

Sentencia T-011/18

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Asociación en representación de comunidades indígenas

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Autoridad pública

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

Comoquiera que el objeto de la presente controversia gira en torno a la consulta previa de los pueblos indígenas, el amparo se torna procedente. En el pasado, esta Corporación ha reiterado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para resguardar este bien ius fundamental. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-766 de 2015, la Corte indicó 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 órdenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”.

CONSULTA PREVIA-Reiteración de jurisprudencia

CONSULTA PREVIA-Función

En la Sentencia T-766 de 2015, se indicó que la consulta cumple la función de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos, en especial, pero no exclusivamente, los territoriales. Se trata, por lo demás, de un mecanismo básico para preservar (iv) la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social, tal como se destacó en las Sentencias SU-383 de 2003 y SU-039 de 1997. A este respecto, por ejemplo, en la Sentencia C-395 de 2012, se señaló que este bien ius fundamental está “destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia

como grupos humanos”.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Fundamentos normativos

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental exigible cuando medida legislativa o administrativa afecta directamente un grupo étnicamente minoritario

En la sentencia T-766 de 2015, reiterando jurisprudencia, se indicó que: “la afectación directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando, aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse o bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine”.

CONSULTA PREVIA-Características

Entre otras, (i) debe ser adelantada por personas que representen realmente a la comunidad; (ii) debe estar antecedida de un proceso preconsultivo, en el cual es posible delimitar la forma como llevará acabo; (iii) debe ser realizada con antelación a la medida que pueda afectar directamente a la comunidad; (vi) debe tener la capacidad de generar efectos en la decisión y (v) debe partir de un enfoque diferencial, en el que se valoren los rasgos culturales que identifican a cada pueblo. Por último, si bien en algunos casos excepcionales se requiere el consentimiento informado de las comunidades, la atribución para decidir finalmente sobre el desarrollo una política estatal reside exclusivamente en las autoridades públicas, sin que por ello se entiendan autorizadas para incurrir en actos arbitrarios respecto de las resoluciones que adopten.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA-Improcedencia por cuanto no se acreditó afectación directa de comunidad indígena

Referencia: Expediente T-4.134.729

Acción de Tutela instaurada por la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu Shipia Wayúu contra el Ministerio del Interior, con vinculación oficiosa de Ecopetrol S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC., treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada en este caso por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez[1], quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de tutela proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

El Consejo Mayor de Alaulayuu del Resguardo de la media y alta Guajira, a través de su Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu Shipia Wayúu, demandó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales de petición y consulta previa. A continuación, se resumen los hechos relevantes de la causa:

El área contratada incluye una extensión total de aproximadamente 211.648 hectáreas, 3.283 metros cuadrados, ubicada dentro de las jurisdicciones de Uribia y Manaure en el Departamento de La Guajira y en aguas territoriales del Mar Caribe. Las actividades y operaciones permitidas por el contrato son las de exploración, evaluación, desarrollo y producción, las cuales se hallan delimitadas en el contrato respecto de su alcance[2].

1.1.2. Al momento en que se instauró la acción, Ecopetrol adelantaba el proyecto de exploración marina “Área de Perforación Exploratoria Marina RC9”[3], denominado por la empresa APEM RC9[4], el cual se localiza en la zona intermedia y profunda de la plataforma continental del Departamento de La Guajira, con profundidades que van desde los 20m hasta los 1100m, con una extensión aproximada de 59.138 hectáreas.

1.1.3. Respecto del área de influencia del proyecto APEM RC9, desde el año 2010, el Ministerio del Interior realizó varias visitas de verificación, pues en sus archivos no figuraban grupos étnicos. Sin embargo, paulatinamente se fue detectando la presencia de comunidades de la etnia Wayúu. Precisamente, en certificación 24 del 1º de febrero de 2013, se reconoció que en el área de perforación exploratoria se hallaba la presencia de los pueblos Marquito, Castillo, El Chorro, Alautatu, Uyaraipa e Hichiquepo, todas pertenecientes al Resguardo de la Alta y Media Guajira[5].

1.1.4. Luego se expidió la Resolución No. 24 del 23 de mayo de 2013, en la que a partir de una solicitud realizada por Ecopetrol el día 23 de enero del año en cita, se incluyó dentro del listado de comunidades Wayúu con presencia en el área del proyecto a las siguientes etnias: Alemasain, Juluwajuna, Totopana, Islamana y Jeyusira, pertenecientes igualmente al resguardo indígena de la Alta y Media Guajira[6].

1.1.5. A la par de este proceso, las comunidades indígenas de Ichien, El Sendero, Utalimana, Rosita, Waruntamana, Guainap y Jashumna, miembros del mismo resguardo previamente mencionado, conformaron la Asociación de Autoridades Tradicionales indígenas Wayúu Shipia Wayúu, la cual fue inscrita mediante Resolución No. 151 del 13 de noviembre de 2012 en el Registro de Asociaciones de Autoridades Tradicionales y/o Cabildos Indígenas[7], por parte del Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del citado Ministerio del Interior.

1.1.6. La Asociación Wayúu Shipia Wayúu, que actúa como demandante, sostiene que deriva su sustento de la pesca artesanal en el Mar Caribe del territorio colombiano, por lo que los pueblos que la integran también debe ser incluidos dentro del listado de comunidades afectadas, respecto de las cuales debe agotarse el proceso de consulta previa para llevar a cabo el proyecto en el área de perforación exploratoria APEM RC9.

1.1.7. Finalmente, la Asociación advierte que radicó el 9 de julio de 2013 un derecho de

petición, en el que solicitó información del proceso de consulta previa adelantado por el Ministerio del Interior, pues –según afirma– no tiene certeza sobre el alcance del proyecto, ni sobre el impacto que genera en la fauna y flora marina de los sectores que envuelven sus zonas de pesca. De acuerdo con lo expuesto en la demanda, al momento del ejercicio de la acción, el Ministerio no había dado respuesta alguna.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos relatados, la Asociación demandante solicitó al juez constitucional que amparara sus derechos fundamentales de petición y consulta previa. En cuanto al primero, señala que su vulneración se presenta al no recibir una respuesta oportuna por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, frente a la solicitud formulada 9 de julio de 2013 y reseñada en el acápite de hechos.

Adicional a lo expuesto, en lo que respecta al derecho a la consulta previa, la Asociación expuso que tal procedimiento sólo se ha efectuado con pocas comunidades que no tienen claro el impacto ambiental en el territorio, aspecto que, igualmente, entra en tensión con su cosmovisión, pues el impacto del proyecto no puede ser examinado de manera parcial, sin incluir a todas las comunidades que dependen del territorio afectado, el cual es uno solo. En su opinión, la consulta debería realizarse con todas las comunidades asentadas en el área geográfica de los municipios de Manaure y Riohacha.

Según se expone en la demanda, el proyecto de exploración incide negativa-mente en su seguridad alimentaria, pues genera impactos en la fauna y flora marina, con lo que se amenaza su supervivencia como pueblo ancestral, que depende –principalmente– de la pesca artesanal, como sustento alimentario de muchas comunidades. A lo anterior agrega que: “El pueblo Wayúu ha vivido amargas experiencias con los famosos proyectos de desarrollo, como lo ha sido El Cerrejón, que ha dejado pobreza, contaminación y que en nada ha beneficiado a la población indígena (...). Se ha perdido la base fundamental de la supervivencia, las fuentes de la economía tradicional y se ha fomentado el asistencialismo, con el argumento de las regalías que dejan los proyectos d de desarrollo”[8].

En consecuencia, la Asociación pide que se realice el proceso de consulta previa incluyendo también a las comunidades que la integran, siguiendo para el efecto los postulados reconocidos por la jurisprudencia constitucional, esto es, de manera pública, amplia,

transparente y de buena fe, en aras de reducir los impactos ambientales y sociales del proyecto de área de perforación exploratoria marina RC9.

1.3. Contestación de las partes demandadas

La acción constitucional fue admitida el 6 de septiembre de 2013 por parte de la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca[9], quien vinculó oficiosamente a la empresa Ecopetrol S.A.

1.3.1. Contestación de Ecopetrol S.A.

Ecopetrol intervino dentro del término concedido por la autoridad judicial de primera instancia para solicitar que la acción de tutela fuese declarada improcedente o, en subsidio, sea denegada. Para sustentar su primera solicitud, la empresa afirma que ha sido diligente en el proceso de identificar a las potenciales comunidades afectadas, sin que se encontrara dentro de las mismas a las que se hallan ubicadas en el resguardo de la Media y Alta Guajira, representadas por la Asociación Wayúu Shipia Wayúu. Como efecto de lo anterior, los pueblos interesados podían realizar un acercamiento directo al Ministerio del Interior o a la propia Ecopetrol, para demostrar las circunstancias por las cuales se consideran afectados y, por ende, son titulares del derecho a la consulta. En la medida en que no se adelantó ninguna gestión sobre el particular, la acción de tutela debe mantener su carácter subsidiario y, en tal sentido, improcedente respecto del caso concreto.

En lo que atañe a la pretensión subsidiaria, la empresa demandada indicó que el proyecto –que incluye la perforación de hasta cinco pozos exploratorios localizados dentro del APEM RC9[10]– no tendrá intervenciones en áreas continentales o territorios donde se encuentran asentadas las comunidades indígenas, pues las operaciones que sean necesarias se adelantarán desde puertos ubicados en Barranquilla, Santa Marta o Cartagena y serán aprobadas por la Dirección General Marítima (DIMAR) y coordinadas con la Capitanía del Puerto de Riohacha.

A pesar de lo anterior, se han expedido cinco actos administrativos por parte del Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa, en los que se han certificado la presencia de comunidades de la etnia Wayúu en el área de influencia marítima del proyecto, previa realización de cuatro visitas, toda vez que algunas de ellas realizan pesca

artesanal en el área a licenciar. Por tal razón, se inició a mediados del 13 de julio de 2011 el proceso de consulta previa, “cuyo objeto es garantizar la participación de las comunidades en la elaboración del estudio de impacto ambiental con el fin de identificar los posibles impactos del proyecto y las medidas para su manejo”[11].

Paulatinamente, el número de comunidades involucradas en el proceso ha ido aumentando, a partir de la certificación que sobre su presencia ha realizado el Ministerio del Interior. De esta manera, para diciembre de 2010 se puso de presente la existencia de 53 comunidades; para julio de 2011 se involucró a un total de 81; para agosto de 2011 el número subió a 103; para febrero de 2013 llegó a 109 y, finalmente, para mayo de 2013, se concretó un total de 119 comunidades Wayúu.

Según se afirma en el escrito de oposición a la demanda, el trámite adelantado hasta el momento se limita al desarrollo de la fase de preacuerdos, que incluye a las 119 comunidades ya mencionadas, más a un pueblo del corregimiento El Pájaro. Tan solo una vez se formalice todo el proceso de consulta, el mismo deberá protocolizarse ante la Agencia Nacional de Licencias Ambientales.

Del conjunto de las certificaciones realizadas, no se evidencia la presencia de las comunidades representadas por la Asociación en el área de influencia marítima del proyecto, ni ellas le manifestaron a la empresa su intención de participar en el proceso de consulta previa. De ocurrir lo anterior, se generaría la obligación de informar al Ministerio del Interior sobre esta nueva situación. Cabe resaltar que de los pueblos certificados, 33 realizan pesca artesanal de altura –que se lleva a cabo a más de 12 millas de la costa–; mientras que el resto lleva a cabo pesca artesanal de bajura, que se efectúa a una distancia no menor de una milla náutica ni mayor de 12 millas de la costa.

Para Ecopetrol es claro que el trámite realizado cumple con las exigencias que sobre la materia ha impuesto la jurisprudencia constitucional, pues no se limitó a fijar un área de influencia ex ante, sino a analizar de manera puntual, y con visitas de terreno, cuáles son las comunidades indígenas con posibles impactos socioambientales y, por lo mismo, respecto de las cuales cabe exigir la obligación de agotar el proceso de consulta. De esta manera, se concluye que existen elementos técnicos que sustentan su proceder, involucrando a las 119 comunidades a las que debe garantizarse su derecho de

participación, como pueblos que efectivamente forman parte del área de influencia del APEM RC9.

