acordado el 9 de febrero de 2013, fecha en la cual se realizó la reunión de protocolización del acuerdo de consulta previa, la Sala Octava observa que el proceso de consulta previa sigue surtiendo efectos en tanto actualmente continúa en la etapa de seguimiento.

En efecto, en el escrito de tutela consta que el 17 de junio y el 22 de octubre de 2015 se realizaron posteriores reuniones de seguimiento a los acuerdos, con la presencia de

delegados de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y los representantes de las Comunidades Negras accionantes. De aquellas se extrae un presunto incumplimiento en materia de compensación ambiental y mejoramiento de viviendas.

El 11 de febrero y el 20 de marzo de 2016 también se produjeron otras reuniones en las instalaciones del “Mirador Azul”, Buenaventura, las cuales contaron con la participación de delegados de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, representantes de las comunidades, del proyecto “San Antonio” y funcionarios de la Alcaldía Distrital de Buenaventura.

Recientemente, en sede de revisión, fue allegada el Acta No. 001 del 11 de octubre de 2016, suscrita por el apoderado de la Alcaldía, Edison Bioscar Ruíz Valencia y el apoderado de las Comunidades Negras tutelantes, Carlos Emilio Camacho Quesada, por medio de la cual se realizan nuevos compromisos sobre el cumplimiento del acuerdo de consulta previa,”... en el marco de la compensación ambiental por la afectación de las áreas de influencia como consecuencia de la construcción del Macroproyecto de Ciudadela de San Antonio”.

Con todo lo anterior, es palmario que el hecho vulnerador del derecho fundamental que origina el reclamo vía tutela es actual, oportuno e inmediato, con lo cual se satisface el cumplimiento del presupuesto de inmediatez, teniendo en cuenta que según los términos del Artículo 86 constitucional la acción de tutela procede en “todo momento y lugar”.

## 1. Subsidiariedad

Atendiendo a que la acción de tutela solo resulta procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, corresponde en este acápite resolver el primer problema jurídico propuesto, esto es, ¿si procede la acción de tutela contra un acuerdo de consulta previa que ha sido incumplido por una de las partes?

Para la analizar el punto de discusión propuesto es fundamental determinar si existe un medio de control judicial dispuesto en el ordenamiento jurídico interno contra el acuerdo de consulta previa. Adicionalmente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional será

necesario establecer si el mismo es idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados.

En primer lugar, es pertinentes precisar, según las consideraciones expuestas en esta providencia que el ACP y su correspondiente cumplimiento son parte del derecho fundamental a la consulta previa. Como quedó anotado anteriormente, el proceso de consulta previa contiene dos fases posteriores a la celebración y protocolización del ACP; una de seguimiento a lo acordado y otra de cierre del proceso, las cuales pretenden como fin principal que se materialice lo dispuesto de común acuerdo por las partes en su ejercicio de su autonomía de la voluntad y de la consulta previa libre e informada.

La Sala Octava resalta que el derecho fundamental a la consulta previa no se agota con la simple protocolización o formalización del ACP, toda vez que lo convenido es vinculante para las partes. En esos términos, el ACP es un pacto obligatorio por mandato de la Constitución, de carácter multilateral, en el cual lo acordado es ley para las partes y susceptible de control concreto de constitucionalidad por parte de los jueces de tutela.

Lo anterior, no puede dar a entender que el derecho fundamental a la consulta previa constituya un derecho absoluto que permita vetar los proyectos, obras o actividades que adelante la Administración con miras al desarrollo económico y el interés general de la Nación. Por el contrario, la protección del derecho fundamental a la consulta previa permite iniciar un proceso dialógico “entre iguales”, de buena fe, en el cual sujetos de derecho público y de derecho privado, conciertan sus intereses para prevenir, mitigar, proteger y compensar a las comunidades étnicas minoritarias afectadas por cuenta del proyecto, obra o actividad estatal.

Esta Corporación ha analizado en un amplio conjunto de decisiones y en asuntos muy diversos, tanto en sede de control abstracto como en revisión de tutela, el alcance del concepto de buena fe. Esta Corte ha destacado la proyección que la buena fe ha adquirido y, especialmente, su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares, y entre estos y el Estado<sup>60</sup>.

En esa medida, el objetivo final del derecho fundamental no es impedir o vetar el desarrollo

del Estado sino consultarle a los pueblos tribales de qué manera estos pueden reasumir plenamente el control de sus propias instituciones, formas de vida, de su desarrollo económico, para que se mantenga, perdure y se fortalezca su identidad, lengua, religión, cultura y cosmovisión, dentro del marco de un Estado Social y pluralista.

La Corte ha ponderado el principio de interés general y el de protección de la diversidad, integridad y autonomía de los grupos étnicamente no dominantes, desde jurisprudencia temprana sobre la materia:

“...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”<sup>61</sup>.

En este orden, el procedimiento de consulta previa no puede terminar con un ACP sin fuerza normativa que desconozca el consentimiento logrado y las obligaciones pactadas. Es indispensable reconocer el carácter vinculante del ACP logrado para que los interesados puedan exigir judicialmente lo acordado en el proceso de consulta previa con lealtad y honestidad, hasta el cierre en el momento que se verifique el total cumplimiento. Es decir, tal cual lo ha afirmado esta Corte en sus sub reglas, el derecho de participación que involucra la consulta ha de entenderse no sólo en la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores de seguimiento y cierre a lo pactado, a corto, mediano y largo plazo.

Por lo anterior, cabe aclarar que al no haber una normativa explícita y concluyente sobre el incumplimiento del ACP, el juez de tutela es competente para decidir sobre la controversia, hasta tanto el Legislador regule el derecho fundamental. Resulta entonces necesario advertir que la interpretación del juez de tutela sobre el cumplimiento del ACP variará caso a caso y, por ello, su decisión deberá sustentarse en las pruebas aportadas o practicadas al proceso para comprender el estado actual de cumplimiento de la situación sometida a su

jurisdicción.

Cabe precisar que al ser la consulta previa un acuerdo de voluntades ejercido en concordancia con el postulado de la autonomía de la voluntad y el principio de la buena fe<sup>62</sup>, las partes pueden elegir libremente cómo implementar el acuerdo, bien sea a través de actos administrativos, contratos privados o estatales u otras formas jurídicas. En este supuesto, dichos instrumentos jurídicos de implementación podrían ser objeto de control mediante medios ordinarios como la acción de cumplimiento, de nulidad y restablecimiento de derecho o las acciones y demandas civiles y contractuales y/o contencioso-administrativas. Por el contrario, en el evento en que las partes no opten de manera clara por dicha implementación legal, como en este caso, el ACP es susceptible de control en la jurisdicción constitucional vía acción de tutela ante el grave perjuicio o peligro que significa para la existencia de las comunidades étnicas minoritarias y la diversidad étnica y cultural de la Nación, un acuerdo de consulta previa que no pueda ser ejecutado.

A Contrario sensu, si la obligación incumplida afecta directamente y se encuentra inescindiblemente vinculada con los derechos fundamentales e intereses de la comunidad concernida, como podría ser, por ejemplo, la no construcción de un centro de salud, un pozo de agua, medidas de compensación ambiental o el traslado territorial de la misma, entonces resultaría claramente adecuado sostener que las comunidades pueden ejercer la acción de tutela pretendiendo el amparo urgente de sus derechos y la preservación de la diversidad étnica y cultural.

Como lo ha dicho esta Corporación,

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, este caso concreto cumple con las tres excepciones derivadas de la Constitución, que permiten al juez de tutela matizar el principio de subsidiariedad para arrogarse competencia, dado que: (i) los mecanismos de defensa judicial contra el ACP no existen, es decir, no son idóneos y/o eficaces; (ii) se podría materializar un perjuicio irremediable en relación con los derechos fundamentales al ambiente y a la vivienda digna y; (iii) las comunidades negras accionantes son sujetos de especial protección constitucional.

Por consiguiente, si no existe en el ordenamiento jurídico colombiano un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la

protección inmediata derivada de su derecho a ser consultadas, este mismo procedimiento constitucional es pertinente para asegurar el cumplimiento a lo pactado por ese derecho, al menos por cuatro argumentos: (i) no se ha regulado el procedimiento legal que permita garantizar el cumplimiento judicial de lo acordado en el marco de un proceso de consulta previa en un juicio ordinario; (ii) las comunidades étnicas son minorías, históricamente discriminadas, la parte débil del ACP y, por tanto, deben recibir un trato preferente en la jurisdicción constitucional al ser catalogadas como sujetos de especial protección constitucional; (iii) el único procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico interno para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales su derecho a la consulta previa y su efectivo cumplimiento es la acción de tutela y; (iv) el derecho fundamental a la consulta previa comprende fases o etapas, incluido el seguimiento a lo acordado y el cierre al proceso, que deben verificarse en su totalidad para que se entienda satisfecho el efectivo goce efectivo de la protección iusfundamental.

En este caso, como se estudiará más adelante, se demandan dos tipos de incumplimientos relativos a proyectos de compensación ambiental y de mejoramiento de las viviendas. Dichas obligaciones incumplidas en materia de ambiente y vivienda, son sustanciales en tanto se relacionan directamente con vulneraciones a los derechos fundamentales de las Comunidades Negras accionantes y su preservación étnica.

En ese sentido, al no encontrarse otro medio de defensa judicial que proteja el proceso post consultivo de las comunidades accionantes, así como las obligaciones de protección a los derechos al ambiente sano y a la vivienda digna que fueron incumplidas como consecuencia del ACP, la acción de tutela se considera el procedimiento procedente y preferente para proteger los derechos conculcados de las Comunidades Negras de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito (Rio Dagua) que habitan las zonas ribereñas de la Cuenca del Pacífico colombiano.

No obstante, atendiendo al carácter excepcional y residual de la acción de tutela, la Sala exhortará a los Presidentes de la Cámara de Representantes y del Senado de la República y al Ministerio del Interior para que en el marco de sus competencias y facultades consideren reglamentar el derecho fundamental a la consulta previa y sus procedimientos ordinarios de protección.

## 1. Relevancia constitucional

La controversia sometida a consideración de la Sala Octava envuelve un problema de trascendencia constitucional propio de la órbita del juez constitucional. En efecto, las accionantes son tres (3) comunidades afros, sujetos colectivos históricamente discriminados que merecen un tratamiento constitucional especial por compartir unas tradiciones ancestrales vinculadas a la ascendencia africana de la Nación colombiana.

Adicionalmente, la relevancia constitucional del asunto se deriva de la temática relacionada con un asunto novedoso para la jurisprudencia constitucional: la procedencia de la acción de tutela contra un acuerdo de consulta previa.

Lo anterior, permite que la Sala Octava de Revisión aclare el contenido del derecho fundamental a la consulta previa y establezca, en el caso concreto, si existe vulneración de los derechos fundamentales.

## 1. Examen material

Una vez superados los prerequisites que debe cumplir cualquier acción de tutela para admitirse su estudio de mérito, procede la Sala Octava de Revisión a resolver la controversia en los siguientes términos:

En este caso, los Consejos Comunitarios de Zacarías, Guadualito y Campo Hermoso reclaman el cumplimiento de lo acordado el 9 de febrero de 2013 en el marco del proceso de consulta previa sobre el “Macro Proyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio”, en jurisdicción de Buenaventura, Valle del Cauca.

En el expediente consta el acta contentiva al Acuerdo de Consulta Previa, así como su protocolización de fecha 9 de febrero de 2013, suscrita en el municipio de Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca, por las siguientes partes: (i) los Representantes Legales, Secretarios, Vocales y Tesoreros de los Consejos Comunitarios accionantes; (ii) la Alcaldía Distrital de Buenaventura; (iii) la Defensoría del Pueblo; (iv) la Personería Distrital de

Buenaventura; (v) el Patrimonio Autónomo PA2 y; (vi) la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

El ACP suscrito el 9 de febrero de 2013 por todos los anteriores, contiene las siguientes medidas acordadas (la Sala transcribe textualmente lo acordado):

“El monto acordado para cada uno de los consejos comunitarios de las comunidades negras de ZACARÍAS, CAMPO HERMOSO Y GUADUALITO fue de NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$900.000.000.00), incluyendo los estudios para los proyectos acordados con cargo a los recursos del MACROPROYECTO los cuales serán destinados de la siguiente manera.

Para el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra Guadualito Rio Dagua:

El Representante Legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Guadualito Rio Dagua expresa que la comunidad de Guadualito se reunió en Asamblea en el mes de enero y se aprobaron los siguientes proyectos:

1. SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$600.000.000.00) para interconexión eléctrica desde Campo Hermoso hasta la última casa de Guadualito.
2. CIEN MILLONES DE PESOS CMTE (\$100.000.000.00) para el mejoramiento de la cancha de fútbol para la comunidad.
3. SESENTA MILLONES DE PESOS CMTE. (\$60.000.000.00) para los estudios de la interconexión eléctrica y del mejoramiento de la cancha de fútbol.
4. CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS CMTE. (\$140.000.000.00) para un proyecto productivo de siembra de coco y chontaduro.

Para el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Campo Hermoso Rio Dagua:

El Representante Legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra Campo Hermoso expresa que en varias Asambleas, la comunidad de Campo Hermoso se acordaron dos obras:

1. La cancha con gradería y equipamiento completo

2. La Caseta comunal

Aclara que hay que pagar unos impuestos y que además, los CIENTO CUARENTA MILLONES (140.000.000.00) que se adicionaron el día de ayer, se destinarían a los dos proyectos concertados con la comunidad: la cancha y la caseta comunal.

Para el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Zacarías Río Dagua:

Un miembro de la comunidad en representación del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Zacarías Río Dagua y con la presencia del Representante Legal y su Junta, expone los proyectos acordados:

1. Terminación centro de acopio integral CAC (Centro administrativo comunitario)

2. Mejoramiento y acondicionamiento del puesto de salud

3. Parque Infantil”.

En el mismo acuerdo se estableció que “los recursos aportados por el Patrimonio Autónomo para la compensación de la consulta previa del Macroproyecto serán girados a los consejos comunitario de GUADUALITO, CAMPO HERMOSO Y ZACARÍAS, previo cumplimiento de las condiciones técnicas, legales y de garantías que serán pactadas en el convenio que suscriban las partes, dentro de los 15 días siguientes a la protocolización de este acuerdo y a la designación de la interventoría de las obras que se realizaran con cargo a los recursos aquí señalados”.

Igualmente, se indicó que “para atender los impactos de tipo ambiental, el Distrito de Buenaventura en el Comité Fiduciario del 21 de noviembre de 2012, señaló que los recursos disponibles para regalías del Distrito de Buenaventura cedería el cupo en cantidad de 3.000 millones de pesos para la formulación y ejecución de proyectos ambientales que atiendan a las cinco comunidades, de acuerdo con los impactos de cada uno, para el efecto una vez

protocolizada el acta, se dará inicio a la formulación del proyecto por parte del Distrito de Buenaventura, con el apoyo del Macroproyecto y del Ministerio de Vivienda. Todas estas actividades se harán concertadamente con los consejos comunitarios”.

Y por último, se señaló que “adicionalmente, y dado que una de las necesidades más sentidas de las comunidades es la relacionada con la seguridad de las viviendas, el Distrito de Buenaventura, a través de la Secretaria de Vivienda, formulará para cada una de las comunidades, proyectos de mejoramiento de vivienda que serán gestionados a través del Macroproyecto para la consecución de recursos del presupuesto de FONVIVIENDA que permitan la ejecución efectiva de los mismos. Dichos proyectos deben cumplir con la normatividad vigente y ser avalados por los representantes legales de cada una de las comunidades. Así mismo, el Secretario de Desarrollo Económico y Rural del Distrito de Buenaventura se compromete a elaborar conjuntamente con la Secretaria de Vivienda estos proyectos, cuando se protocolicen los acuerdos. Una vez formulados estos proyectos, el Macroproyecto a través de ANDREA SALAZAR o de quien haga sus veces, hará las gestiones necesarias para que del presupuesto designado a vivienda de interés social prioritario se destinen los recursos necesarios para atender los mejoramientos o los proyectos de mejoramiento para estas comunidades”.

Estado de cumplimiento a lo acordado en el ACP del 9 de febrero de 2013:

#### 1. Comunidad Negra de Zacarías:

Una vez recaudadas las pruebas en el expediente consta el acta de liquidación y pago<sup>64</sup> en el marco del convenio celebrado el 18 de marzo de 2013 entre Alianza Fiduciaria S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso PA2 Macroproyecto Buenaventura y el Consejo Comunitario de Zacarías, Río Dagua. En este documento se prueba el valor del contrato, su terminación el día 26 de marzo de 2014 y el valor total pagado por la suma de \$900.000.000.00 (NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE.).