1.3.2. Contestación del Ministerio del Interior

El Ministerio del Interior solicita que sea negada la acción de tutela, en primer lugar, porque el derecho de petición fue resuelto mediante comunicación del 30 de julio de 2013 y, en segundo lugar, porque no se ha vulnerado el derecho a la consulta previa, por cuanto las comunidades que fueron certificadas son aquellas que efectivamente son susceptibles de verse afectadas con la ejecución del proyecto exploratorio RC9, sin que exista evidencia de que los pueblos representados por la Asociación tengan algún impacto directo, más aún cuando se han realizado más de tres visitas de verificación de área y las propias comunidades han impulsado parte del proceso que se encuentra en la etapa preconsultiva. Finalmente se resalta que siguiendo lo establecido en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, para el otorgamiento de la licencia ambiental se requiere la realización de la consulta previa, procedimiento que se debe protocolizar ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales[12].

En sentencia del 16 de septiembre de 2013, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca otorgó el amparo tan sólo respecto del derecho de petición. Para el efecto, es preciso señalar que la respuesta a la demanda de tutela por parte del Ministerio del Interior se aportó al proceso con posterioridad a la decisión de instancia, por lo que al presumir la veracidad de lo alegado, se ordenó al Director de Consulta Previa dar una respuesta a la solicitud formulada el 9 de julio de 2013.

En lo atinente a la consulta previa, tras señalar que la acción de tutela era procedente, argumentó que la competencia para certificar la existencia de comunidades étnicas recae el Ministerio del Interior, según lo previsto en el artículo 3 del Decreto 1320 de 1998[13], por lo que al haberse agotado tal trámite a instancia de Ecopetrol, incluso con varias visitas a la zona, no cabe duda de que ninguna de las comunidades representadas por la Asociación accionante se encuentra en el área de influencia del proyecto en mención, razón suficiente para negar el amparo solicitado respecto del citado derecho a la consulta[14].

III. PRUEBAS RELEVANTES APORTADAS AL PROCESO

a. Copia del contrato de exploración y producción de hidrocarburos No. 37 de 2007. Ronda Caribe Bloque RC9. (Cuaderno 1, folios 94 a 120).

b. Gráfico del Bloque RC9 y del proyecto de perforación marina APEM RC9, en el que se muestran las distancias a la costa que va de 16.4 km a 35.7 km, así como las áreas de cada uno de ellos. En la figura se presenta la ubicación del Bloque RC9, objeto del mencionado contrato (polígono rojo) y el área objeto de licenciamiento ambiental propio del proyecto APEM RC9 (polígono negro). (Cuaderno 1, folio 48)[15].

c. Cronología de actividades socioambientales del proyecto de perforación exploratoria marina RC9 presentado por Ecopetrol. En dicho documento se describe que, en un principio, tras revisar el Sistema de Información geográfica del INCODER, se consideró que el proyecto no se cruzaba con territorios legalmente titulados a resguardos indígenas. Sin embargo, tras llevar a cabo una visita de verificación, para el 9 de diciembre de 2010 se constató que se registraba la presencia de 53 comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto[16]. Tal número de pueblos aumentó luego de que se practicaran una segunda y tercera visita de verificación en los meses de julio y agosto de 2011[17]. Desde junio de 2011 hasta finales de 2013, se observa que Ecopetrol realizó con el apoyo del Ministerio del Interior varias reuniones de preconsulta con ciertas comunidades, así como de acercamiento y, posteriormente, de consulta previa. Este trámite se efectuó en distintos momentos y con disímiles comunidades. Adicional a lo expuesto, se afirma que el 28 de noviembre de 2012 se radicó ante la ANLA la solicitud de licencia ambiental, mediante la entrega del correspondiente Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EIA); procedimiento que, para agosto de 2013, todavía no había terminado. (Cuaderno 1, folios 90 a 93).

d. Estudio de Impacto Ambiental realizado por Ecopetrol y contenido en seis DVD. El primer disco acopia elementos cartográficos y descriptivos del proyecto, como la ubicación, áreas de influencia directa e indirecta, comunidades y la zonificación socioeconómica. Igualmente figura la zonificación ambiental, en la que se describe las zonas de sensibilidad bajo cuatro criterios: muy alta, alta, moderada y baja. Todas coinciden con el área del proyecto. En el segundo disco se incluyen anexos contentivos de aspectos relacionados con la consulta previa, como las actas de preconsulta con varias autoridades tradicionales, de

reuniones de apertura y de encuentros donde se trataron impactos y concertaciones de medidas de manejo. En el tercer disco se halla material audiovisual de las comunidades, la zona, fauna, flora y las actividades que allí se realizan, entre ellas, la pesca artesanal. En el cuarto, quinto y sexto disco también se observa material fotográfico de reuniones celebradas. (Cuaderno 1, folio 133).

e. Oficio del 1º de julio de 2011 de la coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia a Ecopetrol, en el que indica, tras una visita al área del proyecto, se registran las siguientes comunidades pertenecientes al Resguardo de la Alta y Media Guajira del pueblo Wayúu: “Oloskot, Calabacito, Atunarai, Churupa, Tapuaja, Alapalen, Casure, Katnillamara, Pasha, Herirapo, Hujulecat 1, Quinewamana, Santana, Neima, Urraichirrapa, Warralakatshi, Otculecat, Montaquer, Poncherramana, Bolombolo, Jetsa, Alesapoule, Huejulecat 2, Girrain, Walikle, Nanashitau, Tapua [y] Pactachon”. (Cuaderno 1, folio 122).

f. Memorando elaborado el 29 de agosto de 2012 por el Ministerio del Interior, en el cual se señala que la empresa Ecopetrol reportó 27 comunidades Wayúu, las cuales solicitan ser incluidas en el proceso de consulta previa del proyecto. Se indica que se procedió a verificar cuáles se hallaban en el área de influencia directa y se encontraron un total de 11, pero sólo cuatro de ellas se encontraban reconocidas por la Dirección de Asuntos indígenas del Ministerio del Interior, en la jurisdicción del municipio Manaure. Por lo anterior, se solicita la realización de un estudio etnológico para establecer si deben o no ser incluidas en el proceso de consulta previa. (Cuaderno 1, folio 201).

g. Resolución No. 0151 del 13 de noviembre 2012 expedida por el Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, en la que se inscribe la constitución de la Asociación Wayúu Shipia Wayúu (Asociación demandante), integrada por las siguientes comunidades: Ichien, El Sendero, Utalimana, Rosita, Waruntamana, Guainap y Jashumana, en el registro de Asociaciones de Autoridades Tradicionales y/o Cabildos Indígenas. Se afirma que todos los pueblos que la conforman pertenecen al Resguardo de la Alta y Media Guajira. (Cuaderno 1, folios 15 a 17).

h. Certificación No. 24 del 1º de febrero de 2013 expedida por el Ministerio del Interior. En este documento se indica que, tras una visita de verificación realizada en 2010 por el

Grupo de Consulta Previa del Ministerio Interior en el municipio de Manaure, se constató que en el área del proyecto “Área de perforación exploratoria marina RC9”, se encuentran las siguientes comunidades indígenas Wayúu: “Cangrejito, La Raya, Errapu, Kousepo, Sarrarapa, Nau Nau, Yotojoroin, Simalunachon, Kululatamana, Alitachon, Punta La Vela, Manzana, Ravera, Walitsirra, Mixto Patillal, Popoya Loma, Popoya Playa, Jawapia, Kuskat, Garciamana, Sirruwashi, Mapasirra, Sabanalarga, Pondore, Hurrachikat, Uriakat, Uriakat 2, Waii, Walermana, Warepo, Koushimana, Americas, Riohachamana, Parruluwain, Ampuita, Anuatakat, Chuchupa, Loma Verde, Pajaro Centro, Perrakisimana, San Tropel, Wayakasirra, Kuliruri, Kolonotsirra, Juyatira, Juluwaipa, Atchetkat, Panchomana, Tawaya, Musichi, Jamchekat, y Maracari”, pertenecientes al Resguardo Indígena de la Alta y Media Guajira. Finalmente, en el numeral sexto, se plantea que, de evidenciarse la presencia de más comunidades, tendrán que informar este hecho y solicitar que se inicie la consulta previa respectiva. (Cuaderno 1, folios 23 a 27).

i. Resolución No. 24 del 23 de mayo de 2013 proferida por el Director de Consulta Previa, que adiciona la certificación No 24 del 1º de febrero de 2013. En ella se resuelve incluir, como pueblos con interés directo, a las comunidades de “Alemasain, Juluwajuna, Totopana, Islamana y Jeysurira”, todas pertenecientes al Resguardo de la Alta y Media Guajira. Adicionalmente, se señala que no se identifican otros consejos comunitarios ni otros grupos étnicos en el área de influencia del proyecto. Sin embargo, también se enfatiza que: “En caso que él solicitante o un tercero constate la presencia de grupos étnicos en el área solicitada o identifique posibles actividades o impactos asociados que los afecte, será necesario realizar una visita de verificación, la cual según los resultados de la misma puede modificar el concepto final contenido en el presente documento”[18]. (Cuaderno 1, folios 18 a 22).

j. Petición presentada el 8 de julio de 2013 ante el Ministerio del Interior, en la cual la Asociación demandante solicitó la siguiente información: “Primero.- (...) [Se] nos indique que etapas de la consulta previa respecto al proyecto ‘AREA DE PERFORACIÓN EXPLORATORIA MARINA – APEM RC9’, [se han] adelantado por Ecopetrol S.A., en jurisdicción de los municipios de Manaure y Riohacha en La Guajira y jurisdicción del mar territorial caribe colombiano”. “Segundo.- (...) Se nos entregue un listado completo, la debida georeferenciación y un mapa de ubicación de cada una de las comunidades indígenas Wayúu del Resguardo de la Media y Alta Guajira de los municipios de Rioha-cha y Manaure

con las que viene adelantando la consulta previa. Tanto de las que se verificaron y las que certificaron por medio de resolución [del] Ministerio del Interior”. (Cuaderno 1, folio 10).

k. Respuesta del Ministerio del Interior a la petición formulada por la Asociación demandante del 30 de julio de 2013. En este documento se indica que se surtieron las etapas de preconsulta, instalación, taller de impactos, medidas de manejo y preacuerdos con varias comunidades dentro del área de influencia del proyecto. A continuación se mencionan un total de 120 pueblos certificados, incluyendo las coordenadas en donde se encuentra su ubicación geográfica. Por último, se adjunta un mapa que representa la localización especial de cada una de las citadas comunidades dentro del área del polígono del proyecto APEM RC9. (Cuaderno 1, folios 267 a 271).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

4.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 28 de noviembre de 2013, proferido por la Sala de Selección número Once.

4.2. Actuaciones adelantadas en sede de revisión y estado de la cuestión

4.2.1. El 19 de marzo de 2014, la Sala Tercera de Revisión decidió vincular al proceso a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), con el fin de que informara sobre el estado del proceso de otorgamiento de la licencia ambiental correspondiente al proyecto de área de perforación exploratoria APEM RC9, el tipo de licencia de que se trata y su alcance.

En respuesta del 31 de marzo del año en cita, la ANLA expuso que el proyecto APEM RC9 se encuentra en la etapa de evaluación del estudio de impacto ambiental presentado por Ecopetrol, para establecer si se otorga o no la licencia ambiental. Por lo demás, el concepto técnico que soporta dicha decisión está en elaboración y a la espera de los resultados del proceso de protocolización derivado del trámite de la consulta previa, cuya responsabilidad es de la dirección especializada en tal asunto del Ministerio del Interior.

Expuso que el tipo de licencia solicitada es exploratoria, por lo que “(...) no involucra la explotación o producción de hidrocarburos”[19]. En cuanto a la evaluación del proyecto, destacó los siguientes puntos:

- a. El inicio del trámite se dio a través del Auto 3754 de diciembre 5 de 2012.
- b. El 16 de septiembre de 2013 se realizó una visita de evaluación ambiental, siendo verificados aspectos “biofísicos y socioeconómicos”[20] del proyecto APEM RC9, con la participación de autoridades departamentales y nacionales, al igual que con comunidades indígenas Wayúu.
- c. El 6 de diciembre de 2013 se puso en conocimiento del Ministerio del Interior información sobre otras cinco comunidades indígenas Wayúu que podían verse afectadas con las actividades del proyecto, con el fin de ser incluidas en el proceso de consulta[21]. Tal Ministerio pidió que se ahondara en la explicación sobre el impacto que se podía generar, a través de comunicación del 24 de febrero de 2014. Al respecto, en oficio del 27 de marzo del año en cita, se manifestó que: “Durante la visita de evaluación ambiental efectuada por esta autoridad del 16 al 26 de septiembre de 2013, se realizaron conversatorios con las comunidades indígenas que participaron en el proceso de consulta previa y en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto. En desarrollo de estas actividades participaron las autoridades indígenas de las comunidades Kajuchon, Perrakat, Piyulachon, La Florida, Flor de Olivo y Chiparremanda, quienes manifestaron verbalmente que podrían verse impactadas por el proyecto referido, pues en el área definida como de influencia directa del mismo reportan que desarrollan actividades de pesca para su sustento”[22].
- d. Finalmente, se manifestó que al no existir un acto administrativo que autorice la perforación exploratoria, no procede todavía la realización de acciones de seguimiento.