Los recursos asignados por el PA2 fueron distribuidos en los siguientes proyectos a ejecutar, con el consentimiento de la Comunidad Negra de Zacarías: i) Estudios y diseños; 2) Ejecución del mejoramiento y acondicionamiento del puesto de salud; 3) Ejecución de la terminación

del centro de acopio integral CAC (Centro Administrativo Comunitario).

En declaración libre y expresa, el Consejo Comunitario de Zacarías manifestó que el contratante (Alianza Fiduciaria S.A.), “se encuentra a paz y salvo por todo concepto respecto a la ejecución del convenio de fecha 18 de marzo de 2013 y por lo tanto declara que no existe reclamación alguna por resolver...”.

#### 1. Comunidad Negra de Guadualito:

En el expediente consta acta de liquidación y pago<sup>65</sup> en el marco de un convenio celebrado el 18 de marzo de 2013 entre Alianza Fiduciaria S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso PA2 Macroproyecto Buenaventura y el Consejo Comunitario de Guadualito, Río Dagua. En este documento se certifica valor del contrato, la terminación del mismo el día 26 de noviembre de 2013 y el valor total pagado por la suma de \$900.000.000.00 (NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE.).

En relación con lo anterior, se anexa declaración libre y expresa, en la cual el Consejo Comunitario de Guadualito manifiesta que el contratante (Alianza Fiduciaria S.A.), “se encuentra a paz y salvo por todo concepto respecto a la ejecución del convenio de fecha 18 de marzo de 2013 y por lo tanto declara que no existe reclamación alguna por resolver...”.

Además, se encuentra comprobación por parte de la Comunidad Negra de Guadualito en el sentido que “...las obras de interconexión eléctrica desde Campo Hermoso Río Dagua hasta la meseta y Guadualito Río Dagua, adecuación de la cancha de fútbol de la comunidad de Guadualito Río Dagua y el proyecto productivo de siembra de coco y chontaduro se encuentran totalmente terminada y a satisfacción de la comunidad”<sup>66</sup>. En efecto, mediante acta del 7 de diciembre de 2013, el contratista, el interventor y el representante legal de la comunidad accionante, acordaron “dar por terminada la ejecución del proyecto productivo de siembra de coco y chontaduro” y “quedar a paz y salvo por todo concepto en lo que respecta al presente contrato”<sup>67</sup> por valor inicial de \$140.000.000.00 (CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS MCTE.), con saldo a favor del contratista de \$ 28.000.000.00 (VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS).

Respecto a la adecuación de la cancha de fútbol, en acta del 29 de noviembre de 2013, la Comunidad accionante certificó que “el contrato de adecuación de la cancha de fútbol fue ejecutado, terminado y entregado por el contratista y recibido por el Consejo Comunitario de Guadualito”<sup>68</sup>.

#### 1. Comunidad Negra de Campo Hermoso:

En el expediente consta acta de liquidación y pago<sup>69</sup> en el marco de un convenio celebrado el 18 de marzo de 2013 entre Alianza Fiduciaria S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso PA2 Macroproyecto Buenaventura y el Consejo Comunitario de Campo Hermoso, Río Dagua. En este acto aparece el valor del contrato, su terminación el día 15 de abril de 2014 y el valor total pagado por la suma de \$900.000.000.00 (NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE.).

En relación con lo anterior, se anexa declaración libre y expresa, en la cual el Consejo Comunitario de Campo Hermoso señala que el contratante (Alianza Fiduciaria S.A.), “se encuentra a paz y salvo por todo concepto respecto a la ejecución del convenio de fecha 18 de marzo de 2013 y por lo tanto declara que no existe reclamación alguna por resolver...”.

Según Acta del 24 de abril de 2014, la Comunidad Negra de Campo Hermoso declara que recibió los recursos girados por el PA2 Buenaventura, los cuales fueron asignados para los siguientes proyectos a ejecutar en el Consejo Comunitario de Campo Hermoso:

- \* Estudios y diseños.
- \* Ejecución de cancha deportiva.
- \* Ejecución del Centro Integrado de Servicios Administrativos.

Mediante Acta de terminación y recibo de obra de la misma fecha, la Comunidad Negra de Campo Hermoso, el contratista y el interventor certificaron que los contratos de ejecución del Centro Integrado de Servicios Administrativos (\$569.733.583.00) <sup>70</sup> y de la Cancha Deportiva

(\$191.241.092.00)<sup>71</sup> fueron ejecutados, terminados y entregados por el contratista y recibidos por el Consejo Comunitario de Campo Hermoso, Río Dagua. (...) “...las obras objeto del presente contrato fueron recibidas a satisfacción”.

Contrastado el anterior estado de cosas, observa la Sala que el Acuerdo de Consulta Previa de fecha 9 de febrero de 2013 fue cumplido parcialmente.

Efectivamente, el Ejecutor del Proyecto cumplió con sus obligaciones respecto a cada una de las tres comunidades accionantes en materia de compensación social por la consulta previa. Así lo reconoció el apoderado de las tutelantes en escrito del 14 de octubre de 2016, “... se pudo comprobar que se cumplió a cabalidad con el acuerdo de consulta previa con respecto a las obras a entera satisfacción del Interventor de la Comunidad y de la Empresa. Como se puede comprobar en las actas de seguimiento al acuerdo “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio”, que obran dentro del expediente”.

No obstante, en cuanto al cumplimiento de las últimas dos obligaciones pactadas en el ACP de fecha 9 de febrero de 2013, la Sala encuentra un estado de incumplimiento que afecta los derechos fundamentales al ambiente sano y a la vivienda digna de las comunidades étnicas tutelantes. Como se puede apreciar, los últimos compromisos hacen relación a la compensación ambiental y al mejoramiento de vivienda, al verificarse que estos acuerdos que benefician a las comunidades no se llevaron a efecto, se afecta el derecho fundamental a la consulta previa, el ambiente sano y la vivienda digna dado que a la fecha las comunidades étnicas minoritarias no cuentan con proyectos que puedan mitigar los impactos ambientales y brindar seguridad y mejoramiento a sus viviendas.

Según consta en el expediente, al realizarse el acta de talleres de impacto en el proceso de consulta previa, el día 2 de febrero de 2012, la firma AG CONSULTORES identificó, tras realizar talleres con la comunidad y recorridos de campo, “impactos por parte de la comunidad (Campo Hermoso) con una escala muy alta, en el componente de fauna pérdida de especies de caza, desplazamiento de especies; en el componente de flora pérdida de las especies maredables, disminución de cultivos tradicionales, pérdida de plantas ornamentales, pérdida de la vegetación artesanal, pérdida de los productos alimenticios producto del bosque; en el componente acuático, contaminación de las quebradas por residuos sólidos, pérdida de la oferta hídrica sedimentación de quebradas por el aumento de

la minería artesanal. En la parte socioeconómica, impacto en la seguridad alimentaria disminución de especies para su comercialización, pérdida de prácticas ancestrales en la agricultura...".

Continúa (...) "una de las medidas de compensación son la construcción de parcelas para recuperar la cobertura boscosa, así como recuperar la seguridad alimentaria. Otra medida solicitada por la CVC es la recuperación de las fuentes hídricas de las zonas aledañas..."<sup>72</sup>.

En posterior acta de "talleres de impacto y medidas de manejo" de fecha 8 de febrero de 2013, quedó explícito por parte del Secretario de Desarrollo Económico y Rural del Distrito de Buenaventura que "existe una información de que hay una disponibilidad de 3.000 millones de pesos de los recursos que le corresponden a Buenaventura irían para la parte ambiental. Señala que en el tema de vivienda, la Secretaría de Vivienda se compromete a elaborar los proyectos de vivienda para la zona rural siempre y cuando sean avalados por los representantes de los Consejos Comunitarios (...) El Secretario de Desarrollo Económico y Rural expresa que se compromete a elaborar el proyecto de vivienda pero le solicita a los Representantes del Macroproyecto a comprometerse con su equipo para gestionar los proyectos en Bogotá y a los Consejos Comunitarios a colaborar con la Secretaría de Vivienda para saber qué tipo de vivienda debe ser. El Representante del Macroproyecto expresa que queda como compromiso en el acto de que realizará la gestión en Bogotá para esos proyectos"<sup>73</sup>

Es evidente que en dicho ACP el Distrito de Buenaventura se comprometió a atender los impactos de tipo ambiental, con recursos de regalías por valor de 3.000 millones de pesos para la "formulación y ejecución de proyectos ambientales" que atiendan a las comunidades tutelantes impactadas, para lo cual requirió el apoyo del Ejecutor de Macroproyecto y del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

No obstante, la Alcaldía Distrital ha permanecido pasiva durante más de 3 años, inobservando que todo acuerdo o pacto de carácter constitucional de consulta previa obliga a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece por definición o se encuentre expresamente pactado en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida. En esos términos, el ACP es norma obligatoria y su observancia vincula a las partes contratantes.