4.2.2. En el mismo Auto del 19 de marzo de 2014 se solicitó al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, informar si las comunidades Ichien, El Sendero, Utalimana, Rosita, Waruntamana, Guainap y Jashumna, pertenecientes a la Asociación Wayúu Shipia Wayúu, fueron vinculadas al proceso de consulta previa adelantado en el área de perforación exploratoria marina RC9.

En respuesta del 1º de abril de 2014, el Director de Consulta Previa expuso que, desde el año 2010, se solicitó la certificación sobre la presencia de comunidades indígenas y/o negras en el área del proyecto de exploración marina RC9. En términos generales, reiteró las visitas realizadas a la zona de influencia y explicó que las certificaciones expedidas variaron, por cuanto la información que se remitía por parte de la empresa, atinente a las coordenadas del polígono, era distinta[23]. Por ello, en octubre de 2012, fue necesario aclarar las coordenadas y revisar nuevamente (i) las bases de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías; (ii) el consolidado de títulos colectivos 2011 del INCODER; y (iii) la información cartográfica del 2010 del IGAC[24]. Tras revisar dicha información, se constató la necesidad efectuar la verificación en terreno, procedimiento que también debe realizarse, siempre que se detecten otros grupos étnicos que, eventualmente, puedan resultar afectados. A continuación indicó que las comunidades “Ichien, el Sendero, Utalimana, Rosita, Waruntamana, Guainap, y Jashumana, pertenecientes al Resguardo de la Alta y Media Guajira, NO han sido vinculadas al proceso de consulta (...) por no haberse certificado su presencia dentro del área de dicho proyecto. Lo anterior en virtud de que conforme a los conceptos técnicos emitidos en los actos administrativos números OFI11-33286 – GCP-0201 y la certificación número 24 de febrero 1º de 2013, dichas comunidades ahora tutelantes no fueron encontradas o registrada su presencia en el área de influencia del proyecto (...)”[25]. Por último, se insistió en que la certificación es una actuación que se deriva de la solicitud de la empresa interesada, como se deriva de lo dispuesto en el artículo sexto de la certificación 24 de 2013[26]. Para ello, toda compañía debe tener en cuenta que la afectación directa es entendida como la “intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias”[27].

En respuesta del 31 de marzo del año en cita, Ecopetrol S.A. señaló que las actividades se limitan a la exploración y evaluación de posibles yacimientos de hidrocarburos en el área contratada, con la perforación de un pozo explora-torio A3, denominado Molusco 1. Para el efecto, se requiere el trámite y la obtención de una licencia ambiental por parte de la ANLA, en cuya etapa previa se exige la certificación de la presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto. De ello se han expedido cinco actos administrativos, con un total de 119 comunidades certificadas. Luego de que se obtenga la licencia, se dará inicio a una etapa operativa, que implicará “[la] compra de cabezales y tubería; [la] contratación de los servicios de perforación, de taladro, de logística y base de operaciones de perforación,

embarcaciones de poyo, helicópteros, entre otros; y [la] etapa de perforación que consta de la movilización de la plataforma de perforación, perforación del pozo, realización de pruebas cortas de producción y desmantelamiento y abandono del pozo”[28].

4.2.4. En escrito del 3 de febrero de 2017, Ecopetrol puso en conocimiento de la Corte los avances que existen en el asunto objeto de controversia. Inicialmente, reitera que el mismo no desarrollará actividades en el Resguardo de la Alta y Media Guajira, ni el territorio continental. Por tal razón, la medición de los impactos se estableció con base en el análisis de las comunidades que despliegan actividades de pesca tradicional en el área del proyecto, sin que ella se identificara a los pueblos que integran a la Asociación accionante.

A continuación, Ecopetrol explicó que adelantó el proceso de consulta previa con las 119 comunidades identificadas y también obtuvo la licencia ambiental mediante Resolución del 15 de agosto de 2014, la cual fue aclarada mediante Resolución 830 del 16 de julio de 2015. En ningún momento, en el tiempo destinado al trámite de estos procesos, la Asociación accionante indicó su ubicación, ni precisó las dinámicas de pesca que supuestamente desarrolla. En este punto, se insiste en que la no certificación se justificó en que los pueblos miembros de dicha Asociación no fueron identificados “(...) en los múltiples diagnósticos de pesca realizados en el área y [en los] diferentes estudios que pretenden determinar las comunidades que de acuerdo [con] sus costumbres, usos y artes de pesca desarrollan sus actividades en el área definida como área de influencia del proyecto”[29].

Dentro del proceso para obtener la licencia ambiental, se cumplió a cabalidad con los estudios de viabilidad socioambiental del proyecto, trámite en el que se expidió cinco actos administrativos por parte del Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa, certificando –como ya se dijo– un total de 119 pueblos en el área de influencia, después de haber realizado cuatro visitas de verificación en la zona, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 3 del Decreto 1320 de 1998[30]. Para ilustración de este Tribunal, se puso de presente que el pozo exploratorio (Molusco 1) estará ubicado a una distancia cuyo punto más cercano con la línea continental se hallará a 28 kilómetros. El siguiente gráfico revela tal situación[31]:

La identificación de las comunidades dentro del área de influencia se basó, según se aprobó en el Estudio de Impacto Ambiental, en la práctica de la pesca tradicional. En dicho documento, se expuso expresamente que:

“Desde una perspectiva socioeconómica y cultural, el AID se definió como las comunidades de la etnia Wayúu ubicadas entre la desembocadura del río ranchería (Riito) y el sector de Musichi (Sur de Manaure) que tienen como actividad principal para su sustento la pesca artesanal y que fueron certificadas por el Ministerio del Interior, a partir de las coordenadas del polígono del APEM RC9 referido en el espacio donde se plantea realizar las actividades de perforación exploratoria (...). Este Ministerio se pronunció certificando 119 comunidades, pertenecientes al resguardo de la Alta y Media Guajira. Adicionalmente se incluyó al corregimiento El Pájaro, debido a que en este habitan pescadores y algunos de ellos realizan su actividad en el APEM.

Es importante aclarar que de acuerdo al Decreto 2256 de 1991 en esta área se realizan tres tipos de pesca: a) costera, a una distancia no mayor de una milla náutica de la costa; b) de bajura, a una distancia no menor de una milla ni mayor de doce millas náuticas de la costa y c) de altura, cuando se lleva a cabo a más de doce millas de la costa, siendo esta última la que podría verse más impactada por las actividades del proyecto. De acuerdo [con] la información levantada en la línea base, de las 119 comunidades certificadas por el Ministerio 33 desarrollan pesca artesanal de altura y[,] por ende, se afectarían de manera puntual y 86 realizan pesca de bajura”[32].

Partiendo de esta información se pudo constatar lo siguiente:

a. De las 119 comunidades consultadas solamente 33 tienen la capacidad de realizar pesca de altura, es decir, con embarcaciones dentro del área licenciada APEM RC9 y conocimiento de pescadores.

b. Las 86 comunidades restantes desarrollan pesca de bajura, “lo que implica que por las artes de pesca que utilizan y las embarcaciones que poseen, solo pueden llegar a corta distancia de la costa e incluso desarrollan sus actividades dentro de lagunas continentales que no tienen salida al mar caribe. Muchos de ellos practican el buceo a pulmón, lo cual es

una práctica tradicional entre los Wayúu. Por estas comunidades no llegan al área de ejecución del proyecto Molusco.”[33]

De lo anterior se presenta la siguiente gráfica donde se aprecia el diagnóstico sobre el tipo de pesca que realiza cada comunidad, en la que se observa aquellas que realizan procesos de pesca de altura.

c. Las condiciones y capacidades de pesca de cada comunidad son reconocidas entre sí, “teniendo en cuenta que es una actividad tradicional cuyo conocimiento se adquiere por parte de los miembros de la comunidad de generación en generación, sumado al hecho de que en el área se reconocen puntos específicos de desembarco y de comercialización de la producción de cada comunidad, en donde fácilmente se identifican las comunidades locales y aquellas que eventualmente proceden de otro lugar”[34]. Esta gráfica exterioriza los puntos de desembarco a lo largo del margen costero, como criterio igualmente utilizado para determinar a las comunidades afectadas[35].

d. Las visitas, solicitudes y el EIA demuestran que la recolección de información se realizó de forma rigurosa y, en opinión de Ecopetrol, tuvo en cuenta a todas las comunidades pescadoras, “incluso aquellas que en su momento manifestaron que no habían sido tenidas en cuenta para el proceso de consulta previa”[36]. En este punto, la empresa destaca que este último proceso inició con la primera certificación en diciembre de 2010 y concluyó con la protocolización del 31 de marzo de 2014. Durante todo ese tiempo, “no se recibió ninguna solicitud de inclusión en el proceso por parte de otras comunidades diferentes [a las involucradas en dicho trámite], ni expresa-mente por parte de las comunidades tutelantes”[37]. “Así mismo, el proceso desarrollado tuvo amplia difusión entre las autoridades tradicionales, autoridades civiles nacionales, locales y comunidades, por lo que es posible para esta empresa reiterar lo señalado al juez de tutela en primera instancia, al afirmar que las comunidades pertenecientes a la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu Shipia Wayúu, posteriormente tutelantes, no manifestaron en ningún momento del desarrollo del proceso su interés en la participación del mismo, pese a que (...) fue conocido ampliamente entre las comunidades pesqueras de [los] municipio[s] de

Manaure y Riohacha, quienes ejercen por sus lazos interclaniles control social, advirtiéndole si existen condiciones que ameriten que otros grupos o comunidades participen del proceso.”[38] El siguiente gráfico exterioriza la localización de las comunidades participantes del proceso dentro del territorio continental[39]:

e. A lo largo de estos procesos fue necesario realizar un Estudio Geofísico de Riesgos Geológico, con el propósito de “(i) identificar la profundidad y relieve del fondo marino; (ii) identificar la existencia de sedimentos superficiales inestables; (iii) determinar arrecifes coralinos no identificados; (iv) localizar objetos sobre el lecho marino (tendidos de cableado, líneas de flujo, etc.) Esta actividad se realizó en un área de 3x3, con la embarcación MV Poseidón”[40]. Durante su ejecución, igualmente destinada a comprobar que la operación no generara riesgos para las personas, se presentaron cuatro reclamaciones por afectación de las artes de pesca en la zona del proyecto, provenientes de las comunidades Saralapaz, Mayapo y La Raya, quienes fueron parte del proceso de consulta previa y cuyas quejas fueron oportunamente atendidas mediante la aplicación de un procedimiento de investigación y de compensación. Igual proceder tuvo lugar con un Estudio de Geotecnia realizado en octubre de 2015, con el propósito de determinar la resistencia del suelo marino respecto de la plataforma de perforación, para lo cual se utilizó la embarcación “MV Geoexplorer”. De su operación se derivaron dos reclamaciones de la comunidad Mayapo, las cuales fueron resueltas y gestionadas. Por consiguiente, en criterio de la empresa demandada, es claro que ni siquiera como consecuencia de estas actividades, las comunidades que integran la Asociación accionante se hicieron presentes, ni tampoco gestionaron algún tipo de reclamación. Por el contrario, su práctica “fortaleció el relacionamiento con las comunidades consultadas y el conocimiento de sus dinámicas económicas, lo cual nutre el proceso de maduración y planeación con miras a la perforación del pozo Molusco 1”[41].

Más allá de lo expuesto, Ecopetrol destaca la importancia del proyecto, la cual se centra en la búsqueda de gas natural, cuyas reservas probadas para el país alcanzan en promedio los 9,8 años, con la particularidad de que su demanda ha venido creciendo en los sectores residencial, vehicular e industrial. En concreto, se afirma que la oferta entraría en déficit contra la demanda a partir del año 2020. Bajo este contexto, se afirma que el pozo Molusco

1 aspira a brindar la oportunidad de encontrar nuevos hallazgos de gas, solucionando los problemas futuros de abastecimiento. Para concluir destaca que la perforación del pozo es parte del cumplimiento directo del contrato de exploración y producción de hidrocarburos que se suscribió con la ANH, en cuya etapa previa de ejecución se ha utilizado una suma cercana a \$ 16.900.000 millones de dólares. Dentro de ese monto se incluye el proceso de consulta previa que implicó una inversión para Ecopetrol “(...) de dos millones de dólares (USD 2.000.000) y representa una expectativa de compensación para las comunidades consultadas, que se concretará con la ejecución del proyecto exploratorio equivalente a mil ochocientos millones de pesos (\$ 1.800.000.000)”[42].

Finalmente, a pesar de considerar que la tutela no está llamada a proceder, la empresa demandada solicita que, en subsidio y en caso de resultar viable el reclamo que se realiza por la Asociación accionante, se adopte una medida intermedia que no conduzca a la suspensión del pozo exploratorio Molusco 1, por las razones de interés general que se han expuesto y los recursos que se han comprometido.

4.3. Delimitación del caso, problema jurídico y esquema de resolución

4.3.1. Dentro del Bloque RC, ubicado en el mar caribe colombiano, se viene adelantando un proyecto exploratorio de hidrocarburos denominado APEM RC9, como derivación de un contrato de exploración y producción de hidrocarburos del año 2007, suscrito entre la ANH y Ecopetrol.

Desde el 2010, la citada empresa ha solicitado certificaciones a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior dirigidas a constatar la presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia del proyecto. En un principio, se consideró que no existían comunidades afectadas. Sin embargo, tras constatar que las bases de datos no brindaban información plena, de realizar visitas de campo y de verificar las coordenadas del bloque, se evidenció la presencia de varios grupos de la etnia Wayúu.

En un proceso extenso de casi tres años, se concluyó con la certificación y verificación de 119 comunidades con afectación directa, básicamente por la demostración del impacto que en ellas se generaba respecto de la actividad de pesca artesanal, tanto en la modalidad de pesca de altura, como en la tipología que se denomina pesca de bajura. En la medida en que se fue desarrollando este proceso de identificación, se fue, asimismo, adelantado el

trámite de consulta previa, cuyo inicio se remonta al 8 de junio de 2011[43], concluyendo a mediados del año 2014, con el otorgamiento de la licencia ambiental[44], la cual fue aclarada mediante Resolución 830 del 16 de julio de 2015.

Más allá del carácter amplio y participativo del citado proceso, por medio de la presente acción de tutela, se cuestiona que los pueblos que integran la Asociación denominada Wayúu Shipia Wayúu no hayan sido llamados al procedimiento de consulta previa, a pesar de tener presencia en el Resguardo de la Alta y Media Guajira, conforme se deriva del acto de inscripción en el registro de Asociaciones de Autoridades Tradicionales y/o Cabildos Indígenas del Ministerio del Interior, tal como consta en la Resolución 151 de 2012[45]. Como integrantes de dicha organización aparecen las comunidades Ichien, El Sendero, Utalimana, Rosita, Waruntamana, Guainap y Jashumana[46].

4.3.2. Con fundamento en lo expuesto, en la acción de tutela se invoca la protección de los derechos de petición y de consulta previa. El primero, en cuanto supuestamente no se otorgó respuesta a una solicitud radicada el 9 de julio de 2013 ante el Ministerio del Interior, en la que se pide información sobre las etapas del proceso de consulta previa, y se requiere la entrega de una lista completa de las comunidades que venían adelantado dicho trámite, junto con un mapa de ubicación y la debida georeferenciación[47].

Sobre el particular, ante la falta de contestación en término de la demanda de tutela por parte del Ministerio del Interior, el juez de instancia decidió decretar su amparo, con sujeción a la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991[48], ordenando que se conceda una respuesta en el término máximo de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, de fecha 16 de septiembre de 2013[49].

Con posterioridad al momento en que se adoptó la decisión previamente reseñada, consta en el expediente que el Ministerio del Interior radicó su escrito de oposición a la solicitud de amparo, y en él adjuntó copia de la respuesta que se dio a la petición del 9 de julio de 2013. Al revisar su contenido, se advierte que, además de ser de fondo, satisface las exigencias mínimas de claridad, efectividad, suficiencia y congruencia que emanan de la garantía consagrada en el artículo 23 del Texto Superior[50]. En efecto, allí se aprecia que (i) las etapas del proceso de consulta previa serán las de preconsulta, instalación, taller de impactos, medidas de manejo y acuerdos. Luego de lo cual (ii) se transcribe el listado

completo de las comunidades certificadas, incluyendo (iii) las coordenadas de su ubicación (este, norte, longitud y latitud) y (iv) un mapa geoespacial que permite su visualización.

Tal respuesta se encuentra en un oficio con fecha de expedición del día 30 de julio de 2013, esto es, dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la petición, tal como lo dispone el artículo 14 del CPACA[51]. No obstante, su puesta en conocimiento a la Asociación accionante tan solo se realizó hasta el 10 de septiembre del año en cita, según se deriva de la firma de recibido que aparece en la copia que fue incorporada al expediente de tutela[52]. Sobre el particular, como se advertido en otras oportunidades, una de las garantías que surgen del derecho de petición, es que la solución que se brinde debe ser informada al interesado con prontitud, pues, de lo contrario, su omisión se equipara a una falta de respuesta. Así lo ha destacado la Corte, al sostener que “si lo decidido no se da a conocer al interesado, el efecto en uno y otro caso es el mismo desde el punto de vista de la insatisfacción del derecho.”[53]

Por lo anterior, aunque es claro que le asistía razón a la Asociación Wayúu Shipia Wayúu cuando reclamó la protección de su derecho de petición, lo cierto es que para el momento en que se adoptó la decisión de instancia, ya no cabía proferir un fallo de fondo sobre la materia, pues se trataba de un asunto en el cual existía una carencia de objeto, toda vez que, como se expuso, la Asociación demandante ya había sido informada sobre lo requerido en su solicitud. En la práctica, se estaba en presencia de un hecho superado, sí se tiene en cuenta que durante el curso de la acción de tutela se obtuvo la satisfacción de lo pretendido.

A juicio de esta Sala de Revisión, tal circunstancia excluye la adopción de una nueva determinación en este punto, pues además de que ello resultaría inocuo, sería contrario al fin de protección previsto para el amparo constitucional. Por consiguiente, en la parte resolutive de esta sentencia, se revocará la decisión adoptada respecto del derecho de petición por parte de la Subsección A, de la Sección Primera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, se declarará la carencia actual de objeto, por las razones ya expuestas. Ello conduce a que, el asunto sobre el cual se pronunciará la Corte, se circunscriba al segundo derecho invocado, esto es, la consulta previa.

4.3.3. En cuanto al citado derecho y retomando los aspectos generales del caso

previamente planteados, cabe señalar que la Asociación Wayúu Shipia Wayúu expone que las comunidades que la integran también deben ser objeto del pro-ceso de consulta previa, toda vez que habitan en la zona de la Media y Alta Guajira, teniendo como base de su economía la pesca tradicional. De ahí que, “el mar hace parte de nuestro territorio ancestral”[54], el cual debe ser visto como un espacio común a todos, sin que quepa la fragmentación del pueblo Wayúu.

Al momento de ejercer su derecho de defensa, Ecopetrol indicó que solicitó las certificaciones respectivas a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la cual expidió cinco actos administrativos identificando un total de 119 comunidades en el área de influencia, la mayoría fueron incluidas con ocasión de las labores de georeferenciación y visitas realizadas, sin perjuicio de que otras llegaron al proceso previa notificación de la compañía o porque se hicieron presentes y acreditaron su condición en las jornadas de preconsulta que se practicaron a instancias del Ministerio. Afirma que se trató de un proceso extenso de aproximadamente cuatro años, en el que se realizó una ardua labor de caracterización de los pueblos afectados, incluyendo la práctica de cuatro visitas de verificación en la zona. Como el proyecto no tiene impacto en las áreas continentales, la afectación directa se determinó por las repercusiones causadas en el área marítima, siendo el criterio de identificación el desarrollo de procesos de pesca artesanal, de altura y de bajura, en la zona de intervención del pozo Molusco 1. En ningún momento, en la ejecución de este trámite, se acreditó por la Asociación accionante las dinámicas de pesca que supuestamente desarrollan, los lugares de desembarco o su ubicación exacta, con miras a determinar si tenían algún tipo de impacto. Por lo demás, ninguno de los 119 pueblos involucrados, ni las autoridades competentes, constataron o advirtieron sobre su presencia, en especial, cuando con ocasión del Estudio de Impacto Ambiental, se logró una individualización plena de las comunidades de la zona, el diagnóstico del arquetipo de pesca que practican y las zonas de desembarco que usan a lo largo del margen costero. Finalmente, se pone de presente que, a diferencia de otras comunidades, los miembros de la Asociación no han realizado ninguna reclamación como consecuencia de los estudios que se han llevado a cabo, ni de las actividades materiales que han tenido impacto, lo que constata aún más su falta de afectación directa frente a las obras que se han impulsado, las cuales son transcendentales para efectos de dar respuesta al déficit de reservas de gas natural que se presenta en el país.

Por su parte, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior afirma que las comunidades que fueron certificadas son aquellas que efectivamente son susceptibles de verse afectadas con la ejecución del proyecto exploratorio RC9, sin que exista evidencia o prueba alguna de que los pueblos representados por la Asociación tengan algún impacto directo, sobre todo cuando el proceso ha sido desarrollado sobre la base de visitas de verificación en zona y con un componente participativo ampliamente valorado por los interesados.

Por último, la ANLA destaca que en el proceso de licenciamiento ambiental se han llevado a cabo las visitas de evaluación, teniendo en cuenta los aspectos biofísicos y socioeconómicos del proyecto, en el que se contó con la participación de autoridades departamentales y nacionales, al igual que con comunidades indígenas Wayúu. Precisamente, en desarrollo de una visita del 16 al 26 de septiembre de 2013, se propuso la caracterización de otras comunidades que manifestaron verse afectadas y cuyo examen se remitió, por razones de competencia, al Ministerio del Interior[55].

4.3.4. De los hechos relatados y probados en la causa, corresponde a esta Sala de Revisión establecer si se vulneró o no el derecho a la consulta previa de las comunidades que integran la Asociación Wayúu Shipia Wayúu, al no ser incorporadas en el proceso adelantado con ocasión del proyecto de exploración marina APEM RC9 ejecutado por Ecopetrol. Para resolver el anterior problema jurídico, inicialmente la Sala examinará los requisitos de procedencia de la acción de tutela y, en el caso de que ellos se cumplan, se referirá al derecho a la consulta previa en el marco de las actuaciones administrativas. Con sujeción a lo expuesto, se solucionará el asunto objeto de revisión.

4.4. De la procedencia de la acción de tutela

4.4.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, toda persona puede instaurar acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales, cuando quiera que ellos se vean amenazados o vulnerados por las actuaciones u omisiones de cualquier autoridad pública o, en determinados casos, de particulares. Igualmente, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la tutela podrá ser instaurada a través de representantes legales o mediante apoderados judiciales, que resulta posible agenciar derechos ajenos y que puede ser promovida por el Defensor del Pueblo o los personeros municipales[56].

En el asunto sub-judice, la legitimación por activa se invoca por parte de una asociación que representa a varias comunidades indígenas. Sobre el particular, esta Corporación ha indicado que dichos pueblos son, en sí mismos, sujetos de derecho[57] y, por ello, la protección de sus bienes ius fundamentales puede ser invocada por las organizaciones existentes que detentan su representación, por ejemplo, cuando quiera que se estén afectando bienes constitucionales ligados a su supervivencia.

Un antecedente en el que se vislumbra lo anterior, es la Sentencia T-766 de 2015[58], en la que, tras reiterar la jurisprudencia de esta Corporación, se señaló que: “(...) cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos que, por ejemplo, conceden una licencia ambiental, (...) cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente”. Dicho esto, indicó que “(...) tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”[59].

De esta manera, en el expediente consta que quien instauró la acción de tutela, es el señor Javier Rojas Uriana, quien aparece como presidente y representante de la Asociación Wayúu Shipia Wayúu, dentro de la Resolución No. 151 del 13 de noviembre de 2012, a través de la cual la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior formalizó la inscripción de la citada organización, en el registro de Asociaciones Tradicionales y/o Cabildos Indígenas[60]. Como consecuencia de este acto de registro, la referida Asociación quedó habilitada para realizar todo de tipo acciones que permitan el “desarrollo integral de las comunidades indígenas”[61] que la integran, incluyendo la adopción de medidas para fomentar y garantizar sus derechos.