Elementales directrices lógicas, éticas o legales, la regularidad, normalidad, estabilidad,

seguridad, certidumbre del tráfico jurídico, la confianza legítima, autoresponsabilidad, buena fe y libertad contractual, entre otros, explican la fuerza vinculante del pacto multilateral de consulta previa y el repudio a su ruptura unilateral por parte del Estado, en cuanto como acuerdo dispositivo de intereses constitucionalmente relevantes obra de dos o más partes de derecho público y privado, las obliga a cumplirlo de buena fe y en su totalidad, y en línea general, excluye la terminación por una, so pena de ser compelida a su contrariedad al cumplimiento por el juez de tutela con la consecuente reparación de los daños ocasionados.

Según el principio de la autonomía de la voluntad -de origen kantiano- la libertad del ser humano y el poder atribuido a ella por el ordenamiento jurídico al sujeto iuris para celebrar el acuerdo de consulta previa, se desprende un efecto cardinal: su vinculatoriedad y restricción cuando de por medio están en juego derechos fundamentales, ataduras u obligaciones constitucionales de cumplirlo, sin que, en línea de principio, quienes lo celebran puedan sustraerse unilateralmente de las obligaciones pactadas.

Con preocupación, precisa la Sala Octava que el ACP de 9 de febrero de 2013, protocolizado y cuyo cumplimiento se demanda vía acción de tutela no puede ser modificado sin el consentimiento de todas las partes obligadas, concernidas e intervinientes.

No obstante, en sede de revisión fue allegado un nuevo acuerdo que modifica el ACP referenciado anteriormente en los siguientes términos:

En efecto, con fecha 11 de octubre de 2016, la Alcaldía Distrital de Buenaventura y las Comunidades Negras accionantes concertaron de manera bilateral tres nuevos puntos: (i) La Alcaldía se comprometió a que a más tardar el 30 de noviembre de 2016 desembolsaría \$ 600.000.000.00, a través de proyectos presentados y ejecutados por la comunidad de manera autónoma; (ii) dicho ente territorial se obligó a que a más tardar en el segundo semestre de 2017 abonaría \$900.000.000.00 “con los cuales se completa el monto de \$1.500.000.000.00., equivalentes al total del compromiso renegociado entre los Consejos Comunitarios y la Administración Distrital, correspondientes a la compensación ambiental por la afectación de estas comunidades por el Macroproyecto Ciudadela San Antonio” y; (iii) los Consejos Comunitarios dejaron constancia que con este nuevo acuerdo se cumple el compromiso por parte de la Alcaldía Distrital de Buenaventura. Pero indicaron que la Corte Constitucional vincularía al ejecutor del Macroproyecto “para que ellos aporten el resto de los

dineros pendientes hasta completar los 3.000 millones de pesos, pero traídos a valor presente...”.

Lo anterior, es a todas luces improcedente dado que en un proceso de diálogo “entre iguales”, que termina en un ACP signado por muchas partes no puede ser modificado por dos en cuanto de esta forma se excluye del legítimo derecho de participación al Patrimonio Autónomo (ejecutor del Macroproyecto), a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior (Administración central), a la Defensoría del Pueblo y a la Personería Distrital (Ministerio Público) en clara afectación del derecho fundamental a la consulta previa. En esos términos, según las reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corporación, el nuevo acuerdo del 11 de octubre del 2016 no podrá surtir efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico hasta tanto sea validado, a lo sumo, por el ejecutor del proyecto.

Adicionalmente, es improcedente que dos partes (Comunidades Negras accionantes y Alcaldía Distrital) manifiesten estar en capacidad de obligar a una tercera (Ejecutor del Macroproyecto), sin el consentimiento de dicho acto o declaración. En efecto, en la renegociación bilateral de la consulta previa y en desmedro de las comunidades tutelantes, se dispuso disgregar la obligación asumida por la Alcaldía Distrital en materia de compensación ambiental por 3.000 millones de pesos en dos partes; 1.500 millones de pesos que pagaría en el segundo semestre del 2017 y 1.500 millones a cargo del Macroproyecto para completar los 3.000 millones de pesos.

Lo anterior, no es de recibo para la Sala, por cuanto vulnera la voluntad plural de todos los contrayentes, expresada en el ACP de fecha 9 de febrero de 2013 tras surtir las etapas del proceso de consulta previa finalizando con su suscripción y protocolización. Además, el Acta No. 001 del 11 de octubre de 2016, dispuso obligaciones para terceros sin su consentimiento y modificó sin capacidad y legitimidad para ello lo acordado por todos los sujetos que hicieron parte del proceso de consulta previa y su definición.

En consecuencia, en aras de proteger el derecho fundamental al ambiente sano de las comunidades accionantes, la Sala Octava declarará sin efectos el Acta No. 001 de fecha 11 de octubre de 2016, suscrita por la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca y los Consejos Comunitarios de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito (Río Dagua).

En su lugar, ordenará a la Alcaldía Distrital de Buenaventura honrar su compromiso en

materia de mitigación de impactos de tipo ambiental, en ese entendido, deberá iniciar todas las gestiones administrativas y presupuestales tendientes a la consecución de los recursos económicos necesarios en el término máximo de dos años que permitan asegurar, implementar y ejecutar lo acordado en materia de impactos ambientales, de conformidad con lo estipulado el 9 de febrero de 2013 en el Acuerdo de Consulta Previa.

No es de recibo para esta Sala que el Distrito evada sus obligaciones en lugar de cumplir lo pactado con las comunidades, generando una falsa expectativa, teniendo en cuenta que dicho ente territorial estuvo en reestructuración de activos en los años 2002 y 2010 y dentro de su autonomía conocía previamente su balance presupuestal.

En atención a que el ACP como resultado de un pacto constitucional es obligatorio para las partes, para esta Sala el ACP de 9 de febrero de 2013 no podía ser invalidado o modificado sino por el consentimiento de todas las partes involucradas o por causas constitucionales que desconozcan los derechos fundamentales de las comunidades étnicas o tribales.

En este caso, concurren ambas situaciones, al haber sido modificado el ACP de forma bilateral con la ausencia del Ejecutor del Macroproyecto y cercenar los derechos fundamentales de las comunidades accionantes. En efecto, en el nuevo acuerdo se dispone una obligación dineraria nueva para un tercero (ejecutor) por valor de 1.500 millones de pesos, sin su consentimiento y se reduce bilateralmente el compromiso acordado por parte de la Alcaldía Distrital en materia ambiental de 3.000 a 1.500 millones de pesos asumiendo ambas partes la anuencia del Ejecutor.

Adicional a lo anterior, dado que una de las necesidades más directas de las comunidades es la relacionada con la seguridad de las viviendas, el Distrito de Buenaventura se comprometió a formular proyectos de mejoramiento de vivienda para cada una de ellas. Estos debían ser avalados por las accionantes a través de la Secretaría Distrital de Vivienda y gestionados por el Ejecutor del Macroproyecto y el Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA-.

De lo anterior, se observa que la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca tampoco ha formulado los proyectos de mejoramiento y seguridad de las viviendas, de común acuerdo con las comunidades negras tutelantes. En consecuencia, el Macroproyecto no ha podido hacer las gestiones necesarias para que, del presupuesto designado a vivienda de interés social prioritario, se destinen los recursos pertinentes que atiendan los proyectos de

mejoramiento de viviendas de las comunidades accionantes.

Una vez formulados los proyectos de mejoramiento y seguridad de las viviendas de las comunidades, la Sala encuentra pertinente ordenar a Alianza Fiduciaria S.A., al Comité Fiduciario del Fideicomiso PA2 Macroproyecto Buenaventura y al Comité de Seguimiento<sup>74</sup> al proceso de consulta previa, que inicien inmediatamente las gestiones pertinentes para la consecución de los recursos económicos ante el Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA-, con el objeto de que dichos proyectos sean debidamente ejecutados, de conformidad con lo dispuesto por las partes el 9 de febrero de 2013 en el Acuerdo de Consulta Previa.