Por consiguiente, es claro que la Asociación Wayúu Shipia Wayúu, al tener como propósito incidir en las cuestiones relativas a las comunidades indígenas que la componen, ejerce un rol de representación, que satisface el requisito de legitimación por activa, pues lo que es objeto de debate es la garantía del derecho a la consulta previa, respecto de los pueblos

afiliados dentro de una misma estructura organizativa.

4.4.2. En relación la legitimación por pasiva, el artículo 86 del Texto Superior establece que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley[62]. En este contexto, según lo señalado de manera reiterada la Corte, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión[63].

En el asunto bajo examen, no cabe duda de que todos los demandados son autoridades públicas frente a las cuales cabe el ejercicio de la acción de tutela. Así ocurre con (i) el Ministerio del Interior y (ii) con Ecopetrol S.A. Ambos corresponden a organismos que integran de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998[64]. En particular, respecto de Ecopetrol, cabe destacar que su incorporación se realiza por virtud de su condición de sociedad de economía mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con lo establecido en la Ley 1118 de 2006[65].

Por lo demás, frente a ambas entidades es posible imputar la presunta vulneración del derecho invocado, comoquiera que el artículo 3 del Decreto 1320 de 1998 le asigna la labor de certificación de comunidades afectadas al Ministerio del Interior[66]; al mismo tiempo que le impone al interesado (en este caso, a Ecopetrol) la labor de informar de aquellos casos en los que, pese a la falta de individualización, se percata la presencia de pueblos que se vean afectados dentro del área de influencia del proyecto[67].

En conclusión, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[68], ambas entidades demandadas se encuentran legitimadas por pasiva en el presente asunto, dada su calidad de autoridades públicas y en la medida en que se les atribuye la vulneración del derecho a la consulta previa, objeto de discusión en esta causa.

4.4.3. La procedibilidad de la acción de tutela también exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental[69]. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el principio de inmediatez[70].

En relación con el caso objeto de estudio, la Asociación Wayúu Shipia Wayúu instauró la acción de tutela el 4 de septiembre de 2013, frente a hechos que si bien se remontan a noviembre de 2010[71], cuando se hizo la primera verificación de comunidades en el área de influencia del proyecto, no dejaron de tener un carácter permanente en el tiempo, en tanto que el proceso de identificación de pueblos con afectación directa dio lugar a varias visitas y a cinco certificaciones distintas, la última de ellas del 23 mayo de 2013, esto es, menos de cuatro meses antes de la interposición de la acción, término que se ajusta al componente de razonabilidad temporal que explica la procedencia del amparo.

4.4.4. Finalmente, en lo que atañe a la satisfacción del principio de subsidiaridad, comoquiera que el objeto de la presente controversia, como fue sustentado en líneas precedentes, gira en torno a la consulta previa de los pueblos indígenas, el amparo se torna procedente. En el pasado, esta Corporación ha reiterado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para resguardar este bien ius fundamental. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-766 de 2015[72], la Corte indicó 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 órdenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”.

4.5. De la consulta previa en el ámbito de las actuaciones administrativas. Reiteración de jurisprudencia

4.5.1. Parámetros generales de la consulta previa

4.5.1.1. De conformidad con el artículo 1º de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, que tiene en el pluralismo una de sus características. De ella se derivan un conjunto de mandatos establecidos dentro de los principios fundamentales de la Carta, como lo son el reconocimiento y protección de la

diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana[73], que también es contemplada como una riqueza que debe ser protegida por el Estado, al igual que por todas las personas[74]. De hecho, en el pasado, específicamente en la Sentencia C-891 de 2002[75], dentro de un juicio de constitucionalidad en el que se discutía la vulneración de la consulta previa en la expedición del Código de Minas, esta Corporación indicó que nuestro ordenamiento jurídico excluye la validez de una postura cognoscitiva que plantee la existencia de una única sociedad del conocimiento. Así las cosas, se consideró que del pluralismo se deriva el principio de diversidad étnica y cultural, siendo la realización de la consulta previa una manifestación de éste último.

4.5.1.2. Ahora bien, para la Corte, la consulta también tiene relación con otros principios y derechos, entre ellos, la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas[76], que se liga directamente con el derecho de participación. Precisamente, en la Sentencia T-693 de 2011[77], se expuso lo siguiente:

“(…) el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan. Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley”.

4.5.1.3. De este modo, en la Sentencia T-766 de 2015[78], se indicó que la consulta cumple la función de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos, en especial, pero no exclusivamente, los territoriales. Se trata, por lo demás, de un mecanismo básico para preservar (iv) la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social, tal como se destacó en las Sentencias SU-383 de 2003[79] y SU-039 de 1997[80]. A este respecto, por ejemplo, en la Sentencia C-395 de 2012[81], se señaló que este bien ius fundamental está “destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y

económicos, como medio para asegurar su sub-sistencia como grupos humanos”.

4.5.2. Parámetros normativos de la consulta previa

4.5.2.1. Múltiples normas dentro de la Carta le dan sustento a la consulta previa. De conformidad con la Sentencia C-030 de 2008[82], “es expresión y desarrollo del artículo primero de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa; del artículo 2, que establece como finalidad del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; del artículo 7 Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del artículo 40.2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática y del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad. Adicionalmente, tratándose de explotación de recursos naturales, el parágrafo del artículo 330 de la Carta establece que: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Igualmente, tal y como fue indicado en la Sentencia C-389 de 2016[83], la consulta previa se halla ligada a los mandatos constitucionales atinentes al derecho de las comunidades de participar en las decisiones que puedan afectar el ambiente sano, tal y como lo dispone el artículo 79 de la Constitución[84] y a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, que se refiere a la participación como un principio orientador de la política ambiental[85].

4.5.2.2. La consulta previa también encuentra fundamento normativo, en normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como lo es el Convenio 169 de la OIT. En efecto, de conformidad con el literal a) del artículo 6 de dicho instrumento, “[al] aplicar las disposiciones del (...) Convenio, los gobiernos deberán: a) 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 (...)”.

Lo anterior, sin perjuicio de los otros mecanismos de participación que, como pueblos indígenas, tienen y que se relaciona con los principio de diversidad étnica y autodeterminación. Así, de conformidad con el literal b) del mismo artículo, “Al aplicar las

disposiciones del (...) Convenio, los gobiernos deberán: (...) b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan (...).”.

4.5.2.3. En este sentido, en la Sentencia C-030 de 2008[86], esta Corporación concluyó que: “cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta”.

4.5.2.4. Finalmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que, de conformidad con las normas nacionales e internacionales mencionadas, la consulta previa es, en sí misma, un derecho fundamental colectivo que se encuentra íntimamente ligado a la sobrevivencia de estos pueblos[87]. De hecho, en la Sentencia T-769 de 2009[88] se indicó que “es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y (...) cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación”.

4.5.3. Características de la consulta previa

4.5.3.1. La jurisprudencia de la Corte ha ahondado en las características de la consulta previa, teniendo en cuenta que como principio general de procedencia somete su exigibilidad a la afectación directa de una comunidad, como lo exige el Convenio 169 de la OIT. Esta última ha sido comprendida por esta Corporación como una incidencia en el ethos de la etnia[89] o, en otras palabras, como una alteración a su estatus.

Sobre el particular, en la sentencia T-766 de 2015[90], reiterando jurisprudencia, se indicó que: “la afectación directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes por parte de

una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando, aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse o bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine”.

4.5.3.2. A partir de esta identificación del elemento esencial que se requiere para activar su exigibilidad, este Tribunal ha considerado que la consulta no puede ser entendida como un mero trámite administrativo, pues se erige como un verdadero diálogo en procura de alcanzar, en lo posible, un acuerdo en torno a la actividad que se vaya a adelantar. Sobre el particular, en la Sentencia SU-039 de 1997[91] se indicó que, en virtud de los bienes que resguarda, “[ella] no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados” con una decisión, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que busca tutelar, como lo son “los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las comunidades” indígenas y pueblos tribales.

Esto implica comprender la consulta como un verdadero diálogo que busca el entendimiento entre las partes, donde no puede haber arbitrariedad de ninguna de ellas, lo que excluye que se le entienda como una mera comunicación o evento informativo. Por ello, en la precitada providencia, esta Corporación apuntó que “la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo, [por ejemplo], 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”.

4.5.3.3. Además de este parámetro general, de manera particular, la consulta también muestra determinados rasgos. Por ello, entre otras, (i) debe ser adelantada por personas que representen realmente a la comunidad; (ii) debe estar antecedida de un proceso

preconsultivo, en el cual es posible delimitar la forma como llevará acabo; (iii) debe ser realizada con antelación a la medida que pueda afectar directamente a la comunidad; (vi) debe tener la capacidad de generar efectos en la decisión y (v) debe partir de un enfoque diferencial, en el que se valoren los rasgos culturales que identifican a cada pueblo. Por último, si bien en algunos casos excepcionales se requiere el consentimiento informado de las comunidades[92], la atribución para decidir finalmente sobre el desarrollo una política estatal reside exclusivamente en las autoridades públicas, sin que por ello se entiendan autorizadas para incurrir en actos arbitrarios respecto de las resoluciones que adopten[93].

4.5.3.4. Algunos de estos puntos fueron condensados en la Sentencia T-693 de 2011[94], por lo que la Sala los citará en extenso:

“En primer lugar, en la sentencia SU-039 de 1997,[95] 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. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.” (Resaltado fuera del texto original).

Por eso, en el caso que dio lugar a dicho pronunciamiento, la Corte estimó que una reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes de las comunidades de pronunciarse, no puede hacer las veces de una consulta previa. En el mismo sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-175 de 2009[96], al indicar que las audiencias públicas en el trámite legislativo no agotan el requisito de consulta.

“En segundo lugar, como se indicó en la sentencia C-461 de 2008[97], antes de llevar a cabo la consulta previa en estricto sentido, se deben realizar conversaciones preliminares –una especie de preconsulta– con la comunidad o comunidades concernidas, cuya 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. Al respecto se indicó lo siguiente en la sentencia citada: ‘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’.

En tercer lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente. La Corte precisó en la Sentencia SU-039 de 1997[98] que actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa[99]. En el mismo sentido se manifestó la Corte en la sentencia C-702 de 2010[100], en la que afirmó que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa.

En cuarto lugar, la Corte ha precisado que el proceso de consulta debe regirse por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas. El que la consulta se rija por el principio de buena fe significa que los procesos de consulta no deben ser manipulados y que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, para lo cual es necesario que las comunidades sean dotadas de información suficiente y oportuna.

En quinto lugar, con miras a lograr que las comunidades étnicas estén plenamente informadas de la propuesta y sus implicaciones, y puedan tomar decisiones informadas, las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar por que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos.[101]

En sexto lugar, para la Corte, la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar[102]. La efectividad de la consulta se refiere entonces al deber de las autoridades

de dar valor a la palabra de las comunidades.

Así las cosas, para que la consulta previa cumpla con su finalidad y sea un mecanismo eficaz y útil de participación, es necesario que en su realización se adopten procedimientos apropiados que permitan la creación de espacios de negociación y de intervención de las instituciones representativas indígenas, que contribuya al desarrollo y a la resolución efectiva de los diferentes desafíos asociados con el respeto de los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de estos pueblos.”

4.5.3.5. Sobre este último punto, que se liga con la proscripción de la arbitrariedad, así el Estado sea el que tenga la última palabra, la Sala resalta que no resulta legítimo imponer de manera abstracta la idea de interés general sobre el particular, pues la conservación y sobrevivencia de dichas comunidades hace parte integral de él, cuya relevancia ha sido destacada incluso a nivel internacional. De hecho, es claro que la guarda de tal diversidad implica, necesariamente, la defensa de una riqueza. En este sentido, en la Sentencia

T-129 de 2011[103], se expuso que: “No se puede anteponer en abstracto el ‘interés general’ y la visión mayoritaria que se tenga del ‘desarrollo’ o el ‘progreso’ que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos”, pues se trata, ni más ni menos, del patrimonio cultural de la Nación”. Por ello, en la Sentencia T-547 de 2010[104], se enfatizó que “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena”.