Finalmente, la Sala reitera que es obligación constitucional cumplir lo convenido en los ACP, de conformidad con el postulado de la buena fe<sup>75</sup> y los contenidos del derecho fundamental a la consulta previa. En tal sentido, es indispensable que cuando el contenido de las obligaciones contraídas en el ACP se refieran a derechos fundamentales de las comunidades étnicas y su subsistencia como grupos minoritarios que representan la diversidad étnica y cultural de la Nación, la acción de tutela sea el mecanismo procedente para proteger sus derechos conculcados.

## 6. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

En el presente caso, las accionantes demandan el cumplimiento del acuerdo que fue producto de la consulta previa celebrada el 9 de febrero de 2013 entre las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua, la Alcaldía Distrital de Buenaventura, el Patrimonio Autónomo PA2 (Ejecutor), la Defensoría del Pueblo, la Personería Distrital de Buenaventura y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, respecto del “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio”, adelantado en jurisdicción de Buenaventura, Valle del Cauca, el cual, a la fecha, no se ha ejecutado en su totalidad.

Los jueces de instancia, al decidir la acción de tutela de la referencia, consideraron su improcedencia, toda vez que las comunidades accionantes fueron convocadas por las autoridades competentes para participar en el proceso de consulta previa, materializándose un acuerdo final en el año 2013, tras arduas discusiones. Así mismo, estimaron que las accionantes disponen de otros mecanismos de defensa judicial para requerir el cumplimiento de lo pactado, incluso señalan que no agotaron la “vía gubernativa” ante la Alcaldía Distrital

de Buenaventura.

Para resolver el caso seleccionado<sup>76</sup>, la Sala Octava de Revisión analizó como problema jurídico: ¿Si se vulneran los derechos fundamentales a la consulta previa, a la vivienda digna y al ambiente sano de las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Rio Dagua, al no haberse cumplido en su totalidad el acuerdo de consulta previa, suscrito por las partes con ocasión del “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio”?

Con el fin de responder el anterior interrogante, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, se pronunció favorablemente sobre la procedencia de la acción de tutela contra un acuerdo de consulta previa que ha sido incumplido por una de las partes, por cuanto (i) no se ha regulado el procedimiento legal ordinario que permita garantizar el cumplimiento judicial de lo acordado en el marco de un proceso de consulta previa; (ii) las comunidades étnicas son minorías, históricamente discriminadas, la parte débil del ACP y, por lo tanto, reciben un trato preferente en la jurisdicción constitucional al ser catalogadas como sujetos de especial protección constitucional; (iii) el único mecanismo eficaz e idóneo, previsto en el ordenamiento jurídico interno para garantizar el cumplimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales, es la acción de tutela y; (iv) el derecho fundamental a la consulta previa comprende distintas fases o etapas, incluidas las posteriores a la celebración del acuerdo, relativas al seguimiento de lo acordado y al cierre del proceso, que deben verificarse en su totalidad para que se entienda satisfecho el efectivo goce efectivo de la protección iusfundamental.

Por los anteriores argumentos, para la Sala Octava de Revisión es palmario que la protección del derecho fundamental a la consulta previa no se agota con la simple formalización o protocolización de un acuerdo de consulta previa, dado que es necesario surtir todas las etapas posteriores para materializar y gozar de este derecho. En esa medida, tratándose de minorías étnicas, catalogadas por la jurisprudencia como sujetos de especial protección constitucional, que no cuentan con otro mecanismos judicial de defensa, la acción de tutela se convierte en el único medio efectivo de protección que garantiza el cumplimiento de todas las medidas acordadas por la voluntad de las partes en el diálogo intercultural de consulta previa.

De acuerdo con una interpretación de la Constitución Política de 1991 y del Convenio 169 de la OIT, el acuerdo de consulta previa sí tiene carácter vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano por su naturaleza constitucional encaminada a materializar un derecho fundamental, como resultado de un diálogo plural e intercultural.

Además, por cuanto el derecho fundamental a la consulta previa es exigible vía tutela en todas sus etapas, pre consultivas y post consultivas; dentro de ésta última, se identifican las fases de seguimiento al cumplimiento de lo acordado en el corto, mediano y largo plazo, y el cierre del proceso de consulta previa en el momento que se verifica la ejecución de todas las obligaciones convenidas. Una posición contraria, es decir, agotar el derecho fundamental en la suscripción formal de un acuerdo protocolizado equivaldría a equiparar el contenido del derecho con un simple trámite constitucional, susceptible de ser posteriormente burlado e incumplido por los acreedores.

La Sala precisa la obligatoriedad de que, con posterioridad al acuerdo de consulta previa, se garantice efectivamente por parte del Estado y del Ejecutor del proyecto, obra o actividad, el cumplimiento de todas las etapas del derecho fundamental, así como las medidas de mitigación, compensación e indemnización concertadas con la comunidad étnica minoritaria en el pacto de la consulta, por los previsibles daños que causan una afectación directa.

Ahora bien, en el caso concreto la Sala Octava decidió revocar las decisiones de instancia, para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la consulta previa, a la vivienda digna y al ambiente sano de las COMUNIDADES NEGRAS DE ZACARÍAS, CAMPO HERMOSO Y GUADUALITO (RÍO DAGUA), toda vez que el acuerdo de consulta previa fue incumplido y contiene obligaciones relacionadas con los derechos fundamentales a la vivienda digna y al ambiente sano que repercuten en la identidad y pervivencia de la comunidad.

Por el contrario, se observó un prolongado incumplimiento por parte de la Alcaldía Distrital de Buenaventura en las acciones para resarcir la afectación de los derechos al ambiente sano y a la vivienda digna.

Se probó por la Sala Octava que los recursos disponibles para regalías del Distrito de Buenaventura (3.000 millones de pesos) no han sido girados para la formulación y ejecución de proyectos ambientales. Según se puede verificar del ACP, la Alcaldía Distrital de Buenaventura ha incumplido lo manifestado en el Comité Fiduciario del 21 de noviembre de

2012, en el cual señaló que “de los recursos disponibles para Regalías del Distrito de Buenaventura cedería el cupo de 3.000 millones de pesos para la formulación y ejecución de proyectos ambientales”, de acuerdo con los impactos de cada comunidad. Dichos proyectos serían ejecutados de manera autónoma por los Consejos Comunitarios.

En esa medida, después de más de tres (3) años de suscrito el acuerdo persiste afectación de los derechos fundamentales a la consulta previa y al ambiente sano, como quiera que actualmente únicamente se identifica un certificado de disponibilidad presupuestal por 600.000.000 millones de pesos destinados a la restauración ecológica del terreno con especies maderables focales (Zacarías), manglar, enriquecimiento florístico con especies forestales (Guadualito) y la zona boscosa (Campo Hermoso).

Ahora bien, en sede de revisión se allegó un nuevo acuerdo fechado el 11 de octubre de 2016, suscrito entre la Alcaldía de Buenaventura y la Comunidades Negras de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito, en el cual la Alcaldía Distrital accionada reduce su obligación ambiental en un 50 % (1.500 millones de pesos), y el otro 50 % lo traslada de común acuerdo con las accionantes al Macroproyecto, sin mediar su consentimiento. Lo anterior, no es de recibo para la Sala Octava, por cuanto el proceso de consulta previa se debe efectuar entre iguales, de buena fe y sin exclusiones en su participación, máxime cuando las partes no están en capacidad de obligar a un tercero sin su consentimiento.

En consecuencia, la Corte Constitucional dispondrá dejar sin efectos el Acta No. 001 del 11 de octubre de 2016 por ausencia de legitimación, capacidad, consentimiento y voluntad en el proceso post consultivo, respecto de lo pactado por todas las partes en el Acuerdo de Consulta Previa protocolizado el 9 de febrero de 2013.

En su lugar, se ordenará el pleno cumplimiento a los precisos términos del ACP de fecha 9 de febrero de 2013. En consecuencia, la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca, deberá efectivamente formular y ejecutar todos los proyectos que presenten las comunidades en materia de compensación ambiental, en virtud de los cuales se atiendan plenamente las afectaciones expuestas por las tres comunidades accionantes. Para lo anterior, una vez notificada esta providencia judicial, la entidad territorial deberá iniciar todas las gestiones administrativas que permitan la consecución de los recursos presupuestales necesarios para el efecto.

Por otra parte, la Sala encontró que la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca, tampoco formuló proyectos de mejoramiento de vivienda para cada una de las comunidades negras, los cuales debían y deben ser avalados por las accionantes y gestionados por el Macroproyecto, a través del presupuesto destinado a Vivienda de Interés Social Prioritario, hecho que corrobora la continua vulneración de los derechos fundamentales a la vivienda digna y a la consulta previa.

En relación con lo acordado en este punto, la Sala observa total inobservancia de los términos estipulados por las partes en el ACP del 9 de febrero de 2013. En efecto, a la fecha, no se han formulado los proyectos en la materia, por lo cual no se ha podido iniciar la gestión de los recursos.

En ese orden, para amparar los derechos fundamentales a la vivienda digna y a la consulta previa, la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca, en el término de seis (6) meses contado a partir de la notificación de la providencia, deberá formular los proyectos de mejoramiento de viviendas, de común acuerdo con las comunidades accionantes.

Con posterioridad a dicho plazo, es decir, una vez formulados los proyectos anteriormente descritos, Alianza Fiduciaria S.A., el Comité Fiduciario del Fideicomiso PA2 Macroproyecto Buenaventura y el Comité de Seguimiento al proceso de consulta previa, deberán iniciar acciones y gestiones positivas para la consecución de los recursos económicos por parte del Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA-, con el objeto de que dichos proyectos sean debidamente ejecutados, de conformidad con lo dispuesto por las partes el 9 de febrero de 2013 en el Acuerdo de Consulta Previa.

Para el cumplimiento de todo lo anterior y el goce efectivo de los derechos fundamentales a la consulta previa, al ambiente sano y a la vivienda digna la Sala ordenará la vigilancia, intervención y verificación de la Procuraduría Provincial de Buenaventura, la Personería Distrital de Buenaventura, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República.

Adicionalmente, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional le ordenará al juez de primera instancia, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, para que verifique el estricto cumplimiento de esta providencia judicial y adopte las medidas necesarias para adecuar su cabal acatamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Finalmente, exhortará al Congreso de la República y al Ministerio del Interior, para que consideren reglamentar el derecho fundamental a la consulta previa y sus procedimientos ordinarios de protección y cumplimiento, mediante una iniciativa de ley estatutaria.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

## RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos en el expediente número T-5.635.565, decretada por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, mediante Auto del 14 de octubre de 2016.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia del 16 de junio de 2016, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la providencia del 5 de mayo de 2016 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, la cual declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por las Comunidades Negras de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito (Río Dagua). En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa, al ambiente sano y a la vivienda digna de las Comunidades Negras de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito (Río Dagua).

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS el Acta No. 001 de fecha 11 de octubre de 2016, suscrita por la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca y los Consejos Comunitarios de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito (Río Dagua), que modifica los términos del Acuerdo de Consulta Previa del 9 de febrero de 2013 en materia de compensación ambiental, suscrito por las Comunidades Negras de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito, la Alcaldía Distrital de Buenaventura, el Patrimonio Autónomo, como vocero y administrador del Fideicomiso PA2 del Macroproyecto Buenaventura, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Personería Distrital de Buenaventura y la Defensoría del Pueblo.

CUARTO.- ORDENAR que, en el término máximo de dos (2) años, contado a partir de la notificación de esta providencia judicial, la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca, implemente y ejecute todos los proyectos que presenten las comunidades

accionantes, correspondientes a la compensación ambiental, de conformidad con lo estipulado por las partes en el Acuerdo de Consulta Previa de 9 de febrero de 2013. Para lo anterior, una vez notificada esta providencia judicial, la entidad territorial deberá iniciar todas las gestiones presupuestales y administrativas que permitan la consecución de los recursos presupuestales necesarios para tal efecto.

QUINTO.- ORDENAR que, en el término máximo de seis (6) meses, contado a partir de la notificación de esta providencia judicial, la Alcaldía Distrital de Buenaventura formule, de común acuerdo con las Comunidades de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito (Río Dagua), los proyectos de mejoramiento de sus viviendas, de conformidad con lo dispuesto por las partes el 9 de febrero de 2013 en el Acuerdo de Consulta Previa.

SEXTO.- ORDENAR a Alianza Fiduciaria S.A., al Comité Fiduciario del Fideicomiso PA2 Macroproyecto Buenaventura y al Comité de Seguimiento al proceso de consulta previa, que una vez formulados los proyectos de mejoramiento de vivienda por parte de la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca, se inicien inmediatamente las gestiones pertinentes para la consecución de los recursos económicos por parte del Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA-, con el objeto de que dichos proyectos sean debidamente ejecutados, de conformidad con lo dispuesto por las partes el 9 de febrero de 2013 en el Acuerdo de Consulta Previa.

SÉPTIMO.- ORDENAR a la Procuraduría Provincial de Buenaventura, a la Personería Distrital de Buenaventura, a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría General de la República, que en el marco de sus competencias vigilen, intervengan y verifiquen el cumplimiento de las órdenes impartidas en esta providencia judicial para culminar el proceso de consulta previa surtido con las Comunidades Negras de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito (Río Dagua), en relación con la obra de infraestructura denominada “Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional Ciudadela San Antonio”, en jurisdicción de Buenaventura, Valle del Cauca.

OCTAVO. ORDENAR al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (juez de primera instancia), que verifique el estricto cumplimiento de esta providencia judicial y adopte las medidas necesarias para adecuar su cabal acatamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

NOVENO.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que brinde un acompañamiento y asesoría a

las Comunidades Negras de Zacarías, Campo Hermoso y Guadualito (Río Dagua), hasta tanto se alcance el cumplimiento definitivo a lo acordado en el proceso de consulta previa.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-002/17

PROTECCION CONSTITUCIONAL A LOS ACUERDOS CELEBRADOS EN CONSULTA PREVIA-Se incorporó un conjunto de consideraciones innecesarias, que proyectan una sombra sobre lo realmente esencial de la providencia (Aclaración de voto)

ACUERDO DE CONSULTA PREVIA-Cumplimiento incide en la eficacia de un amplio conjunto de principios constitucionales (Aclaración de voto)

PROTECCION CONSTITUCIONAL A LOS ACUERDOS CELEBRADOS EN CONSULTA PREVIA-Se debió destacar que un acuerdo de derecho fundamental debe ser cumplido de buena fe, si se pretende hacer realidad la propuesta del Estado multicultural, pluralista y diverso (Aclaración de voto)

Expediente T-5635565

Acción de tutela instaurada por los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Zacarías, Guadualitos y Campo Hermoso del Río Dagua, contra el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio del Interior, la Fiduciaria Alianza S.A., el Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA- y la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca

Magistrado Ponente

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Novena, aclaro mi voto a la sentencia de la referencia.

La sentencia T-002 de 2017 es un pronunciamiento de gran relevancia para la efectividad y materialización de los derechos de los pueblos indígenas, en la medida en que establece que el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en un trámite consultivo es exigible por vía de tutela.

Sin embargo, considero que la Sala incorporó un conjunto de consideraciones innecesarias (en términos argumentativos), que proyectan una sombra sobre lo realmente esencial de esta providencia. Así, la motivación inicia una exploración dogmática para determinar si estos acuerdos son contratos privados, actos administrativos o contratos estatales. El proyecto concluye, acertadamente, que no es así, que se trata de actos distintos, aspecto que confirmaría la inexistencia de medidas judiciales de defensa alternativas, o distintas a la acción de tutela.

En mi criterio, la respuesta era, a la vez más simple y más poderosa desde el punto de vista constitucional. Estos acuerdos son posiciones de derecho fundamental derivadas de la complejidad estructural del derecho a la consulta previa, de manera que su cumplimiento incide en la eficacia de un amplio conjunto de principios constitucionales: (i) los acuerdos suscritos en este escenario son el resultado del diálogo inter cultural entre la sociedad

mayoritaria y los pueblos étnicamente diferenciados, así que reflejan el pluralismo, la diversidad y la igualdad; (ii) las decisiones que se adoptan en consulta emergen desde un escenario participativo calificado, razón por la cual la consulta opera como un derecho fundamental autónomo y como instrumento para la defensa de los demás derechos y, muy especialmente, de la auto determinación de los pueblos y comunidades étnicas; (iii) obedecen a subreglas plenamente decantadas por la Corte Constitucional, según las cuales la consulta debe ser efectiva y basarse en el principio de buena fe; estándares que obviamente resultan frustrados ante el incumplimiento de lo acordado.