4.5.3.6. Finalmente, esta Sala reitera que la consulta obedece a criterios de flexibilidad, siguiendo un enfoque diferencial relativo a las características propias de cada comunidad. Esto fue señalado en la sentencia T-129 de 2011[105] en los siguientes términos: “Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo”.

V. Del caso concreto

5.1. En el presente asunto, las comunidades Ichien, El Sendero, Utalimana, Rosita, Waruntamana, Guainap y Jashumana, que conforman la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu Shipia Wayúu –inscrita en el Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior[106]–, alegan la transgresión de su derecho fundamental a la consulta previa, al no haber sido incluidas en el proceso que con tal fin se surtió dentro del proyecto de exploración marina APEM RC9 adelantado por Ecopetrol, a pesar de que su sustento –según afirman– se encuentra vinculado con la pesca artesanal y el territorio es uno solo.

Según se indicó con anterioridad, Ecopetrol señaló que se identificaron un total de 119 comunidades indígenas en el área de influencia, tanto por las labores de georeferenciación y visitas realizadas, como por el hecho de haber sido detectadas por la compañía o porque se hicieron presentes y acreditaron su condición en las jornadas de preconsulta que se practicaron a instancias del Ministerio del Interior. Se trató de un proceso extenso de aproximadamente cuatro años, en el que se expidió un total de cinco actos administrativos de certificación y se efectuaron cuatro visitas de verificación en la zona.

La afectación directa se determinó por las repercusiones causadas en el área marítima, siendo el criterio de identificación el desarrollo de procesos de pesca artesanal, de altura y de bajura, en la zona de intervención del pozo Molusco 1. En ningún momento, se acreditó por la Asociación accionante las dinámicas de pesca que supuestamente desarrollan, los lugares de desembarco o su ubicación exacta, con miras a determinar si tenían algún tipo de impacto.

Por su parte, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior afirmó que los pueblos certificados son aquellos que efectivamente son susceptibles de verse afectados con la ejecución del proyecto exploratorio RC9, sin que exista evidencia o prueba alguna de que los pueblos representados por la Asociación tengan algún tipo de impacto directo, sobre todo cuando el proceso se desarrolló sobre la base de visitas de verificación en zona y con un componente participativo ampliamente valorado por los interesados.

Para el juez de instancia, la labor de certificación de comunidades le asiste al Ministerio del Interior, según lo previsto en el artículo 3 del Decreto 1320 de 1998. En este caso, tal

trámite se adelantó a instancias de Ecopetrol, para lo cual se realizaron varias visitas y reuniones en la zona. Para la citada autoridad, “no hay evidencia en el sentido de que alguna comunidad representada por la Asociación actora se encuentre en el área del proyecto en mención, motivo por el cual se negará el amparo del derecho a la consulta previa (...)”[107].

5.2. Con fundamento en las consideraciones expuestas sobre la obligatoriedad de adelantar el proceso de consulta previa, esta Corporación debe señalar que existen tres elementos básicos que rodean el proceso de identificación de los casos en que este derecho es exigible. El primero de ellos, que parte de un precepto general, consiste en requerir su exigibilidad siempre que se presente una afectación directa de una comunidad indígena, como lo exige el Convenio 169 de la OIT[108]. Esto es, que la medida tenga una incidencia en el ethos de la etnia[109] o, en otras palabras, en una alteración de su estatus.

El segundo elemento tiene que ver con la identificación del impacto directo, en relación con el cual, en tratándose de medidas administrativas, la Corte ha reiterado que se puede presentar en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales[110]; (ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de los grupos diferenciados; y (iii) cuando, aunque se está ante una medida de carácter general, la misma regula sistemáticamente materias que hacen parte de la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse o bien una posible afectación, un déficit de protección de sus derechos o una omisión legislativa que las discrimine[111].

Por último, el tercer elemento corresponde al compromiso que tiene el Estado de realizar la labor de identificación de los pueblos afectados, como parte de las obligaciones de garantía que se derivan del Convenio 169 de la OIT. Este proceso, tal como ha insistido la Corte, debe realizarse de buena fe y acorde con las circunstancias del caso. Para ello, como se ha mencionado en esta sentencia, se impone el deber de certificación previsto en el artículo 3 del Decreto 1320 de 1998, a cargo del Ministerio del Interior.

Una vez producida dicha certificación, en principio, se cierra la oportunidad para incluir al proceso de consulta previa a comunidades distintas de las allí previstas. Sin embargo, como pueden existir errores u omisiones en la expedición de ese acto, surgen dos alternativas adicionales que permiten la adición de pueblos que puedan tener igualmente un impacto directo. La primera consiste en la obligación que tiene el interesado en el proyecto de informar al Ministerio del Interior sobre la aparición de nuevas comunidades que resulten afectadas, y que sean individualizadas como consecuencia de las labores de preparación o ejecución de la obra o actividad certificada[112]. Y, la segunda, le impone a la propia comunidad, el deber de allegar “los elementos de juicio que demuestren la forma en que [el proyecto] podría atentar contra lugares relevantes de su cosmovisión; sus mitos, sus ritos, su modo de producción y vías de subsistencia o el desarrollo de sus festividades”[113]. Bajo esta última consideración, se negó el amparo solicitado en la Sentencia T-416 de 2017[114], en un caso relacionado con un proyecto de concesión vial, al sostener que:

“(…) en aplicación de la Sentencia de Unificación SU-217 de 2017, se reitera que al no aportarse elementos de juicio que demuestren la forma en que el proyecto de infraestructura vial Pacífico Tres podría afectarlos y atentar contra lugares relevantes de su cosmovisión, mitos, ritos, modos de producción, subsistencia o el desarrollo de sus festividades, se negará el derecho a la consulta previa de las comunidades agenciadas, toda vez que este derecho fundamental no procede de modo genérico sino ante la comprobación de una afectación negativa directa frente a los sujetos beneficiarios del Convenio 169 de la OIT.”

Por lo anterior, se afirmó que: “las certificaciones de no presencia de comunidades expedida por la Dirección de Consulta Previa pierden relevancia cuando adicionalmente no se aportan elementos de juicio sobre la afectación negativa de lugares relevantes para su cosmovisión”[115].

5.3. En el asunto sub-judice, la Corte observa que el proceso de identificación de comunidades se realizó de forma rigurosa, tanto en el tiempo como en la forma. Precisamente, consta que dicha labor se llevó a cabo por cerca de tres años, en el que se realizaron cuatro visitas de verificación[116] y se expidieron cinco actos administrativos de certificación. Al respecto, el siguiente cuadro ilustra el trámite realizado[117]:

FECHA

CERTIFICACIÓN O VERIFICACIÓN

COMUNIDADES CERTIFICADAS

Primera visita de verificación de Ministerio del Interior

Diciembre 9 de 2010

Certificación No. OFI10-46650-GCP-020

El Ministerio del Interior certifica la presencia de 53 comunidades Wayúu en el área de influencia del APEM RC9

Junio 20 al 23 de 2011

Segunda visita de verificación del Ministerio del Interior. Esta nueva visita se realiza en atención a las comunidades que se presentaron a las reuniones de consulta previa e indicaron que no habían sido tenidas en cuenta en la primera certificación

Julio 1 de 2011

Certificación No. OFI11-46650-GCP-0201

El Ministerio del Interior certifica la presencia de 28 comunidades Wayúu, adicionales, en el área de influencia del APEM RC9. A la fecha, el proceso de consulta debía adelantarse con 81 comunidades

Julio 30 a agosto 3 de 2011

Tercera visita de verificación del Ministerio del Interior. Esta nueva visita se realiza en atención a las comunidades que se presentaron a las reuniones de consulta previa e indicaron que no habían sido tenidas en cuenta en la primera certificación

Agosto 4 de 2011

Certificación No. OFI11-33286-GPC-0201

El Ministerio del Interior certifica la presencia de 22 comunidades Wayúu, adicionales a las inicialmente certificadas, en el área de influencia del APEM RC9. A la fecha, el proceso de consulta debía adelantarse con 103 comunidades

Diciembre 18 al 20 de 2011

Cuarta visita de verificación del Ministerio del Interior

Agosto 15 de 2012

En oficio EXTMI12-0027126 del 15 de agosto de 2012 se envió al Ministerio del Interior una solicitud de concepto sobre la inclusión de 27 comunidades que argumentaban ser pescadoras

Febrero 1 de 2013

Certificación No. 24 del 1 de febrero de 2013

El Ministerio del Interior certifica la presencia de seis comunidades Wayúu, adicionales a las anteriormente certificadas, en el área de influencia del APEM RC9. A la fecha, el proceso de consulta debía adelantarse con 109 comunidades

Enero 23 de 2013

Con el radicado EXTMI13-0001642, Ecopetrol solicitó al Ministerio del Interior certificar a 10 comunidades que venían participando de la consulta previa, sin estar incluidas en ninguna de las anteriores resoluciones o certificaciones

Mayo 23 de 2013

Resolución No. 24 del 23 de mayo de 2013

El Ministerio del Interior adiciona la certificación No. 24, certificando la presencia de cinco comunidades Wayúu adicionales, en el área de influencia del APEM RC9.

El proceso de consulta se adelantó con 114 comunidades certificadas en total y

cinco adicionales que si bien no fueron certificadas, su convocatoria se realizó por el Ministerio del Interior, como consta en las actas que se elaboraron. Para un total de 119 comunidades

En ningún momento, se aprecia que las comunidades que integran la Asociación fueron identificadas por el Ministerio del Interior, ni tampoco se acredita que Ecopetrol haya constatado su presencia, como consecuencia de las actividades de preparación y ejecución del proyecto. En este punto, como se deriva de las pruebas recaudadas[118], cabe destacar que se trató de un proceso participativo, con visitas de zona, reuniones y con una amplia vinculación de autoridades regionales e indígenas. Por lo demás, se utilizaron diversos estudios y fuentes de caracterización, con el fin de determinar las distancias con respecto al área marítima del proyecto, el tipo de pesca artesanal que se realiza en la zona, el mapa de las comunidades que ejecutan cada una de ellas, y los puntos de desembarco que utilizan a lo largo del margen costero. De donde se infiere que, la recolección de la información lejos de ser accidental, se sometió a un proceso minucioso de convalidación y contraste, el cual fue avalado por la ANLA, al aprobar el Estudio de Impacto Ambiental realizado por Ecopetrol.

Este proceso también se acompañó de diagnósticos de pesca y de estudios geofísicos y de geotecnia, que incluso dieron lugar a reclamaciones por parte de varias comunidades[119], sin que -como ya se dijo- en el desarrollo de dichas actuaciones, se constatará la presencia en el área de influencia del proyecto de los pueblos ahora tutelantes.