Como posición jurídica de derecho fundamental, y debido a la regla general de procedencia de la acción de tutela para la defensa o protección del derecho constitucional de los pueblos y comunidades indígenas, afro colombianas, palenqueras, raizales y rom, la discusión no requería la incursión doctrinaria plasmada en el fallo; en cambio, sí exigía destacar que un acuerdo de derecho fundamental debe ser cumplido de buena fe, si se pretende hacer realidad la propuesta del Estado multicultural, pluralista y diverso al que aspiraron los constituyentes de 1991.

Fecha ut supra.

María Victoria Calle Correa

Magistrada

1 A folios 11, 12 y 13, obra poder amplio suficiente para interponer acción de tutela, otorgado al abogado Carlos Emilio Camacho Quesada, por parte de los Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de las Veredas Campo Hermoso, Zacarías y Guadalito -Rio Dagua-, respectivamente. Asimismo, a folios 14, 15 y 16, constan las actas de registro No. 006 del 18 de febrero de 2015, 112 del 13 de diciembre de 2013 y 010 del 19 de septiembre de 2015, a través de las cuales los Consejos Comunitarios accionantes conformaron y registraron junta directiva y representante legal ante la Secretaría de Convivencia para la Sociedad Civil de la Alcaldía Distrital de Buenaventura.

2 Oficio proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga -Sala de Decisión

Constitucional-, que obra en el folio 116 del expediente.

3 Corte Constitucional. Sentencia SU-039/1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

4 Folio 196

5 Ibídem

6 Las últimas pruebas fueron allegadas al Despacho el día 16 de noviembre de 2016.

7 Ver Convenios y Actas de Liquidación a folios 126 y s.s.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 2014.

9 Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003

11 Artículo 2.1 del Convenio 169 OIT: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

12 Sentencia SU-039 de 1997

13 Corte Constitucional. Ver Sentencias T-576 de 2014, T-800/14 y T-969/14, C-615 de 2009, C-915 de 2010 y C-187 de 2011, entre otras. En la Sentencia C-1051 de 2012, se afirmó: “Inicialmente, la Corte ha explicado que el derecho a la consulta previa se extiende en favor de los diferentes grupos étnicos, cualquiera sea su origen y condición, entendiendo que el concepto comprende, para el caso colombiano, a las comunidades y pueblos indígenas y tribales, negros o afro-descendientes y raizales”.

14 Respecto del contenido del derecho fundamental a la consulta previa y las reglas jurisprudenciales enunciadas, se recomiendan especialmente los desarrollos efectuados por la Corte en las Sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009.

15 Sentencia C-389 de 2016. M.P. María V. Calle Correa.

16 Desde la Sentencia SU-039 de 1997, la Corte dejó claro que no puede tener el valor de

consulta previa “(...) la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales...”. Esta línea se ha ampliado para establecer que las notificaciones, informaciones, reuniones o audiencias públicas, no agotan el requisito de consulta previa.

17 Sentencia T-480 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

18 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

19 Sentencia T-764 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

20 Consultar, entre otras, las Sentencias SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-273 de 2006, T-093 de 2008, SU-037 de 2009, T-565 de 2009, T-424 de 2010, T-520 de 2010, T-859 de 2010, T-1043 de 2010, T-076 de 2011, T-333 de 2011, T-377A de 2011, T-391 de 2013, T-627 de 2013, T-502 de 2015 y T-575 de 2015.

21 T-441 de 2003, T-742 de 2002.

22 SU-622 de 2001, T-939 de 2012.

23 Ver entre otras, las sentencias: T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004, T-1012 de 2003. T-1140 de 2004, T-1093 de 2004, T-514 de 2003, T-1121 de 2003, T-662 de 2013, T-664 de 2012, T-783 de 2013, T-891 de 2013, T-222 de 2014, SU.377 de 2014, T-426 de 2014, T-606 de 2014, T-677 de 2014, T-678 de 2014, T-708 de 2014, T-718 de 2014, T-830 de 2014, T-847 de 2014, T-900 de 2014, T-084 de 2015, T-606 de 2015, T-607 de 2015.

24 M.P. Humberto Sierra Porto.

25 M.P. Adriana María Guillén Arango (E).

26 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

27 M.P. María Victoria Calle Correa.

28 En esa ocasión, la Corte precisó que “esta Corporación, les ha otorgado la categoría de sujetos de especial protección constitucional en razón de la existencia de una cultura

mayoritaria que amenaza la preservación de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas, su percepción sobre el desarrollo y la economía, su particular forma de ver la vida y de relacionarse con su entorno y el grave impacto que ha tenido el conflicto armado sobre sus territorios”.

29 En esa decisión se protegieron los derechos a la consulta previa y al territorio, con efectos inter comunis, de todas las comunidades indígenas y afrodescendientes que resultaron afectadas directamente con la expedición de las Resoluciones N.º180241, 0045 de 2012 y la Resolución N.º429 de 2013.

30 Sentencia T-547 de 2010 reiterada en Sentencia T-766 de 2015.

31 El Artículo 6 (2) del Convenio dispone que “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” -negrilla fuera de texto original.

32 Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

33 Sentencia de 17 de febrero de 2011. Expediente 2009-00080-01, Magistrado ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno // En Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Radicación número: 11001-03-26-000-1994-10227-01(10227), la Sección Tercera (C.P. Mauricio Fajardo Gómez, señaló “...el acto administrativo es, por definición, la manifestación de voluntad de una autoridad administrativa, en ejercicio de funciones administrativas, tendiente a producir efectos jurídicos”.

34 Cuya definición es la misma del Código Civil salvo que una de las partes que los suscribe es el Estado representado por sus distintas entidades.

35 Tal cual lo establece el Artículo 330 Superior que se relaciona con las funciones que competen a los territorios indígenas, en cuyo párrafo se estableció la obligación del Estado de propiciar la participación de los representantes de las comunidades asentadas en dichos territorios en la toma de decisiones relación con la explotación de los recursos naturales renovables y no renovables presentes en dichos territorios.

36 Así lo ha establecido la Corte Constitucional en amplia y reiterada jurisprudencia, entre

otras se tiene la Sentencia C-401 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa donde se manifiesta que: “Los convenios de la OIT ratificados por Colombia son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias. Además, es importante recalcar que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema, y que aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno. Así habrán de valorarlos especialmente los jueces y los funcionarios administrativos.” y así mismo sostiene que “De ninguna manera los convenios internacionales del trabajo pueden ser considerados simplemente como parámetros supletorios en el ordenamiento laboral. Independientemente de la definición acerca de cuáles son los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad, es claro que todos forman parte de la legislación interna, lo que significa que no pueden ser relegados, por regla general, a parámetros supletorios de interpretación ante vacíos normativos en el orden legal. Adicionalmente, aquellos convenios que integran el bloque de constitucionalidad han de ser aplicados por todas las autoridades y los particulares para asegurarse de que las leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios. Por lo tanto, al resolver “el caso controvertido” – en los términos del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo acusado en el presente proceso-, tales convenios son norma aplicable de manera principal y directa, y han de incidir en la determinación del alcance de las normas legales que también sean aplicables. Adicionalmente, los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto han de prevalecer en el orden interno (C.P., art. 93, inc. 1).

37 Arts. 15, 17, 22,27 y 28 del Convenio 169 de la OIT.

38 Paráfrasis de los artículos 6 y 7 de Convenio 169 de la OIT, tomados de la Sentencia T-764 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

39 Al respecto se pueden consultar las siguientes reglamentaciones: Decreto 2613 de 2013 y Directiva Presidencial No. 10 del 7 de diciembre de 2013.

40 Sentencia T-764 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

41 Sentencia T-764 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

42 Así lo ha manifestado la Corte Constitucional por ejemplo en las sentencias C-864 de

2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1105 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto

43 Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en múltiples y variadas providencias jurisprudenciales desde sus inicios y a modo de ejemplo se enuncian las siguientes sentencias las sentencias T-188 y T-380 de 1993, T-254 de 1994 y SU-510 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-139 y T-496 de 1996, T-523 de 1997, T-652 de 1998 y C-169 de 2001 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), SU-039 de 1997 y T-667A de 1998 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), T-030 de 2000 (M. P. Fabio Morón Díaz), T-606 de 2001 y T-375 de 2006 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-932 de 2001, T-603 y T-1090 ambas de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), T-1127 de 2001 y T-559 de 2006 (M. P. Jaime Araujo Rentería), T-782 de 2002 y T-811 de 2004 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), SU-383 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), T-552 de 2003, T-1238 de 2004 y C-030 de 2008 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), T-778 de 2005, T-009 de 2007 y C-461 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-979 de 2006, T-586 de 2007, T-769 de 2009, T-1045A de 2010 y T-680 de 2012 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), C-175 de 2009 y T-235 de 2011 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-615 de 2009 y T-745 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-909 de 2009 y T-433 de 2011 (M. P. Mauricio González Cuervo), T-547 de 2010, T-384A y T-461 ambas de 2014 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-129 de 2011 y T-172 de 2013 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-693 de 2011 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-376 de 2012 y T-247 de 2015 (M. P. María Victoria Calle Correa).

44 T-1105 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto

45 Según la Sentencia SU-768 de 2014: “...En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”. El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas

razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes”.

46 Ver Decreto 2613 de 2013 y Directiva Presidencial No. 10 del 7 de diciembre de 2013.

47 Ver precedente sobre certificación de comunidades en Sentencias T-652 de 1998, SU 383 de 2003, T-880 de 2006, T-547 de 2010, T-693 de 2011, T-698 de 2011, T-693 de 2012, T-933 de 2012, T-172 de 2013, T-294 de 2014 y T-436 de 2016, T-704 de 2016, entre otras.

48 Decreto 2613 de 2013: “Artículo 4. Certificación de presencia de comunidades étnicas. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior ejercerá la competencia exclusiva de certificación de presencia de comunidades étnicas para efectos de celebración de consultas previas. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER- suministrará oportunamente a la Dirección de Consulta Previa la información actualizada relativa a los resguardos legalmente constituidos, y en proceso de constitución, de comunidades indígenas y de títulos colectivos de comunidades negras. No obstante, el INCODER conservará la potestad de certificación en asuntos ajenos al ámbito de la consulta previa. La Dirección de Consulta Previa podrá solicitar a cualquier autoridad pública información necesaria para la expedición de la certificación de presencia de comunidades étnicas. Los requerimientos deberán responderse de manera expedita”.

49 T-698 de 2011: “...la consulta previa es exigible cuando una medida legislativa o administrativa afecta territorios habitados por minorías étnicas, independientemente de que su relación con dichos territorios no esté amparada por un título de propiedad ajustado a los estándares de la legislación civil”. En ese sentido, ver las sentencias T-880 de 2006 y T-1045A de 2010. En la Sentencia T-547 de 2010 la Corte precisó que la ausencia de asentamientos permanentes de comunidades indígenas en la zona del proyecto no descartaba el trámite de la consulta previa, porque, de todas maneras, el elemento de afectación directa estaba demostrado, en tanto que el proyecto en estudio incidía sobre el entorno territorial y sobre los lugares en los que los accionantes realizaban prácticas culturales. // En reciente pronunciamiento (T-704/16) la Corte estableció que el certificado es una ayuda, no vinculante o determinante para la satisfacción del derecho pues en él solo se puede determinar el traslape.

50 Ver Sentencias TT-652/98, SU-383/03, T-880/06, T-693/11 y T-698/11, entre otras.

51 Decreto 2613 de 2013: “Artículo 10. Convocatorias. La Dirección de Consulta Previa es la autoridad encargada de realizar las convocatorias y de dirigir las reuniones de consulta previa. La Dirección de Consulta Previa dirigirá las reuniones del proceso de consulta, garantizará la participación de todos los sujetos involucrados y buscará, en lo posible, la suscripción de acuerdos entre las autoridades, los responsables del POA y las comunidades étnicas.

Si durante el desarrollo de la consulta surgen temas que requieren tratamiento especializado de una autoridad no convocada por la Dirección de Consulta Previa, esta podrá citarla para que intervenga en las discusiones.

No obstante, si los temas a que se refiere el inciso anterior son ajenos al objeto de la consulta, la Dirección podrá remitirlos a las autoridades competentes para que estas presten el apoyo correspondiente”.

52 Decreto 2613 de 2013: “Artículo 11. Intervención de la autoridad ambiental competente en la consulta previa. La autoridad ambiental competente deberá participar en aquellas reuniones del proceso de consulta previa en que se prevea la identificación de impactos y medidas de manejo de aquellos proyectos para los que se deba expedir licencia ambiental”.

53 C-461 de 2008. “...La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: ‘el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo’.”

54 En estos talleres se deben hacer recorridos para identificar los impactos con base en sus usos y costumbres, también se deben conformar grupos focales para analizar e identificar los impactos de las comunidades, concertados con la comunidad, el ejecutor del proyecto o actividad y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Permanentemente debe

existir socialización respetuosa y retroalimentación interna a las comunidades de los resultados obtenidos en las reuniones de consulta previa.

55 Locución latina que traduce “Lo pactado obliga”.

56 Decreto 2613 de 2013: “Artículo 12. Comité de seguimiento. Con la protocolización de la consulta previa se dispondrá la creación de un Comité de Seguimiento que estará integrado, entre otros, por la Dirección de Consulta Previa, el ejecutor del proyecto, los organismos de control, autoridades ambientales y los representantes de las comunidades. El comité tendrá a su cargo la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en la consulta. Para estos efectos deberá reunirse periódicamente con la comunidad étnica consultada. Una vez el Comité de Seguimiento verifique el cumplimiento de los compromisos de la consulta, solicitará a la Dirección de Consulta Previa que convoque a las partes a la Reunión de Cierre de Consulta Previa”.

57 Sentencia T-764 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

58 Sentencias T-745 de 2010 y T-116 de 2011 (M.P. Humberto Sierra), T-091 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero), T-576 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas) y T-414 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero), entre otras.

59 A folios 11, 12 y 13, obra poder amplio suficiente para interponer acción de tutela, otorgado al abogado Carlos Emilio Camacho Quesada, por parte de los Representantes Legales de los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de las Veredas Campo Hermoso, Zacarías Rio Dagua y Guadalito Rio Dagua, respectivamente. Asimismo, a folios 14, 15 y 16, constan las actas de registro No. 006 del 18 de febrero de 2015, 112 del 13 de diciembre de 2013 y 010 del 19 de septiembre de 2015, a través de las cuales los Consejos Comunitarios accionantes conformaron y registraron junta directiva y representante legal ante la Secretaría de Convivencia para la Sociedad Civil de la Alcaldía Distrital de Buenaventura.

61 Sentencia T-428 de 1992.

62 Nuestro ordenamiento constitucional (Ver sentencias C-740 de 2003 reiterada en la C-795 de 2015).y, especialmente, el régimen civil han desarrollado además del concepto de buena

fe como mandato constitucional general, la figura de buena fe simple como principio y forma de conducta. Esta “equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones...” (...) “La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada” C-1194 de 2008.

63 Sentencia SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur)

64 Folio 140. “Acta de liquidación y pago convenio celebrado entre Alianza Fiduciaria S.A. como vocera y administradora del Fideicomiso PA2 Macroproyecto Buenaventura y el Consejo Comunitario de Zacarías Río Dagua (...) Objeto del contrato: dar cumplimiento a los compromisos adquiridos en virtud del proceso de consulta previa conforme las actas de pre-acuerdos y protocolización del consulta previa, suscrita con el Consejo Comunitario de Zacarías, Río Dagua de fecha 9 de febrero de 2013”.

65 Folio 134.

66 Folio 136.

67 Folio 137.

68 Folio 138.

69 Folio 126.

70 Valor inicial del contrato por \$600.000.000.00, saldo a favor del contratista por valor de \$30.266.417.00.

71 Valor inicial del contrato por \$240.000.000.00, saldo a favor del contratista por valor de \$48.758.908.00.

72 Acta Talleres de Impacto a folio 44-46.

73 Acta de Talleres e Impacto y Medidas de Manejo a folio 56-57.

74 Integrado por representantes de las Comunidades Negras, del Ministerio del Interior, del Macroproyecto de Vivienda de Interés Social Nacional San Antonio, de la Personería Distrital y de la Alcaldía Distrital de Buenaventura.

75 Constitución Política. “ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

76 Sala de Selección de Tutelas No. 7.