Quizás uno de los puntos que más llama la atención, es que ninguna de las comunidades participantes, que ascienden a 119, hubiesen advertido el interés directo de los miembros que integran la Asociación accionante, si se tiene en cuenta que el procedimiento de consulta previa se realizó básicamente por grupos étnicos, agrupados en clanes, por ubicación geográfica o por relaciones sociales. Por esta vía llegaron varios de los pueblos que se vincularon al proceso, al momento de realizar las reuniones de preconsulta y de consulta, sin que exista una prueba que controvierta el resultado de las visitas y de las certificaciones expedidas, a partir de la cual se pueda inferir que, en algún momento del trámite surtido, se alegó o se invocó por parte de los propios demandantes o de un tercero (en especial, de otro pueblo), su condición de afectados directos con el proyecto. La siguiente tabla ilustra las comunidades consultadas y los grupos en que se reunieron para

efectos de adelantar el proceso[120]:

GRUPO

COMUNIDADES

COMUNIDADES

Maracari

Jalespoulia

Uriakat 1

Kasurepo

Katnillamara

Alapelen

Jetsa

Atunalain

Oouletkla

Tapuaja

Pasha

Calabacito

Bolombolo

Tapua

Girrain

Uriakat 1

Jujuleka 1

Uriakat 2

Urraichirrapa

Américas

Warrarakatshi

Waii

Walitcle

Paruluwain

Erirapo

Koushimana

Naunashitao

Riohachamana

Santana

Balermana

Montaguer

Warepo

Neima

Oloska

Maracari

Hurraichikat

Hurraichikat

Erchamana

Churupa

Caletama

Garciamana

Garciamana

Musichi

Sabana Larga

Kinewamana

Pondore

Jujuleka 2

Mapasirra

Juluwajuna

Ponchorremana

Jawapia

Isalamana

Pichiraure

Jeyusira

Jujulechon

Garciamana

Tabarajosemana

Kulalinchí-Musichí

Ciruelakat

Leachon

Tolinchika

La Tuna

La Tuna

Karaisira

Panchomana

Panchomana

Rutkain

Wayakasirra

Wayakasirra

Castillo

Castillo

Pájaro Socorrial

Huyaraipa

Juyantira

El Chorro

Ampuita

Buenavista

Pancho

Juluwaipa

Buenavista

Kolonotsirra

Pactalia

Kulirirri

Chibolo

Cojemana

Malouyein

Juruwawain

Buenos Aires

Sucurapo

Pirrawatamana

Totopana

Alemasain

Antomasana

Murralein

El Molino

SanTropel

Aluatatu

Marquito

Loma Verde

Loma Verde

Aluatatu

Perraquishimana

Hichiquepo

Anuatakat

Manzana

Manzana

Chuchupa

Chuchupa

Nau-Nau

Pactachon

Pactachon

Alitacion

Punta La Vela

Punta La Vela

Yotojoroin

Popoya Loma

Popoya Loma

Kululatamana

Ravera o Walipsirra

Walipsirra

Saralapaz

Ravera

Kousepo

Mayapo

Mayapo

La Raya

Cangrejito

Popoya Playa

Popoya Playa

La Raya

Mixto Popoya

Mixto Popoya

Errapu La Raya

Kushkat

Karoyemana

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte considera que no cabe ningún reproche en relación con las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior, ni frente a la labor que en el proceso de consulta previa se surtió por parte de Ecopetrol. Lo anterior se justifica, en primer lugar, en el carácter riguroso y detallado del trámite que fue adelantado para identificar a los pueblos que se podían ver afectados en la práctica de la pesca artesanal, con ocasión del proyecto de perforación marina APEM RC9. En segundo lugar, en que jamás –en el desarrollo de dicho proceso– se identificó a las comunidades que integran a la Asociación accionante, ya sea por el Ministerio del Interior o por Ecopetrol, como pueblos con afectación directa. Y, en tercer lugar, en que como consecuencia de las actuaciones adelantadas, nunca se realizó una reclamación por parte de los demandantes, ni tampoco se alegó –por esos pueblos o por otros– su falta de incorporación al proceso, sobre todo si se tiene en cuenta las relaciones claniles, sociales y de interacción que existen entre los miembros que integran la comunidad Wayúu.

Por consiguiente, a juicio de esta Sala de Revisión, en el proceso de identificación de los pueblos con afectación directa, no se advierte que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior haya actuado de manera negligente, ni que se hubiese apartado del principio de buena fe. De igual manera, no cabe reproche alguno respecto de las actuaciones adelantadas por Ecopetrol, pues no se acredita que, en el ejercicio de sus operaciones y en los trámites previos y posteriores al proceso de consulta y de obtención de la licencia ambiental, hubiese advertido la presencia de las comunidades accionantes, como pueblos con impacto directo ocasionado por el proyecto de perforación marina APEM RC9, a fin de activar el deber de informar sobre su existencia al citado Ministerio, para que éste procediera con el trámite de verificación y certificación previsto en el ordenamiento jurídico.

5.4. De esta manera, y siguiendo las consideraciones expuestas con anterioridad, la carga sobre la demostración de la afectación directa pasa a la comunidad, para lo cual le asiste el deber de allegar, como se expuso en la Sentencia SU-217 de 2017[121] y se reiteró en el

fallo T-416 de 2017[122], “los elementos de juicio que demuestren la forma en que [el proyecto] podría atentar contra lugares relevantes de su cosmovisión; sus mitos, sus ritos, su modo de producción y vías de subsistencia o el desarrollo de sus festividades”[123].

En el asunto bajo examen, como pasa a demostrarse, no se acredita ningún soporte que confirme la supuesta afectación directa que se alega. En efecto, en la demanda los accionantes refieren a que se trata de un conjunto de pueblos que pertenecen al Resguardo de la Alta y Media Guajira, con jurisdicción en el municipio de Manaure. Sin embargo, como se acreditó a lo largo del proceso, el área de impacto del proyecto no implica la ejecución de actividades en ese resguardo, ni en ningún área del territorio continental. Incluso, la zona que fue objeto de licenciamiento es un polígono con distancias entre 17,2 km y 35,7 km desde los puntos costeros.

Por tal circunstancia, la afectación directa se determinó a partir de la práctica de la pesca artesanal por parte de las comunidades Wayúu, tanto la modalidad de altura como de bajura. Para ello, se hizo un diagnóstico de las comunidades y del arte de pesca empleada, lo cual se acompañó con la identificación de los sitios de desembarco pesquero ubicados a lo largo del margen costero y a los cuales acuden entre Riohacha (El Rito) y Manaure.

Aun cuando se alega en la demanda que las comunidades ejercen la pesca artesanal y que de ella derivan su subsistencia. En ningún momento indicaron su punto de ubicación, tampoco explicaron las áreas en las que realizan dicha práctica, la forma cómo la ejecutan o los hábitos que utilizan para el desembarco. No existe, más allá de su afirmación, soporte probatorio alguno del cual se pueda inferir que los miembros de la Asociación accionante efectivamente debieron ser objeto del proceso de consulta previa, toda vez que, se insiste en ello, no se suministra elemento alguno del cual se pueda inferir una omisión o error en el proceso de certificación y verificación de comunidades.

En este orden de ideas, esta Sala de Revisión reitera, como se manifestó en la Sentencia T-416 de 2017[124], que el amparo del derecho fundamental a la consulta previa “no procede de modo genérico[,] sino ante la comprobación de una afectación negativa directa frente a los sujetos [supuestamente] beneficiarios del Convenio 169 de la OIT”, carga que no se acreditó en el asunto bajo examen.

5.5. Por último, y sin perjuicio del incumplimiento del deber de aportar los elementos de

juicio en los términos anteriormente expuestos, es claro que, en este caso, tampoco se está en presencia de un tópico que, por expresa disposición constitucional, deba someterse de forma obligatoria a consulta, como se establece en el párrafo del artículo 330 de la Constitución[125].

En efecto, a partir del contrato celebrado entre Ecopetrol y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, se advierte que el proyecto Molusco 1 tiene como fin adelantar exclusivamente actividades de exploración y no de explotación de recursos naturales, con miras a identificar si existen o no dentro de un área que integra la plataforma continental, reservas de gas natural que cubran el déficit de la oferta que se proyecta a partir del año 2020. De esta manera, no resulta obligatorio prever un espacio de participación como lo es el que exige en la citada norma constitucional, si no se acredita una afectación directa, circunstancia que, visto el caso concreto, no ocurrió.

Por las razones expuestas, en lo que atañe al citado derecho fundamental, se confirmará la decisión del juez de instancia, por virtud de la cual se negó el amparo solicitado.

VI. DECISIÓN

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

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2013, por la Subsección A, de la Sección Primera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en lo relativo a la decisión de negar el amparo solicitado frente al derecho a la consulta previa, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- Respecto del derecho de petición, REVOCAR dicha sentencia y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cuarto.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir en el expediente de la referencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con impedimento aceptado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Aun cuando el magistrado Alejandro Linares Cantillo también hace parte de esta Sala de Revisión, se presentó de su parte una manifestación de impedimento, la cual fue resuelta el día 26 de enero de 2018, aceptando la causal invocada, referente a que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de algunas de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso. Por tal razón, en Auto de la fecha en cita, se dispuso que: “ACEPTAR el impedimento manifestado por el magistrado Alejandro Linares Cantillo dentro del proceso de tutela T-4.134.729 y, en consecuencia, queda SEPARADO del conocimiento de dicho asunto”.

[2] En cuanto a la exploración se define como “todos aquellos estudios, trabajos y obras que el contratista ejecuta para determinar la existencia y ubicación de hidrocarburos en el subsuelo, que incluyen pero no están limitados a métodos geofísicos, geoquímicos, geológicos, cartográficos, y en general, las actividades de prospección superficial, la perforación de pozos exploratorios y otras operaciones directamente relacionadas con la búsqueda de hidrocarburos en el subsuelo”. Por su parte, la evaluación se describe como

“las operaciones (...) con el propósito de evaluar un descubrimiento, delimitar la geometría del yacimiento o yacimientos dentro de área de evaluación y determinar, entre otros, la viabilidad de extraer tales hidrocarburos en cantidad y calidad económicamente explotables y el impacto que sobre el medio ambiente y entorno social pueda causar su explotación comercial. Tales operaciones incluyen la perforación de pozos de explotación, la adquisición de programas sísmicos de detalle, la ejecución de pruebas de producción y, en general, otras operaciones orientadas a determinar si el descubrimiento es un campo comercial y para delimitarlo”. La actividad de desarrollo comprende “la perforación, completamiento y equipamiento de pozos de desarrollo; el diseño, construcción, instalación y mantenimiento de equipos, tuberías, líneas de transferencia, tanques de almacenamiento, métodos artificiales de producción, sistemas de recuperación primaria y mejoradas, sistemas de trasiego, tratamiento, almacenamiento, entre otros, dentro un área de explotación en el área contratada”. Finalmente, la producción incluye “todas las operaciones y actividades (...) en relación con los procesos de extracción, recolección, tratamiento, almacenamiento y trasiego de los hidrocarburos hasta el punto de entrega, el abandono y las demás operaciones relativas a la obtención de hidrocarburos”. Cuaderno 1, folios 48 y subsiguientes.

[3] RC9 significa Ronda Caribe Bloque 9, según consta en la certificación expedida por el Ministerio de Justicia para Ecopetrol y que menciona las comunidades afectadas por el proyecto de exploración. Cuaderno 1, folio 30.

[4] Cuaderno 1, folio 48.

[5] Expresamente se señala lo siguiente: “PRIMERO.- (...) se identifica la presencia de las siguientes comunidades Wayúu: MARQUITO, CASTILLO, EL CHORRO, ALUATATU, UYARAIPA, e HICHIQUEPO, localizadas en jurisdicción de los municipios de Riohacha y Manaure, departamento de La Guajira, pertenecientes al RESGUARDO INDIGENA DE LA ALTA Y MEDIA GUAJIRA, legalmente constituido mediante Resolución No. 0015 del 28 de febrero de 1984 expedida por el INCORA, en el área de influencia del proyecto ‘ÁREA DE PERFORACIÓN EXPLORATORIA MARINA – APEM RC9’, localizado en jurisdicción de los municipios de Riohacha y Manaure, departamento de La Guajira, y jurisdicción del mar territorial caribe colombiano (...) SEXTO.- Si posteriormente a la expedición de este acto administrativo y en todo caso durante la ejecución de las actividades del proyecto, obra o actividad que trata

esta certificación, se establece o verifica que existe la presencia de otros grupos étnicos, dentro del área de influencia directa del proyecto, el interesado tendrá la obligación de informar por escrito a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y solicitar que éste inicie la consulta previa en concordancia con lo preceptuado en la normatividad vigente”. Cuaderno 1, folios 80 a 82.

[6] Cuaderno 1, folio 83. En este acto administrativo también se aclaró que: “ARTÍCULO TERCERO.- Si el ejecutor del proyecto, obra o actividad llegare a identificar afectaciones directas a una o más comunidades étnicas, antes, durante o después de la ejecución del proyecto, obra o actividad, deberá informar de inmediato a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y solicitar que ésta inicie el proceso de consulta”.

[7] Cuaderno 1, folio 15.

[8] Cuaderno 1, folio 4.

[9] Cuaderno 1, folio 42.

[10] Las siglas significan Área de Perforación Exploratoria Marina.

[11] Cuaderno 1, folio 49.

[12] La norma en cita dispone que: “Artículo 76. De las comunidades indígenas y negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.”

[13] “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”.

[14] El artículo 3 del Decreto 1320 de 1998 establece que: “Artículo 3. Identificación de comunidades indígenas y negras. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que

pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El instituto Colombiano para la Reforma Agraria - INCORA, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido. // Las anteriores entidades, expedirán dicha certificación dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto obra o actividad, la cual contendrá: a) Identificación del interesado; b) Fecha de la solicitud; c) Breve descripción del proyecto, obra o actividad; d) Identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss. //

Parágrafo 1o. De no expedirse las certificaciones por parte de las entidades previstas en este artículo, en el término señalado, podrán iniciarse los estudios respectivos. No obstante, si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de tales comunidades indígenas o negras dentro del área de influencia directa de su proyecto, obra o actividad, deberá integrarlas a los estudios correspondientes, en la forma y para los efectos previstos en este decreto e informará al Ministerio del Interior para garantizar la participación de tales comunidades en la elaboración de los respectivos estudios. (...)”.

[15] Gráfica suministrada por Ecopetrol S.A. Cuaderno 1, folio 48.

[16] Se mencionan las siguientes comunidades: “Cangrejito, La Raya, Errapu, Kousepo, Sarrarapa, Nau Nau, Yotojoroin, Simalunachon, Jululatamana, Alitachon, Punta de La Vela, Manzana, Ravera, Walitsirra, Mixto Patillal, Popoya Loma, Popoya Playa, Jawaipa, Kuskat, Mayapo, Garciamana, Sirruwashi, Mapasirra, Sabanalarga, Pondore, Hurraichikat, Uriakat, Uriakat 2, Wai, Walermana, Warepo, Koushimana, Américas, Riohachamana, Parroluwain, Ampuita, Anuatakat, Chuchupa, Loma Verde, Pájaro Centro, Perrakisimana, San Tropel, Wayakasirra, Kuliruri, Kolonotsirra, Juyantira, Juluwaipa, Atchekat, Panchomana, Tawaya, Musishi, Jamchket y Maracarí”. Cuaderno 1, folio 90.

[18] Cuaderno 1, folio 20.

[19] Cuaderno 2, folio 16.

[20] Cuaderno 2, folio 16.

[21] Tales pueblos son: “Kajuchon, Perrakat, Piyulachon, La Florida, Flor de Olivo y Chiparemana”. Cuaderno 1, folio 17.

[22] Cuaderno 2, folio 17.

[23] Cuaderno 2, folio 45.

[24] Cuaderno 2, folio 46.

[25] Cuaderno 2, folios 47 y 48.

[26] Como ya se dijo, la norma en cita dispone que: “Si posteriormente a la expedición de este acto administrativo y en todo caso durante la ejecución de las actividades del proyecto, obra o actividad que trata esta certificación, se establece o verifica que existe la presencia de otros grupos étnicos dentro del área de influencia directa del proyecto, el interesado tendrá la obligación de informar por escrito a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y solicitar que éste inicie la consulta previa en concordancia con lo preceptuado en la normatividad vigente”.

[27] Cuaderno 2, folio 49. Tal concepto corresponde a una remisión a la Sentencia T-745 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[28] Cuaderno 2, folio 38.

[29] Cuaderno 2, folio 137.

[30] Su cita se realizó en la nota a pie No. 13.

[31] Gráfica elaborada por Ecopetrol. Cuaderno 2, folio 136.

[32] Cuaderno 2, folios 141 y 142.

[33] Cuaderno 2, folio 143.

[34] Cuaderno 2, folio 144.

[35] Gráfica elaborada por Ecopetrol. Cuaderno 2, folio 144.

[36] Cuaderno 2, folio 145.

[37] Cuaderno 2, folio 145.

[38] Cuaderno 2, folios 145 y 146.

[39] Gráfica realizada por Ecopetrol. Cuaderno 2, folio 141.

[40] Cuaderno 2, folio 149.

[41] Cuaderno 2, folio 150.

[42] Cuaderno 2, folio 154.

[43] De acuerdo con la cronología de actividades socioambientales del proyecto de perforación exploratoria mariana RC9, para esa fecha se realizó con la presencia del Ministerio del Interior reuniones de preconsulta con las comunidades de Ravera, Popoya Playa, Wualipsirra, Jawapiakat, Maracarí, Chuchupa, Wayakasirra, El Pájaro, San Tropel, Loma Verde, Juyantira, Anuatakat, Ampuita, Juluwaipa, Kolonotsirra, Kulirirri, Panchomana [y] Tawaya”. Cuaderno 1, folio 90.

[44] Resolución del 15 de agosto de 2014.

[45] Cuaderno 2, folios 15 a 17.

[46] Ibídem.

[47] Cuaderno 1, folio 10.

[48] La norma en cita dispone que: “Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesarias otra averiguación previa”.

[49] Cuaderno 1, folio 135.

[50] Al respecto, en la Sentencia SU-587 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, la Corte expuso que: “En lo que atañe al contenido de la respuesta al derecho de petición, este Tribunal ha sido enfático en señalar que el mismo debe ser (i) claro, lo que significa que los argumentos deben resultar comprensibles para el peticionario; e igualmente debe ser de (ii) fondo, lo cual implica que la autoridad a la cual se dirige la solicitud, según su

competencia, ‘está obligada a pronunciarse de manera completa y detallada sobre todos los asuntos indicados en la petición, excluyendo referencias evasivas o que no guardan relación con el tema planteado’. // Por lo demás, la Corte también ha indicado que la respuesta tiene que ser ‘[iii] suficiente, como quiera que [debe] res[olver] materialmente la petición y satisfa[cer] los requerimientos del solicitante, sin que por ello excluya la posibilidad de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario’; (iv) efectiva, si soluciona el caso que se plantea y (v) congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, lo que supone que la solución o respuesta verse sobre lo preguntado y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición, sin que se [descarte] la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta”. Énfasis por fuera del texto original.

[51] Para el momento de la respuesta, la norma vigente del CPACA disponía que: “Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. (...)”.

[52] Cuaderno 1, folio 271. Se aprecia, además, que la respuesta se dirigió a quien fungía como representante legal (el señor Javier Rojas Uriana) y a la dirección de notificación ubicada en la ciudad de Bogotá.

[53] Sentencia T-839 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[54] Cuaderno 1, folio 2.

[55] Se hace referencia a las comunidades Kajuchon, Perrakat, Piyulachon, La Florida, Flor de Olivo y Chiparremanda, las cuales no se observa que hubiesen sido finalmente incluidas en el listado de los 119 pueblos con afectación directa.

[56] De conformidad con el inciso primero del artículo en cita, “[l]a acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”.

[57] Al respecto, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias T-766 de 2015, T-659 de 2013 y T-979 de 2006.

[58] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta providencia, se discutía la afectación del derecho a la consulta previa de varios consejos comunitarios, en virtud del ejercicio de la competencia de la autoridad minera para determinar áreas especiales de interés nacional para la exploración y explotación de minerales, sin que contara con la participación de dichos grupos étnicos. Uno de los aspectos que se mencionó, supuso que al momento de realizar la determinación de las zonas, se desconoció el potencial biológico y los usos actuales de los bienes ambientales, lo que conllevaba una amenaza a sus formas de vida.

[59] Énfasis por fuera del texto original.

[60] Cuaderno 1, folios 15 y subsiguientes.

[61] Decreto 1088 de 1993, art. 3.

[62] El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 consagra las hipótesis de procedencia de la acción de tutela contra particulares.

[63] Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”.

[64] El artículo 38 de la Ley 489 de 1998 dispone que: “Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: (...) d. Los ministerios y departamentos administrativos (...) [y] f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta”. Énfasis por fuera del texto original.

[65] “Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones.”

[67] Esta obligación se encuentra en el párrafo 1 del citado artículo 3 del Decreto 1320 de 1998 y fue reiterada en cada uno de los actos administrativos de certificación que se expedieron en el asunto bajo examen. Así, por ejemplo, en el acto del 1º de febrero de 2013 se consagra que: “SEXTO. Si posteriormente a la expedición de este acto administrativo y

en todo caso durante la ejecución de las actividades del proyecto, obra o actividad que trata esta certificación, se establece o verifica que existe la presencia de otros grupos étnicos, dentro del área de influencia directa del proyecto, el interesado tendrá la obligación de informar por escrito a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y Solicitar que éste inicie la Consulta Previa en concordancia con lo preceptuado en la normatividad vigente”. Cuaderno 1, folio 27.

[68] La norma en mención dispone que: “Artículo 5. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. (...)”.

[69] Precisamente, el artículo 86 dispone que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[70] Véanse, entre otras, las Sentencias SU-961 de 1999, T-344 de 2000, T-1169 de 2001, T-105 de 2002, T-575 de 2002, T-843 de 2002, T-315 de 2005, T-993 de 2005 y T-1140 de 2005.

[71] Cuaderno 1, folio 90.

[72] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[73] Artículo 7º C.P.

[74] Artículo 8º C.P.

[75] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[76] Este principio será desarrollado en los acápites subsiguientes de esta providencia.

[77] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[78] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[79] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[80] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[81] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[82] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[83] M.P. María Victoria Calle Correa.

[84] El inciso 1º de la norma en cita establece que: “Toda persona tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”.

[85] El numeral 12 del artículo mencionado dispone que “El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo”.

[86] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[87] Al respecto, entre otras, pueden consultarse las Sentencias C-395 de 2012 y T-110 de 2016.

[88] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[89] Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-063 de 2010, C-175 de 2009 y C-030 de 2008.

[90] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[91] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[92] Sobre la materia, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala: “Artículo 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.” “Artículo 29. (...) 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no

se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.”

[93] En la Guía para la Aplicación del Convenio 169 se afirma que: “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio. // El artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes”. Subrayado y sombreado por fuera del texto original. Adicional a lo expuesto, la Corte de manera reiterada ha señalado que, cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación con las comunidades indígenas, o éstas por algún motivo se nieguen a participar en los procesos de consulta previa, las autoridades preservan la competencia para tomar una determinación final sobre la imposición de una medida. Al respecto, en la Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se expuso que: “cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa.” Esta misma doctrina se reiteró en la Sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, al sostener que: “la Corte considera que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley de regalías (Ley 1530 de 2012), cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto de ley, acorde con el principio de la buena fe y de manera libre e informada, con el propósito de que éstas pudieran intervenir activamente en la redacción final de su articulado, al tiempo que se observa la renuencia a participar y la decisión autónoma por parte de los pueblos indígenas de apartarse del proceso de consulta, con fundamento en varias razones que –más allá de la especial protección que demandan del Estado– exteriorizan su derecho a decidir sobre

sus prioridades y estrategias de desarrollo. // Por consiguiente, en criterio de la Corte, está acreditado que el Gobierno Nacional facilitó y procuró los espacios para lograr la consulta previa del proyecto de ley de regalías, conforme a los principios fundamentales de participación y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Con todo, como ya se dijo, el derecho a la consulta previa no es un derecho absoluto, por lo que de ninguna manera puede entenderse que la existencia de un consenso sobre el proyecto sea un requisito sine qua non para radicar una iniciativa, pues, como ocurre en el asunto bajo examen, en aquellos casos en que se frustra la realización del acuerdo, las autoridades competentes preservan sus potestades legislativas, entre ellas la potestad de radicar un proyecto de ley, en respuesta al carácter prevalente del interés general, cuando de por medio se encuentra la ejecución de un mandato específico previsto en la Constitución, el logro de objetivos superiores o la salvaguarda del principio democrático.”

[94] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[95] Ibídem.

[96] M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[97] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[99] La Corte manifestó lo siguiente: “Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación. // Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U’wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.”

[100] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[101] Sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[102] Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[103] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio,

[104] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[105] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[106] Cuaderno 1, folio 15 a 17.

[107] Cuaderno 1, folio 144.

[108] Como ya se ha dicho, el literal a) del artículo 6, numeral 1, del citado instrumento internacional dispone que: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) 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”. Énfasis por fuera del texto original.

[109] Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-063 de 2010, C-175 de 2009 y C-030 de 2008.

[110] CP art. 330, parágrafo.

[111] Sentencia T-766 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[112] Como se ha mencionado, esta obligación se encuentra en el parágrafo 1 del artículo 3 del Decreto 1320 de 1998.

[113] Sentencia SU-217 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

[114] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[115] Ibídem.

[116] Sobre el particular, el numeral 4 del artículo 16 del Decreto 2893 de 2011 dispone

que: “Son funciones de la Dirección de Consulta Previa, las siguientes: (...) 4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.”

[117] Elaborado con base en la información otorgada por las partes, siguiendo un esquema original propuesto por Ecopetrol en escrito del 3 de febrero de 2017. Cuaderno 2. Folios 139 y 140.

[118] Véase, al respecto, los acápites III y 4.2 de esta providencia.

[119] Las reclamaciones, según se pone de presente por Ecopetrol, se realizaron por las comunidades Saralapaz, Mayapo y La Raya.

[120] Cuadro suministrado por Ecopetrol. Cuaderno 2, folios 147 y 148.

[121] M.P. María Victoria Calle Correa.

[122] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[123] Sentencia SU-217 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

[124] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[125] La norma en cita dispone que: “Artículo 330. (...) Parágrafo.- La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. Énfasis por fuera del texto original.